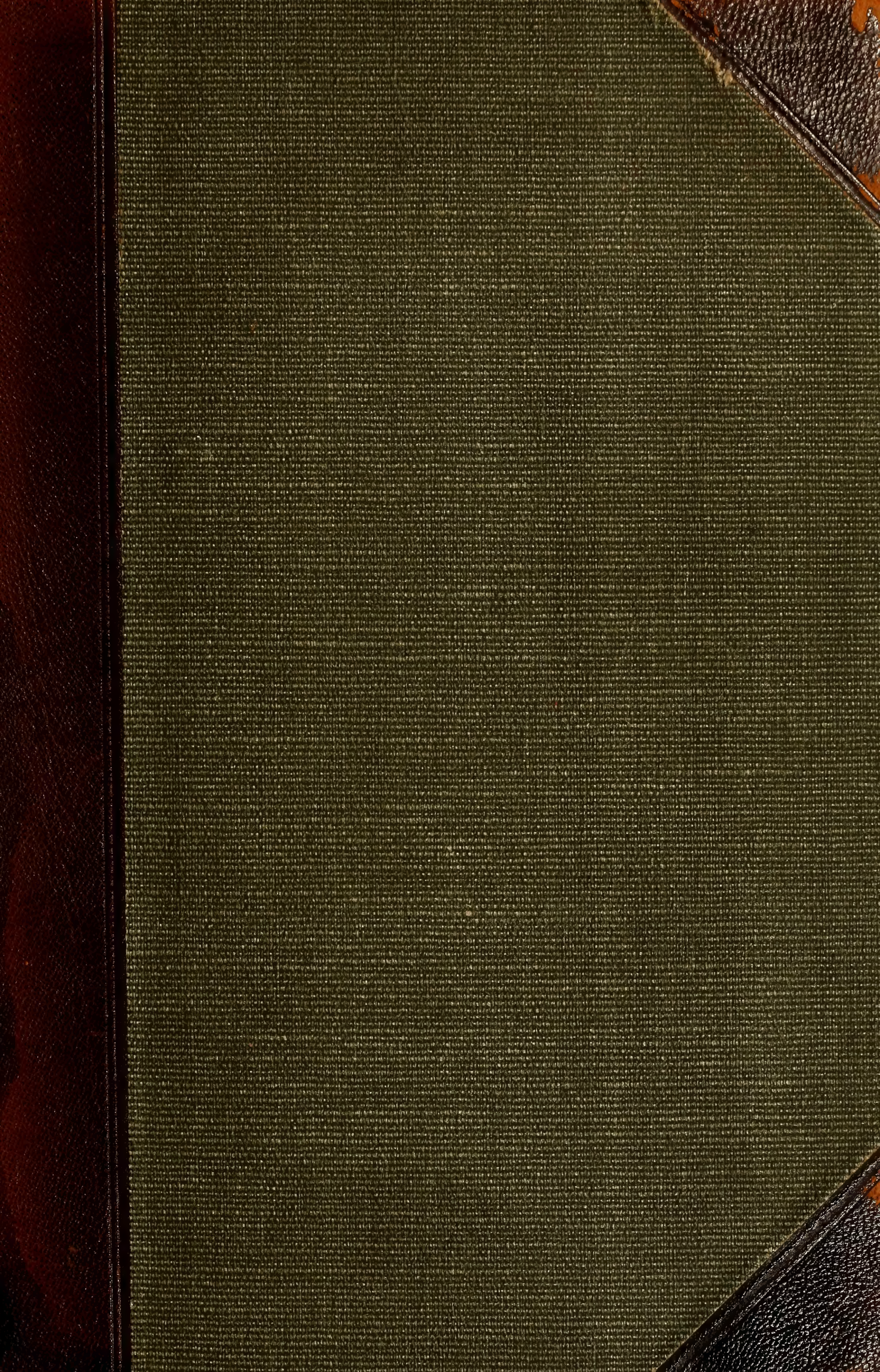
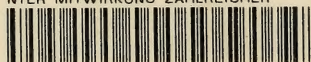



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT



Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht, und Dr. Th. v. Olshausen, Kaiserl. Regierungsrat,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

---

11. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1913 umfassend).



Berlin, 1913.
Verlag von Franz Vahlen.
W 9, Linkstraße 16.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Mitarbeiter des elften Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht, sowie Buch V;

Dr. **F. Friedenthal**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch I §§ 21—89;

Dr. **Gottschalk**, Rechtsanwalt in Berlin: BGB. §§ 783—853; §§ 1589—1615, 1705—1772; Wettbewerbsgesetz; Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen;

Dr. **Güthe**, Geh. Justizrat und vortr. Rat im Kgl. Pr. Justizministerium in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht; Grundbuchordnung;

Heidenfeld, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: EGBGB., EGHGB.; HGB. Buch I u. §§ 343—406;

Hoepfel, Landgerichtsdirektor in Nürnberg: BGB. §§ 705—758; HGB. Buch II; Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz;

Dr. **Eugen Josef**, Rechtsanwalt und Notar a. D. in Freiburg i. Br.: Freiwillige Gerichtsbarkeit;

Koehler, Amtsrichter in Erfurt: GVG.; EGZPO.; ZPO. Buch I—VII;

Dr. **Krech**, Landrichter in Naumburg a. S.: ZPO. Buch VIII—X;

Dr. **Meister**, Amtsrichter in Duisburg: Reichsstempelgesetz; Wechselstempelgesetz; Reichserbschaftssteuergesetz;

Dr. **von Olshausen**, Kaiserl. Regierungsrat in Berlin: BGB. Allgemeiner Teil (mit Ausnahme der Juristischen Personen); §§ 433—597; Buch III mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts; §§ 1297—1362, 1564—1588;

Dr. **Philipsborn**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch II §§ 676 762—764; Börsengesetz;

Dr. **Schaps**, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg: HGB. IV. Buch; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Dr. **Schlegelberger**, Landrichter in Charlottenburg: BGB. Buch II §§ 241—432, §§ 598 bis 675, §§ 677—704, 759—782;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. **Ludwig Wertheimer**, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M.: Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutzgesetz;

Dr. **Wolff**, Regierungsrat, Mitglied der Kgl. Eisenbahndirektion in Halle a. S.: HGB. §§ 407—473; EisenbBO.; Reichshaftpflichtgesetz; Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung;

Zeller, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der in den Jahrgängen 1—11 bearbeiteten Gesetze.

	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.	11.
BGB. nebst EG.	1 u. 2 1	1 1	1 1	1	1	1	1	1	1	1	1
GVG. und ZPO.	3 1	—	2 320	663	736	724	709	698	639	693	738
Handelsgesetzbuch		2 1	2 1	556	637	600	591	590	544	574	573
Freiwillige Gerichtsbarkeit		—	2 176	850	988	—	942	—	864	—	1064
Grundbuchordnung		2 395	2 145	828	962	1020	978	880	924	947	1139
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz		2 478	2 253	800	942	972	—	1151	—	1003	—
Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung		2 361	2 290	771	902	937	894	841	813	893	1013
Reichshaftpflichtgesetz		2 317	2 134	870	1027	1060	1039	933	974	1074	1214
Wettbewerbsgesetz		2 336	2 611	879	1038	1072	1048	939	987	1081	1220
Personenstandsgesetz		2 333	2 172	868	—	1056	—	921	—	1063	—
Seerechtl. Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz		2 269	2 117	655	729	718	699	691	632	673	720
Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung		—	2 121	—	—	722	704	695	638	692	734
Gesellschaft m. b. H.		2 274	—	896	—	1086	1063	954	994	1108	1251
Genossenschaftsgesetz		2 297	—	908	—	1112	1090	975	1014	1128	1276
Hypothekenbankgesetz		—	2 126	—	734	—	709	—	—	1136	—
Patentgesetz		—	2 632	—	1053	—	1100	—	1022	—	1282
Gebrauchsmusterschutz		—	2 645	—	1066	—	1129	—	1064	—	1327
Warenzeichenrecht		—	2 648	—	1068	—	1135	—	1070	—	—
Gewerbliche Schutzgesetze		—	2 660	—	1078	—	1153	—	1082	—	—
Bild. Künste u. Photographie		—	—	—	—	—	1155	—	1083	—	—
Literatur und Tonkunst		—	2 667	—	1079	—	1158	—	1085	—	—
Verlagsrecht		—	2 677	—	1083	—	1165	—	1088	—	—
Intern. Urheberrechtsschutz		—	—	—	—	—	1167	—	1089	—	—
Börsengesetz		—	—	—	—	—	1169	—	—	1146	1331
Gewerbeordnung		—	—	915	—	—	—	—	—	—	—
Wechselordnung		—	—	981	—	1129	—	984	—	1137	—
Bankdepotgesetz		—	—	—	731	—	708	696	—	—	—
Scheckgesetz		—	—	—	—	—	—	—	—	1134	—
Kraftfahrzeuggesetz		—	—	—	—	—	—	—	—	1161	1343
Versicherungsrecht		—	—	—	1084	—	—	1005	—	1163	—
Gerichtskostengesetz		—	—	—	—	1146	—	—	—	—	—
GebührenO. für Zeugen und Sachverständige		—	—	—	—	1179	—	—	—	—	—
GebührenO. f. Gerichtsvollz.		—	—	—	—	1188	—	—	—	—	—
GebührenO. für RechtsAnw.		—	—	—	—	1192	—	—	—	—	—
Reichsstempelgesetz		—	—	—	—	—	—	—	1092	—	1352
Wechselstempelgesetz		—	—	—	—	—	—	—	—	—	1361
Reichserbschaftssteuergesetz		—	—	—	—	—	—	—	1091	—	1361

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und der Handelsgesellschafter.
BayNotZ. = Zeitschr. f. das Notariat u. für die freiw. Rechtspflege d. Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folg. Band- u. Seitenzahl = Samml. v. Entscheid. d. Obersten Landesgerichts f. Bayern in Gegenständen d. Zivilrechts.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß . . . Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DRZ. = Deutsche Richterzeitung.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.
EisenbVereinsZ. = Ztg. d. Vereins deutscher Eisenb. Verwalt.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
ETZ. = Elektrotechnische Zeitschrift.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschr. f. Praxis u. Gesetzgeb. d. Verw., f. d. Königr. Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
FürsorgeZ. = Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- u. Kaufmannsgericht, Monatsschr. d. Verbandes D. Gew. u. KfmG.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
Hansa = Deutsche naut. Zeitschrift.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
HoldheimsMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (die arabische Ziffer bezeichnet den Jahrgang).
JheringsJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.

JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch f. Entscheidungen d. Kammergerichts in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LeipzZ. od. LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns v. 21. Juni 1869.
MschutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
MittöffFeuerversAnst. = Mitteil. d. Verbandes d. öffentl. Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
Oekonomist = Der Deutsche Oekonomist.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PucheltsZ. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weiteren Zusatz = in Zivilsachen.
RG. (Strafs.) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen d. RMG.
RuW. = Recht und Wirtschaft.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Sächs. Ober-Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege (seit 1906).
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
Standesa. = Das Standesamt. Herausgegeben von L. Schmitz.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WarnE. (WarnErgbd.) = Warneyers Jahrb. d. Entscheid. Ergänzungsbd., enth d. Rechtspr. d. RG.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAV. = Zentralbl. der Abgaben-Gesetzgeb. u. Verwaltung in den Kgl. Preuß. Staaten.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbarkeit u. Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZfmittlJB. = Zeitschrift für mittlere Justizbeamte.
ZfZollw. = Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZIPR. = Zeitschrift f. intern. Privat- u. Strafrecht (jetzt Privat- u. öffentliches Recht).

ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStaatsw. = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
➛ ← = Selbständiger Zusatz oder Entgegnung eines Autors.
➛ Red. ← = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheid. des betr. OLG. [z. B. DJZ. **05** 445 (Hamm)].
Diejenigen Zeitschriften, deren Jahrgänge mit dem Kalenderjahr zusammenfallen, sind nach dem Kalenderjahr zitiert, die wenigen anderen nach der Bandzahl. [z. B. JW. **11** 120; FrankfRundsch. **43** 15.]

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Literatur: Danz, Die neue, realistische Auslegung der Rechtsgeschäfte, JW. 12 2—8. — Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Leipzig 1912. — Thiessen, Person und Vermögen (Jenaer Diss.). Leipzig 1912.

Vor § 1. 1. Danz, JW. 12 3. Die neue Art der Auslegung, die man die realistische nennen kann, versucht das, was die Willenstheorie unterlassen hat, nachzuholen. Sie will eine Anleitung geben, wie im konkreten Falle die wahre, maßgebende Bedeutung der Erklärung im Leben gefunden werden kann, und wie aus solchen Beobachtungen des Lebens der Richter einzelne Rechtssätze zu entwickeln und aufzustellen hat, nämlich auslegende, d. h. die Bedeutung dieser Erklärung feststellende. Sie tritt von außen an den Fall heran, sieht nur das mit den Sinnen Wahrnehmbare und legt besonderes Gewicht darauf, erst den konkreten Tatbestand ganz genau zu erörtern und ihn in die feinsten Nuancen zu verfolgen, weil sie weiß, welche ausschlaggebende Bedeutung die sog. „Umstände des konkreten Falles" für Bestimmung des wahren Sinnes der Erklärung haben (4). Will der Richter nicht in den Fehler verfallen in Fällen der eigentlichen juristischen Auslegung auf einen inneren Willen der Parteien zu spähen, so hat er die konkreten Parteien auszuschalten und an deren Stelle verständige Menschen zu setzen. Denn der Richter muß, um seine Entscheidung gemäß der Verkehrssitte, wie es das Gesetz verlangt, abgeben zu können, wissen, wie die Mehrzahl der verständigen Menschen — der Normalmensch — die vorliegende Willenserklärung deutet, was ein Normalmensch im gleichen Falle geleistet haben würde. Denn das Vorliegen einer Verkehrssitte erkennt man nur durch Beobachtung des gleichmäßigen Handelns solcher Menschen. Die Überlegung, wie sich Normalmenschen in ganz dem gleichen Falle verhalten würden, muß der Richter sich stets machen, um richtig zu entscheiden. Dadurch, daß er aber solche Normalmenschen genau an die Stelle der Parteien setzt und diese eliminiert, kommt er auf den richtigen Standpunkt, von außen her die Sachlage zu betrachten und auf die Umstände des Falles zu sehen (7).

2. Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft 7 ff. Der Gegensatz von sittlichem und rechtlichem Verhältnisse, wie er von der herrschenden Meinung in bezug auf die Ehe aufgestellt wird, ist auf zwei verschiedenartige Rechtsverhältnisse zu beziehen, nämlich Rechtsverhältnisse, die nach Voraussetzungen und Folgen genau bestimmt sind und solche, die dieser genauen Bestimmung entbehren. Bei jenen weiß man jetzt schon ganz genau, welche Rechte und Pflichten dem Rechtsverhältnis entspringen, bei diesen hängen die aus dem Rechtsverhältnis entstehenden Rechte und Pflichten von der besonderen Lage des Einzelfalls ab, sie können daher erst später bestimmt werden. Der Ausdruck „sittliches Verhältnis" ist sonach in den Ausdruck „sittliches Rechtsverhältnis" umzuformen. Das Beiwort „sittlich" bezieht sich auf den Inhalt und bedeutet, daß sich dieser Inhalt nach den Umständen des Einzelfalls im Hinblick auf das soziale Ideal bestimmt. Aus diesen Erwägungen ergibt sich der Sinn der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die Ehegatten werden zu einer Lebensgemeinschaft verpflichtet, die grundsätzlich richtig ist. Die Rechtsordnung erfaßt die Ehe nicht als sittliches Verhältnis, indem sie die sittlichen Pflichten zu Rechts-

pflichten erhebt, wie die herrsch. M. glaubt, sondern sie bestimmt die Art des Rechtsverhältnisses, das durch die Worte „eheliche Lebensgemeinschaft" bezeichnet wird. Dieses unmittelbare Zurückgehen auf den Gemeinschaftsgedanken, das soziale Ideal, ist unserem Gesetzbuche nicht fremd. Wir finden in dem BGB. dafür unter anderem die Ausdrücke: Treu und Glauben, Billigkeit, sittliche Pflicht, Vermeiden des Mißbrauchs, gute Sitten, wichtiger Grund. Alle angeführten Worte besagen, daß in den erwähnten Fällen unmittelbar auf das soziale Ideal zurückgegangen werden soll d. h. nach dem Satze entschieden werden muß, der in dieser Lage grundsätzlich richtig ist.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Vorbemerkung: Zum § 12 war über eine Reihe wichtiger Entscheidungen des RG. und der OLG. zu berichten; bei der Bezeichnung einer Ware in Verbindung mit dem Namen einer Person wird die Entscheidung oft nicht leicht sein, ob es sich um einen nach § 12 unbefugten Gebrauch eines Namens oder um eine Systembezeichnung handelt. (Vgl. Ziff. 3a zu § 12.) Von den anderen Individualrechten sei auf das Wappenrecht und das Recht am eigenen Bilde in Verbindung mit dem Kinematographenrecht hingewiesen. Besondere Beachtung verdient der Selbstbericht des RGR. aD. von Lippmann über das Recht an Briefen, der dieses Recht von allen Seiten aus beleuchtet.

Literatur: Delius, Der Schutz des Familiennamens, GesuR. **12** 537—548. — Herbert Meyer, Vom Rechtsschein des Todes. Ein Beitrag zur Dogmatik der Todeserklärung. Leipzig 1912. — v. Lippmann, Recht an Briefen, SeuffBl. **12** 299ff., 361ff. — May, Der Kinematograph und das Recht am eigenen Bilde, GewRschutz **12** 324—326. — Oelenheinz, Die Adelshoheit der Monarchen in Preußen und die Selbständigkeit der richterlichen Entscheidung, JW. **12** 173—175.

§ 1. *Thießen, Person und Vermögen 44 ff. Die Rechtsfähigkeit des BGB. ist, da sie auch Kindern, Geisteskranken, Vereinen, Stiftungen und Anstalten zusteht, Vermögensfähigkeit. Rechtssubjekte, d. h. Subjekte der befugten Handlungsfähigkeit, sind diese „Personen" nicht (47). Das BGB. muß, wenn es nicht doppelsinnig reden will, den Ausdruck „Rechtsfähigkeit" durch „Vermögensfähigkeit" ersetzen. Denn die Rechtsfähigkeit der „natürlichen" Person erschöpft sich nicht in der Vermögensfähigkeit, und die Rechtsfähigkeit der „juristischen" Person ist durchaus nicht dieselbe (überhaupt nicht dasselbe) wie die des Menschen (56).

§§ 7, 8. Vgl. *Klein, die Rechtshandlungen im engeren Sinne, unten zu §§ 104ff.

§ 12. 1. a) FischersZ. **41** 223 ff. (Dresden). Das Vorgehen des Klägers gegen den Beklagten wegen der Führung des Namens X. setzt voraus, daß der Kläger den durch die Namensführung des Beklagten hervorgerufenen Schein der Zugehörigkeit zu der Familie, der er angehört, tatsächlich als peinlich empfindet und dieses Empfinden nicht nur vorgibt. Durch sein bisheriges Verhalten hat aber der Kläger aufs Deutlichste bekundet, daß ihm jener angebliche Schein sehr gleichgültig ist. Auch damit kann er sein Interesse an der Verurteilung nicht rechtfertigen, daß er bei der Gleichheit des Gewerbebetriebs der Parteien einer Verwechselung der Namen im Kundenkreise vorbeugen müsse. Das Berufungsgericht folgert aus dem bisherigen Schweigen des Klägers, daß er mit einer Verwechselung und einem daraus für ihn sich ergebenden gewerblichen Nachteil nicht ernstlich zu rechnen hat. Anders stände es dann, wenn etwa in neuerer Zeit gerade Tatsachen hervorgetreten wären, die, wie z. B. unehrenhaftes Verhalten des Beklagten und auf Herbeiführung der Namensverwechselung berechnete geschäftliche Maßnahmen, den Kläger zur Änderung seiner bisherigen passiven Haltung hätten nötigen können (229) [teilweise schon JDR. **10** Ziff. 1]. **b) RG.** 19. 10. 11, BayRpflZ. **12** 44, HessRspr. **12** 298 führt in Überein-

stimmung mit **RG. 74** 310, JDR. **9** Ziff. 5, aus, daß durch § 12 nicht nur das wirtschaftliche, sondern zugleich jedes andere schutzwürdige Interesse des Berechtigten, also auch ein ideales und ein bloßes Affektionsinteresse geschützt wird. **c) RG.** 11. 1. 12, JW. **12** 338. Daß der Name ein weit verbreiteter ist, hindert nicht, die Verletzung eines Interesses der Namensträger bei der Namensanmaßung durch einen Dritten anzunehmen.

2. **a) RG.** 5. 10. 11, GruchotsBeitr. **56** 334 ff. Es sprechen überwiegende Gründe dafür, dem nach franz. oder bad. Gesetzen von dem Vater anerkannten unehelichen Kinde, dessen Rechtsstellung gegen früher in dieser Beziehung nicht hat verschlechtert werden sollen, ein Recht auf Führung des Namens des Vaters auch in dem Falle zu gewähren, daß die Anerkennung erst nach dem 1. Januar 1900 erfolgt ist. **b) RG.** 11. 1. 12, JW. **12** 338, GruchotsBeitr. **56** 865 ff. Die verheiratete Frau behält das Recht auf Schutz ihres Geburtsnamens. Näheres s. u. zu § 1577.

3. **a) RG.** 9. 2. 12, GewRschutz **12** 238 ff. Bei der Bezeichnung „Seide nach Voemel", „Catgut nach Voemel", kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob in dieser Bezeichnung lediglich eine Systembezeichnung zu erblicken ist oder der Name eines anderen unbefugt gebraucht wird. Hatte sich der Verkehr daran gewöhnt unter der Bezeichnung „Voemel-Seide, Voemel-Catgut" zu verstehen, daß „Voemel" (der Kläger) zu der Ware als Hersteller oder durch Beaufsichtigung der Herstellung oder dergleichen in Beziehung stehe, so wird leicht auch unter der neuen Bezeichnung (Seide Catgut nach Voemel) das Bestehen solcher Beziehungen verstanden werden. Hat aber die Beklagte etwa die neue Bezeichnung gewählt, um die eingetretene Veränderung nach Möglichkeit zu verdecken, so würde wohl kaum mehr gesagt werden können, daß die Beklagte das Wort, den Namen „Voemel", befugt gebraucht hat. **b)** SächsRpflA. **12** 522 (Dresden). Ein unbefugter Gebrauch des Namens nach § 12 liegt dann nicht vor, wenn der Name (Horch) von dem Beklagten nicht als *sein eigener*, sondern nur zur Bezeichnung seines Unternehmens gebraucht wird (vgl. u. a. Kommentar von RGRäten, Anm. 4 zu § 12).

4. **RG.** JDR. **10** Ziff. 4 b auch OLG. **24** 237.

5. *Name juristischer Personen.* **RG.** 13. 12. 11, **78** 101. Der Wortlaut und die Gleichheit des Gesetzeszwecks erfordern, die Vorschrift des § 12 auch auf den Namen wie der juristischen Personen überhaupt, so insbesondere auch der Vereine und zwar nicht nur der rechtsfähigen Vereine (vgl. **RG. 74** 114, JDR. **9** Ziff. 8), sondern auch der nicht rechtsfähigen Vereine anzuwenden. Die Stellung des § 54 unter dem Titel „Juristische Personen" zeigt, daß die nicht rechtsfähigen Vereine, wenigstens hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte, den rechtsfähigen Vereinen haben näher gerückt werden sollen.

6. *Delius*, GesuR. **12** 546 f., spricht sich für die Anwendbarkeit des § 12 auch in den Fällen aus, daß der Name von einem anderen als Pseudonym gebraucht oder zur Bezeichnung einer Figur in einem Drama oder Romane benutzt wird.

7. *Verwendung des Künstlernamens im Wechselrechte* (JDR. **10** Ziff. 9). KGBl. **12** 99, LeipzZ. **12** 780 (KG.). Es genügt auch im Wechselrechte die Unterschrift mit dem Künstlernamen; denn es kann nicht als ein aus dem Grundsatze der formalen Wechselstrenge entspringendes Erfordernis anerkannt werden, daß die Wechselunterschrift notwendig mit dem bürgerlichen Namen getätigt sein müsse, um Pflichten und Rechte aus dem Wechsel zu begründen. Es herrscht aber, gewohnheitsrechtlich zugelassen, die Übung, daß Künstler sich dem Publikum gegenüber eines angenommenen Namens bedienen und diesen dauernd derart auch im allgemeinen Geschäftsverkehr gebrauchen, daß sie vielfach von der großen Menge nur unter dem Künstlernamen gekannt werden.

8. Walsmann, Verzicht 91 und 217. Das Namensrecht und ebenso die Ansprüche aus § 12 sind unverzichtbar. Nur eine vertragsmäßige Verpflichtung zu dulden, daß ein andrer seinen Namen benutzt, ist rechtsgültig.

9. Adelsprädikat (JDR. **7** Ziff. 7, **9** Ziff. 4, **10** Ziff. 8). **a)** VO. des Königl. Sächs. Min. d. Innern 20. August 1912, FischersZ. **41** 164. Wenn durch § 12 an sich ein Schutz des Namens gewährleistet wird, so ist durch § 3 G., die Einrichtung eines Adelsbuchs und die Führung des Adels und der Adelszeichen betr., vom 19. September 1902 der Führung adeliger Namen ein erhöhter Schutz insoweit eingeräumt worden, als die im Königreiche Sachsen wohnenden sächsischen Staatsangehörigen, welche den Adel führen, zu dessen Anmeldung verpflichtet sind. Diese Verpflichtung erstreckt sich auch auf die Führung adeliger Künstlernamen, nachdem durch Erlaß des G. vom 19. September 1902 die gewohnheitsrechtliche Übung insoweit eingeschränkt worden ist. Die Träger derartiger neu angenommener adeliger Namen sind zur Anmeldung ihres Adels anzuhalten. **b)** Oelenheinz, JW. **12** 173 ff. Der vom Heroldsamte zur Begründung der materiell-rechtlichen Bedeutung seiner deklaratorischen Entscheidungen aufgestellte, vom RG. übernommene Rechtssatz des materiellen Rechtes: „kein Adel ohne Anerkennung des Monarchen" ist im preußischen Staatsrechte nicht begründet. Er widerspricht auch dem gemeinen deutschen Staatsrechte. Die deklaratorischen, streitentscheidenden Beschlüsse des Heroldsamts haben für die Gerichte keine weitergehende Bedeutung als gleichartige Entschließungen anderer Verwaltungsbehörden. Sie sind in Ermangelung gegenteiliger Bestimmung der Gesetze für das Prozeßgericht unverbindlich. **c)** RheinA. **109** 327 ff. (Köln) nimmt an, daß der Prozeßrichter bei der Feststellung des Tatbestandes des § 360 Nr. 8 StGB. nicht an die Entscheidung des Heroldsamts über das Bestehen oder Nichtbestehen eines zweifelhaften Adels gebunden sei.

Anhang zu § 12. Andere Individualrechte. I. Recht der Persönlichkeit (s. JDR. **6**, **7**, **8** Ziff. I des Anhanges). **a)** **RG.** 8. 6. 12, **79** 397, DJZ. **12** 921, JW. **12** 867, GewRschutz **12** 313. Die Anerkennung eines allgemeinen subjektiven Persönlichkeitsrechts ist zwar im geltenden bürgerlichen Rechte nicht enthalten, jedoch gibt es besonders geregelte Persönlichkeitsrechte (vgl. **RG. 69** 403). Ein solches ist aus dem KunstschutzG. vom 9. Januar 1907 zu entnehmen, dessen Vorschriften in den §§ 12, 13, 15 ff., 18 Abs. 3, 19 Abs. 2, 21 erkennen lassen, daß der Künstler, dem modernen Rechtsempfinden entsprechend, ein gesetzlich geschütztes Recht darauf habe, daß das von ihm geschaffene Werk als Ausfluß seiner künstlerischen Schöpferkraft der Mit- und Nachwelt nur in unveränderter Gestalt zugänglich gemacht werde. **b)** *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 141 ff., 154. Alle subjektiven Rechte gliedern sich ein in die Rechte: 1. aus dem Bestehen der Persönlichkeit, 2. aus dem Handeln der Persönlichkeit, 3. an außerhalb der Persönlichkeit bestehenden Gütern; „Persönlichkeit" (der Aufklärung bedürftiger Begriff) angedeutet als das soziale Element im Wesen des Rechtssubjekts betonender Begriff, zugleich aber die Idee des Gattungsmäßigen in dem Verhältnisse des einzelnen zur Allgemeinheit verneinend und damit das Individuelle in dem sozialen Leben betonend. Im übrigen vgl. einzelnes zu § 823 BGB.; allgemeines über die Unterlassungsklage s. zu § 241 Ziff. 2 und Ziff. 1a zu § 1004 BGB. **c)** Über das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage vgl. auch Rosenthal, LeipzZ. **12** 608 ff.

II. Wappenrecht (JDR. **3**, **6**, **7**, **8** Ziff. II des Anhanges). **RG** 19. 10. 11, BayRpflZ. **12** 44, HessRspr. **12** 298. Ein Stadtwappen genießt bürgerlichrechtlichen Schutz nach § 12. — Eine der Namensanmaßung entsprechende Anmaßung eines fremden Wappens liegt nicht vor, wenn ein Geschäftsinhaber an Ladentür und Schaufenstern Bilder des Stadtwappens anbringt, nicht um sich selbst als den Wappenträger zu bezeichnen, sondern nur mit Rücksicht auf seine Beziehung zu der Stadt, als den Sitz seines Geschäftsbetriebs.

III. Das Recht am eigenen Bilde (JDR. 3 Ziff. II, 4 Ziff. I, 7 Ziff. VI des Anhanges). May, GewRschutz 12 324 ff. beschäftigt sich mit den das Recht am eigenen Bilde regelnden Vorschriften des KunstschutzG. vom 9. Januar 1907 in ihrer Anwendung auf kinematographische Bilder.

IV. Das Recht an Briefen (JDR. 5, 6, 7 Ziff. IV, 8 Ziff. I des Anhanges). RGR. aD. *v. Lippmann. Ungeachtet der mannigfachen Bearbeitung, die „das Recht an Briefen" in der deutschen Literatur gefunden, erachtet der Verf. gerade allgemeinen Betrachtungen und vielfachen Hinweisen auf die Gesetzgebung und Rechtsprechung des Auslandes gegenüber die reifliche Prüfung und Abklärung bedeutsamer Fragen vom Standpunkte des geltenden deutschen Rechtes aus für geboten. — Er unterzieht demgemäß das Wesen des Briefes, den Schutz von Briefen gegen Veröffentlichung, das Persönlichkeitsrecht an Briefen und den Inhalt des Urheberrechts an Briefen eingehender Erörterung, die hier nur in ihren Grundlinien und Endzielen zur Kennzeichnung des Inhalts der Abhandlung wiedergegeben werden kann, wie auch auf die eingehendere Begründung und auf zahlreiche Einzelfragen nicht eingegangen werden kann. Er wendet sich zunächst gegen die meistens als Grundlage der Darstellung aufgestellte Unterscheidung von urheberrechtlich geschützten und autorrechtlich nicht geschützten Briefen. Gegenstand und Zweck des Schutzes seien, führt der Verf. aus, verschieden; das Urheberrecht sei auf die Sicherung der Veröffentlichung von Seite des Urhebers, also auf Veröffentlichung, der Briefschutz auf Wahrung des Briefgeheimnisses, also gegen jede Veröffentlichung gerichtet; ein Bedürfnis dieses Schutzes könne auch für Briefe begründet sein, die urheberrechtsfähig wären. — Er bestreitet ferner die vielfach vertretene Annahme, das Wesen des Briefes liege in seiner Vertraulichkeit, während es lediglich in der schriftlichen Gedankenmitteilung bestehe, die an eine abwesende als Empfänger bestimmte Person gerichtet ist. — Die Scheidung zwischen dem Eigentum am Briefkörper und dem Eigentum am Gedankeninhalt führt zu der Untersuchung der Rechte des Absenders und des Empfängers, insbesondere der Rechte des Empfängers am Inhalte des Briefes. Beschränkungen des Gebrauchs müssen aber nach Ansicht des Verf. auf einem besonderen Rechtsgrunde beruhen. — Der Verf. wendet sich auch gegen das als Schutz gegen Verbreitung und Veröffentlichung gewährendes Sonderrecht für Briefe vertraulicher Art konstruierte Persönlichkeitsrecht an Briefen. Auf die Ausstrahlung und Objektivierung des Geisteslebens des Briefschreibers begründet, würde es nur dem Briefschreiber, nicht aber dem Empfänger Schutz gewähren. Die des Schutzes bedürftige Vertraulichkeit werde aber durch die Ausstrahlung des Geistes oder Gemüts des Briefschreibers im Briefe, ebensowenig als durch die bloß mündliche Aussprache, sondern durch das zwischen den Korrespondenten entstandene oder entstehende Vertrauensverhältnis begründet. — Soweit nicht besonders geschützte Amts-, Dienst-, Berufs- oder Pflichtverhältnisse maßgebend seien, liege die Wahrung des Vertrauens und der Diskretion wesentlich auf dem Gebiete der Sitte. Hieran schließt sich die Untersuchung, welchen Schutz die deutsche Gesetzgebung dem Privatgeheimnisse gewährt. Außer den auf besonderen Amts-, Dienst-, Berufs- und Pflichtverhältnissen beruhenden Vorschriften (§§ 300, 354, 355 StGB. [Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses im Postverkehre], § 353 StGB., § 11 RBG., §§ 1 u. 3 G. gegen den Verrat militärischer Geheimnisse, § 17 UnlWG.) gebe das Reichsstrafgesetzbuch eine Schutzbestimmung nur für verschlossene Briefe und Urkunden und ist hiernach, wie der Verf. nachweist, nicht bloß hinter Gesetzgebungen des Auslandes, sondern auch hinter früheren deutschen Landesgesetzen zurückgeblieben. — Hinsichtlich des zivilrechtlichen Schutzes kommen nach den Ausführungen

des Verf. die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen in Frage. Läge in der Verbreitung oder Veröffentlichung eines Briefes eine strafbare Handlung oder die Verletzung eines Schutzgesetzes, so ließe sich auf Grund des § 823 Abs. 2 BGB. eine Klage auf Schadensersatz, sowie auf Unterlassung unter den für die Unterlassungsklage maßgebenden Voraussetzungen begründen. Ließe sich der Schutz der Vertrauensbriefe oder der Schutz des Privatgeheimnisses auf ein Individualrecht begründen, so würde sich fragen, ob es nicht unter die sonstigen Rechte des § 823 Abs. 1 BGB. einzureichen wäre. — Der Verf. tritt aber auch dem Versuche Gieskers, für das von ihm aufgestellte Individualrecht an der eigenen Geheimsphäre eine positiv gesetzliche Basis im § 826 BGB. nachzuweisen, entgegen. Bei der Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit nach Art und Gegenstand der Indiskretionen, die gegenüber dem Bedürfnisse des freien Verkehrs für die Entscheidung der Frage in Betracht zu ziehen wären, inwieweit dem Privatgeheimnis — abgesehen von den besonders gesetzlich geschützten Geheimnissen — Rechtsschutz zu gewähren sei, erschiene das Individualrecht an der eigenen Geheimsphäre im Gegensatze zu den „sonstigen Rechten“ als von der Rechtsordnung besonders ausgestatteten und umschriebenen ausschließlichen Rechten, nach Ansicht des Verf. als ein vager Begriff, der erst durch die richterliche Entscheidung im Einzelfall einen bestimmten abgegrenzten Inhalt gewänne. Der § 826 BGB. setze aber den Vorsatz der Schadenszufügung voraus. Ideale Interessen fänden, wenn eine Schadensersatzfrage nicht aufgeworfen werden könne, im § 826 keinen Schutz. — Nach Erörterung der Voraussetzungen des Urheberrechts an Briefen und Briefsammlungen, wobei insbesondere dem Versuche, die Berühmtheit des Autors als einen Entstehungsgrund des Urheberrechts einzuführen, entgegengetreten wird, wendet sich der Verf. zu der Anwendung und Durchführung des Urheberrechts an Briefen, somit zu der Erörterung und Prüfung der Schwierigkeiten, die sich gemäß der Scheidung zwischen dem Eigentum am Briefkörper und dem Eigentum am Gedankeninhalt und der hierauf beruhenden Annahme des Überganges des Eigentums am Briefkörper auf den Empfänger und dem Verbleiben des Urheberrechts bei dem Briefschreiber ergäben. — Dem Rechte des Urhebers auf ausschließliche Befugnis der Mitteilung und Veröffentlichung könne durch die Rechte des Empfängers am Briefe Abbruch getan werden. Hinsichtlich der Mitteilungs- und Veröffentlichungsbefugnis frage es sich aber erst, ob nicht ein die Geheimhaltung gebietendes Pflichtverhältnis der Ausübung diesen Rechten des Urhebers entgegentrete. Besitze der Briefschreiber keine Abschrift und verweigere der Empfänger die Herausgabe des Briefes oder die Gestattung der Einsicht und Abschriftnahme, dann frage es sich, ob die positive Seite des Urheberrechts an dem Widerspruche des Briefempfängers scheitere. — Der Verf. gelangt auf Grund der §§ 809, 903 BGB. zu der Annahme, daß der Urheber vom Empfänger die Vorlage des Briefes zur Besichtigung nicht bloß, wie **RG. 69** 401 anerkennt, behufs Prüfung des Bestehens eines Rechtes, sondern auch zum Zwecke der Ausübung des Rechtes und demgemäß die Gestattung der Entnahme einer Abschrift fordern könne, wenn die Besichtigung oder Einsichtnahme ohne jene zwecklos wäre. Aufgabe oder Vernichtung des Briefes ungeachtet der Kenntnis der Inanspruchnahme des Urheberrechts würde nach Ansicht des Verf. gemäß §§ 226 u. 826 BGB. zum Schadensersatze verpflichten. — Im Anschlusse hieran führt der Verf. DJZ. **12** 883 ff. über den Schutz des Privatgeheimnisses des weiteren aus, das RG. halte zwar in einer Entsch. vom 28. September 1911 (**RG. 77** 219) eine Klage auf Unterlassung von Eingriffen in den allgemeinen Rechtskreis unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig. In diesen Rechtskreis fiele das Individualrecht an der eigenen Geheimsphäre, wenn erst feststände, inwieweit Gebote der Sitte Rechtsgebote geworden seien. Daß aber auf diesem

Gebiete selbst hinsichtlich der greifbarsten Indiskretionen, der unbefugten Veröffentlichung von Privatbriefen, eine übereinstimmende Rechtsüberzeugung sich nicht gebildet habe, beweisen die Verhandlungen des 25. DJT. Hieran knüpft sich eine eingehendere Darstellung des weitergehenden Schutzes, den dem Privatgeheimnisse frühere deutsche Strafgesetze geboten und die Gesetzgebungen des Auslandes zurzeit gewähren. — Besonders hervorgehoben werden Art. 28 SchweizZivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907, wonach auf Beseitigung der Störung klagen kann, wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, ferner die Strafbestimmung des Art. 390 StGB. für Norwegen vom 22. Mai 1902 gegen den, der den Frieden des Privatlebens dadurch verletzt, daß er öffentliche Mitteilungen über die persönlichen und häuslichen Angelegenheiten macht.

§ 18. *Herb. Meyer, Rechtsschein des Todes 11 f., 18 ff. Die Todeserklärung begründet nicht nur eine die Beweislosigkeit unschädlichmachende Vermutung der Tatsache des Todes, sondern sie ist unmittelbar auf die Summe aller Rechtswirkungen gerichtet, die im Augenblicke des Todes hervorzutreten pflegen. Sie ist eine Rechtsvermutung. Jede Rechtsvermutung aber basiert auf einem legitimierenden äußeren Tatbestande, der als regelmäßige äußere Erscheinungsform einer bestimmten materiellen Rechtslage rechtlich anerkannt ist. Die Rechtswirkung wird vermutet, weil der Tatbestand den Schein der Rechtslage für sich hat. Rechtsvermutung und Rechtsschein bedingen sich gegenseitig mit Notwendigkeit. Somit hat auch die Todeserklärung Wirkungen, die über die einer bloßen Vermutung hinausgehen. Während bei der Vermutung das dem Schein entsprechende Sein unter Vorbehalt des Gegenbeweises als erwiesen angenommen wird, wird es beim Rechtsschein auch materiell-rechtlich als vorhanden behandelt, nicht trotz seiner Unwahrheit, wie bei der Fiktion, sondern weil erfahrungsgemäß hinter dem Schein das Sein steht. Die Vermutung ist jederzeit widerlegbar, der Rechtsschein dagegen nur so lange, als nicht infolge seiner Einwirkung auf das materielle Recht aus dem Schein ein Sein geworden ist. Die materiellen Wirkungen können entweder auf Gesetzesvorschrift oder auf Rechtsgeschäft beruhen, wobei in beiden Fällen der ungebrochene Rechtsscheintatbestand zugrunde liegen muß. Nur im zweiten Falle kommt es auf den guten Glauben des zu schützenden Dritten an (Vertrauensschutz). Die über die einer Vermutung hinausgehenden Wirkungen der Todeserklärung (§§ 1348, 1420, 1425, 1426, 1494, 1497, 1544, 1547, 1679, 1684, 1686, 2252, 2370) sind Rechtscheinswirkungen, daher materielle Folgen trotz Widerlegung oder Aufhebung der Todeserklärung. Der fälschlich für tot Erklärte muß sie gegen sich gelten lassen, da in seiner Person (Verschollenheit, Verschweigung gegenüber dem Aufgebote) die Veranlassung zur Entstehung des Todesscheins eingetreten ist (Veranlassungs- in Verbindung mit dem Publizitätsprinzip). Aus den einzelnen Anwendungsfällen ist ein allgemeines, für das Gesamtgebiet des bürgerlichen Rechtes geltendes Prinzip zu entnehmen. Daher z. B. Aufrechterhaltung der Legitimation (nach §§ 1719 oder 1723) der während der Verschollenheit von der Frau geborenen Kinder durch einen Dritten (42 ff.), der Adoption nach fälschlicher Todeserklärung des ehelichen Abkömmlinges (§ 1741) (55), der Auflösung oder des Ausscheidens aus einem Verein oder einer Gesellschaft (31 f.), der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts des Verschollenen oder der Ausschlagung einer dem Verschollenen angefallenen Erbschaft durch den Scheinerben des Verschollenen nach § 1952 (59 f.) trotz nachträglicher Widerlegung der Todesvermutung. Auch der Vertrauensschutz zugunsten gutgläubiger Dritter kommt nicht nur in den vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen zur Anwendung, sondern in Ausdehnung des Prinzips des § 2370 ist anzunehmen, daß er stets gegeben ist, wenn im Vertrauen auf die durch den mutmaßlichen Tod bewirkte freie Verfügungsbefugnis der Lebenden

ein Recht erworben, eine Leistung bewirkt wurde (29). So bei Verfügungen des zurückgebliebenen Ehegatten im Vertrauen auf die durch den mutmaßlichen Tod erloschene Mitverfügungsbefugnis bei Gütergemeinschaft usw. (25 ff., 33 ff.), so beim Erwerb im Vertrauen auf das Erloschensein eines lebenslänglichen, dinglichen oder persönlichen Rechtes (32 f.) oder die durch den Tod bewirkte Akkreszenz bei Gesellschaften oder offenen Handelsgesellschaften (31). Nicht bloße Rechtsscheinwirkung, sondern endgültige materiell-rechtliche Folge ist das Erlöschen der Vormundschaft usw. und der familienrechtlichen Ämter in den Fällen der §§ 1878, 1884, 1885, 1915, 1921; daher kein Wiederaufleben bei Aufhebung der Todeserklärurg (22 f.). Auch die Vorschrift des § 1974 gehört übrigens nicht in das Gebiet des Rechtsscheins.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Im Rechte der juristischen Personen hat sich die Rechtsprechung und Literatur im Berichtsjahre vorzugsweise mit Spezialfragen beschäftigt, vor allem mit dem Rechte der Ausschließung von Mitgliedern aus rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Vereinen.

Literatur: Hahn, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittserklärungen zu juristischen Personen, Frankfurt 1912. — Landsberger, Schankerlaubnis für juristische Personen, PrVerwBl. **33** 693, **34** 117. — Vossen, Die Erteilung gewerblicher Konzessionen an Vereine und Korporationen, DJZ. **12** 1159. — Waldecker, Die Erteilung gewerblicher Konzessionen an juristische Personen und die Praxis, JW. 12 1126. — Wießmann, Die Erteilung gewerblicher Konzessionen an Vereine und Korporationen, DJZ. **12** 1351.

1. Umfang und Bedeutung der juristischen Persönlichkeit. a) **RG.** PrVerwBl. **33** 455. Auch für eine juristische Person und insbesondere für eine Stadtgemeinde besteht die rechtliche Möglichkeit, stillschweigende Willenserklärungen abzugeben. **b**) Hachenburg, DJZ. **12** 1225. Wird ein Sebstbestimmungsrecht der französischen Aktiengesellschaften im deutschen Kongo bezüglich ihrer Nationalität anerkannt, so ist damit das Prinzip, daß die juristische Person stets dem Staate angehören muß, in dem sie ihren Sitz hat, aufgegeben. **c**) Vossen aaO. Die gewerbliche Sachkonzession, die unabhängig ist von der Person des Betriebsinhabers, kann an juristische Personen erteilt werden. Die reinen Personalkonzessionen (Arzt, Apotheker, Pfandleiher, Gesindevermieter usw.) können dagegen nur an physische Personen verliehen werden. Zweifelhaft ist die Sachlage bei Konzessionen zu Schauspielunternehmungen, zu Privatkranken-, -Entbindungs- und -Irrenanstalten. Aber auch hier haftet die Konzession nur an der Person. Ebenso kann die Schankkonzession nur an eine physische Person erteilt werden. Würde sie an juristische Personen erteilt werden können und tatsächlich erteilt werden, so könnte doch als Konzessionsempfänger und Ausüber nur die physische Person angesehen werden, die sie vertritt. Wäre der tatsächliche physische Empfänger nicht vertretungsberechtigt, so wäre die Konzession unwirksam. Die Ermöglichung der Schankkonzessionserteilung an gemeinnützige juristische Personen ist empfehlenswert. **d**) Waldecker aaO. Juristische Personen können ebenso wie physische Personen gewerbliche Konzessionen erlangen und genießen dabei keine Vorrechte. Die Zuverlässigkeitsprüfung bezieht sich auf die Person des gesetzlichen Vertreters. **e**) Wiesmann aaO. Die Verleihung gewerblicher Konzessionen an juristische Personen ist zulässig, ihre Zuverlässigkeitsprüfung nicht ausgeschlossen. **f**) Landsberger aaO. Auch juristischen Personen kann die Genehmigung zum Schankgewerbe aus § 33 GewO. erteilt werden. Einem Vereine kann die Konzession zum Wirtschaftsbetriebe nicht nur an seine Mitglieder, sondern auch an fremde Besucher des Vereinshauses erteilt werden. **g**) **RG.** JW. **12** 955. Eine Bestrafung auf Grund des Postgesetzes ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Zuwiderhandlung sich im Betrieb einer juristischen Person ereignet. **h**) KGJ.

41 A 123 (KG.). Ist bei der Gründung einer Aktiengesellschaft eine juristische Person beteiligt und gehört ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats zu deren gesetzlichen Vertretern, so hat eine Prüfung des Gründungsherganges auch durch besondere Revisoren stattzufinden. Ist dies unterblieben und ist die Gesellschaft trotzdem eingetragen, so hat das Registergericht die sämtlichen Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, und zwar statt der als Gründerin beteiligten juristischen Person deren bei der Anmeldung für sie aufgetretene Vertreter zur Einreichung des Prüfungsberichts durch Ordnungsstrafen anzuhalten. i) SeuffBl. 12 340, BayRpflZ. 12 219 (BayObLG.). Die Bestimmungen der Artt. 42 a bis 42 c BayForstG. finden Anwendung auf gemeinnützige juristische Personen, die den Güterhandel gewerbsmäßig betreiben. k) BadRpr. 12 99 (Karlsruhe). Ist ein nicht rechtsfähiges Gebilde im Prozeß aufgetreten, so ist es nicht ausgeschlossen, darin nur eine ungenaue Bezeichnung des wirklichen Rechtsträgers zu sehen. l) KGBl. 13 10 (LG. I Berlin). Der Antrag auf Leistung des Offenbarungseids gegen eine juristische Person erfordert die genaue Angabe der gesetzlichen Vertreter, von denen die Eidesleistung verlangt wird.

2. Wer ist juristische Person? a) **RG.** R. 12 321. Die Charité in Berlin ist auf Grund der KabO. vom 31. Januar 1735 eine selbständige juristische Person. b) OLG. 25 49 (KG.). Eine Gewerkschaft, der in einem Bundesstaate juristische Persönlichkeit beigelegt ist, ist auch in einem anderen Bundesstaate rechtsfähig. Durch Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Bundesstaat hört sie nicht auf, eine Gewerkschaft nach dem Rechte des ursprünglichen Bundesstaats zu sein. c) BadRpr. 12 87, 97, 195 (Karlsruhe). Eine sog. „Standesherrschaft", die Gesamtheit der Agnaten einer hochadligen Familie ist nach badischem Rechte keine juristische Person. Als Träger des unter dem Ausdrucke „Standesherrschaft" zusammengefaßten Vermögensinbegriffs und Eigentümer des Stammguts ist der jeweilige Stammherr anzusehen. Auch durch Hausgesetz kann eine solche Rechtspersönlichkeit nicht begründet werden. d) HansGZ. 12 Beibl. 85 (Hamburg). Das „hamburgische Testament" ist nach früherem hamburgischen Gewohnheitsrecht als selbständiges Rechtssubjekt anzusehen. e) SeuffA. 67 110 (KG.). Die Reederei ist keine juristische Person, sondern ein Gesellschaftsverhältnis besonderer Art. f) SächsRpflA. 12 467 (Dresden). Die offene Handelsgesellschaft ist zwar keine juristische Person (vgl. auch R. 12 248, BayVerwGerH.). Der für letztere gegebene § 32 LitUrhG. ist jedoch auf sie analog anwendbar. g) Vgl. § 89 Note 1.

3. Zuwendungen an eine juristische Person. a) **RG.** SchlHolstAnz. 12 129. Die Zuwendung an eine Kirchengemeinde, mit der Verpflichtung, daß die Erträgnisse der Stiftung zur Förderung der Werke christlicher Liebestätigkeit zu verwenden sind, ist keine Zuwendung zugunsten Dritter, sondern bereichert die Kirchengemeinde. b) OLG. 24 89 (KG.). Beim Vermächtnis eines Grundstücks an Kirchengemeinden in Preußen ist neben der landesherrlichen Genehmigung die des Oberkirchenrats erforderlich. c) Ring, DJZ. 12 371. Die Auslegung des Art. 6 PrAGBGB. durch das RG. (vgl. JDR. 10 Note 4 c, d) widerspricht der Entwickelungsgeschichte des Gesetzes.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Ganz, Die rechtliche Natur der Auskunftsvereine, JW. 11 966 (vgl. JDR. 10 Noten zu §§ 21 ff.). — v. Pradzynski, Minderjährige in eingetragenen Vereinen, JW. 12 1012. — Wolf, Erwerb der Rechtsfähigkeit bei hessischen Religionsgemeinden, HessRspr. 13 12.

Vorbemerkungen: Allgemeines Verhältnis des rechtsfähigen zu dem nicht rechtsfähigen Vereine. a) *v. Pra-

dzynski aaO. Der Eintritt in einen Verein stellt weder ein einseitiges Rechtsgeschäft des Eintretenden noch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Vereins dar. Er ist vielmehr ein abstrakter Vertrag personenrechtlicher Natur, den der Eintretende mit dem Verein abschließt. **b)** *Hahn aaO. Die Gründungs- bzw. Beitrittserklärung eines Vereinsmitglieds ist ebenso dem Einflusse von Willensmängeln unterworfen wie jede andere Willenserklärung. Auf Grund einer wegen Willensmangels nichtigen oder wirksam angefochtenen Gründungs- bzw. Beitrittserklärung kann die Mitgliedschaft des Erklärenden nicht entstehen. **c)** **RG.** SeuffA. **67** 305. Personen, die einen rechtsfähigen Verein ins Leben rufen wollen, können die Absicht haben, ihn alsbald zur Entstehung zu bringen. Erlangt er später die Rechtsfähigkeit, so ändert er nur seine Rechtsform. Vorher übernommene Verpflichtungen gehen auf ihn über. Die Bindung gilt aber nur, soweit die frühere Verpflichtung mit Wirkung gegen den späteren rechtsfähigen Verein ein nicht abzuweisendes Bedürfnis war. **d)** FrankfRundsch. **12** 40 (Frankfurt). Der eingetragene Verein übernimmt ohne weiteres die Schulden des früher nicht eingetragenen, aus dem er hervorgegangen ist. Die aus § 54 sich ergebende selbstschuldnerische Haftung derer, die vorher für den Verein gehandelt haben, bleibt daneben bestehen. **e)** **RG.** JW. **12** 966. Ein Verein, der die Beförderung von Briefen der Mitglieder gegen Entgelt übernimmt, verstößt gegen das Postgesetz, auch wenn die Überschüsse nicht verteilt, sondern zur Bildung eines Reservefonds verwendet werden.

§§ 21, 22. 1. Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. **a)** **RG.** **78** 80, JW. **12** 254. Der Zweck eines Vereins (Verbandes) zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne des § 13 UnlWG. ist nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. **b)** OLG. **24** 239 (KG.). Ein Verein ist zwar eintragungsfähig, wenn er zur Unterstützung seines satzungsmäßigen Zweckes einen wirtschaftlichen Betrieb hält, nicht aber, wenn der Geschäftsbetrieb Hauptsache ist. Ein Geschäftsbetrieb ist auch dann ein wirtschaftlicher, wenn er zwar nicht unmittelbar auf die Erzeugung oder Verarbeitung wirtschaftlicher Güter gerichtet ist, wohl aber die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile für die Mitglieder und die Verhütung von Vermögensbeschädigungen bei ihnen unmittelbar herbeiführen will. **c)** Harnier, JW. **12** 523. Der Zweck einer Gesellschaft, die die Übernahme von Treuhänderfunktionen, die Vermögensverwaltung, die Revisionen von Genossenschaften bezweckt, ist auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. **d)** BadRpr. **12** 196 (Karlsruhe). Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb liegt nur dann vor, wenn die Produktion oder der Umsatz wirtschaftlicher Güter im Vereine geschäftsmäßig betrieben wird. Erforderlich ist also eigener äußerer Geschäftsbetrieb.

2. Zu Unrecht erfolgte Eintragung. **a)** BadRpr. **12** 25 (Karlsruhe). Der Prozeßrichter hat nachzuprüfen, ob der Zweck des Vereins in der Tat nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und ob die Satzung des Vereins etwa gegen die guten Sitten oder ein Verbotsgesetz verstößt. **b)** Vierhaus, BuschZ. **42** 555, gegen Jellinek (vgl. JDR. **9** Note b zu § 55). Der Richter muß nachprüfen, ob der als Partei auftretende eingetragene Verein wirtschaftliche Zwecke verfolgt.

3. Religionsgesellschaften. OLG. **24** 133 (KG.). Eine Religionsgesellschaft kann nicht in der Form einer Aktiengesellschaft rechtsfähig werden. Der auf solche Gründung gerichtete Gesellschaftsvertrag ist nichtig.

§ 24. **a)** LeipzZ. **12** 942 (Dresden). In der Regel sind Sitz und Ort der Verwaltung identisch. Andernfalls hat eine Eintragung ins Handelsregister am Orte der Verwaltung zu geschehen. **b)** KGBl. **12** 53 (LG. I Berlin). Ist der als Sitz eines Vereins bezeichnete Ort in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so ist das zuständige Gericht dasjenige Amtsgericht, bei dem das Vereinsregister für den Verein geführt wird (z. B. für das Offenbarungseidsverfahren), auch wenn die Verwaltung in

einem anderen Bezirke geführt wird. Der Teil von Berlin, der zum Amtsgerichte Berlin-Mitte gehört, ist nach historisch gewordener und wirtschaftlich zutreffender Auffassung das eigentliche Berlin des Geschäfts- und Rechtsverkehrs.

§ 25. a) OLG. **24** 237 (KG.). Satzung ist nicht nur, was als solche bezeichnet wird, sondern jede Verfassungsnorm, insbesondere auch eine Geschäftsordnung, die die Wahrung der Interessen der Mitglieder eines Berufsvereins bezweckt und ihnen zu diesem Zwecke weitgehende Verpflichtungen auferlegt. **b)** SächsRpflA. **12** 525 (LG. Zwickau). Eine Satzungsbestimmung, die für die Mitglieder Mindestverkaufspreise festsetzt und die Preisunterbietung bestraft, verstößt nicht gegen die GewO., auch wenn die Vereinsmitglieder mit denen der Zwangsinnung im wesentlichen identisch sind.

§§ 26, 27. Vorstand. a) **RG. 79**, 409, JW. **12** 906, R. **12** Nr. 3021, 3022. Ein außerhalb der Befugnisse des Vorstandes liegendes satzungswidriges Verhalten des Vorstandes gegen ein Mitglied ist nicht vom Verein als solchem zu vertreten. Die Aufrechterhaltung der inneren Ordnung und die innere Regelung des Tuns und Treibens im Vereine bei Verfolgung satzungsmäßiger Zwecke ist nicht Aufgabe des Gerichts oder einer anderen Staatsbehörde. Mißachtet der Vorstand den Willen der Mitgliederversammlung, so hat die Versammlung selbst ihrem Willen Nachdruck zu verschaffen. Auch ein Mitglied kann nur diesen Weg beschreiten. Der Versammlung steht das Machtmittel des § 27 Abs. 2 zu. Die Anrufung des ordentlichen Richters unter Umgehung der Mitgliederversammlung verstieße gegen § 25. Erst wenn der Vorstand durch Verweigerung der Einberufung einer Mitgliederversammlung diesen Weg abschneidet, wird neben dem durch § 37 Abs. 2 geregelten Verfahren eine Klage auf Einberufung der Versammlung, aber gegen den Vorstand zugelassen. **b)** **RG.** R. **12** Nr. 3024. Wer satzungsmäßig zur Vertretung befugt ist, verpflichtet den Verband auch durch konkludente Handlungen (vgl. Note 1 a zum 2. Titel). **c)** RJA. **11** 265, ZBlFG. **13**,. 239, R. **12** Nr. 2626 (KG.). Unter dem Ausdrucke „Vorstand" wird in den Satzungen bisweilen etwas anderes verstanden als § 26 darunter versteht. Hat ein sog. Vorstand, der aus einer großen Zahl von Mitgliedern besteht, nicht die eigentliche Geschäftsleitung, ist diese vielmehr einem engeren „geschäftsführenden Vorstand" übertragen, so ist dieser der Vorstand im Sinne des § 26. **d)** *v. Pradzynski aaO. Die Bestellung eines Minderjährigen zum Vorstandsmitglied eines Vereins ist ein abstraktes einseitiges Rechtsgeschäft des Vereins und nicht ein Rechtsgeschäft des Minderjährigen. Die Streitfrage, ob die Bestellung seitens des gesetzlichen Vertreters genehmigungsbedürftig sei, erscheint demnach gegenstandslos. **e)** OLG. **25** 1 (BayObLG.). Auch nicht vertretungsberechtigte Mitglieder einer Körperschaft können, wenn sie für diese handeln, nach Maßgabe von §§ 177, 178 für die Körperschaft vertragsmäßig Rechte erwerben und Pflichten begründen. **f)** OLG. **24** 241 (Marienwerder). Die Vertretungsbefugnis eines früheren Vorstandes dauert nicht deshalb fort, weil sonst der Verein ohne Vorstand wäre. **g)** PrVerwBl. **33** 437 (PrOVG.). Ist eine juristische Person zur Gemeindegrundsteuer herangezogen, so ist zur Erhebung des Einspruchs nicht nur ihr gesetzlicher oder verfassungsmäßiger Vertreter, sondern auch jeder Dritte berechtigt, dem als vermeintlichem Vertreter die Heranziehungsverfügung zugestellt worden ist. **h)** *Thießen, Person und Vermögen, 50/51. Ebensowenig wie der Vater „Vertreter" des Kindes, der Vormund „Vertreter" des Mündels ist, ist der Vorstand „Vertreter" des Vereins. Der Verein hat keine Rechte; der Vorstand übt eigene Rechte aus (s. unten zu §§ 165, 1793 BGB.).

§ 26. Herrmann, HoldheimsMSchr. **12** 205 ff. Daß der Umfang der Vertretungsmacht des Vereinsvorstandes durch die Satzung beschränkt werden kann, ist eine Konsequenz der prinzipiellen Tatsache, daß der Vereinsvorstand die Stellung

des gesetzlichen Vertreters hat. Anders ist es im Aktienrechte (vgl. § 235 HGB. und die Literatur hierzu).

§ 28. Literatur: Fuchs, Beschlußfähigkeit eines mehrgliedrigen Vereinsvorstandes beim Fehlen eines Mitglieds, R. 12 668.

a) *Fuchs aaO. Enthält die Satzung eines eingetragenen Vereins die Bestimmung, daß zur Beschlußfähigkeit des Vorstandes die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Vorstandsmitgliedern erforderlich und genügend ist, so ist der Vorstand trotz Anwesenheit der satzungsmäßigen zur Beschlußfähigkeit erforderlichen Anzahl von Mitgliedern dann nicht beschlußfähig, wenn der Vorstand zur Zeit der Beschlußfassung nicht vollzählig, vielmehr ein Vorstandsmitglied durch Tod oder auf andere Weise weggefallen und ein Ersatz noch nicht erfolgt ist. Denn von einer Beschlußfähigkeit und Beschlußfassung im Sinne des § 28 Abs. 1 kann man nur reden, wenn der Vorstand, d. h. der satzungsmäßig bestimmte Vorstand überhaupt vorhanden ist. Die Willensbildung erfolgt innerhalb des Vereins durch den Vorstand, d. h. durch den Vorstand in der satzungsmäßig vorgeschriebenen Zusammensetzung. Jedem der satzungsmäßig vorgeschriebenen Mitglieder muß der Einfluß auf die Willensbildung gewahrt bleiben. Die Bestimmung, daß zur Beschlußfähigkeit des Vorstandes die Anwesenheit einer geringeren Anzahl von Mitgliedern als der Gesamtzahl der Mitglieder des Vorstandes genügend sei, soll nicht bezwecken, jenen Einfluß einzelner Vorstandsmitglieder auszuschalten. **b)** **RG.** JW. **12** 187. Stellt die Satzung das Erfordernis der Schriftlichkeit eines Vorstandsbeschlusses auf, so genügt regelmäßig die Feststellung zu Protokoll. **c)** KGJ. **42** A 164, RJA. **11** 277 (KG.). Die Beschlußfassung der Organe der Aktiengesellschaft richtet sich nach §§ 28 Abs. 1, 32, 34 BGB. § 32 Abs. 1 enthält allgemeine Rechtsprinzipien. Die Satzung kann relative Mehrheit als genügend erklären oder eine bestimmte Mitgliederzahl als Erfordernis einer gültigen Beschlußfassung vorschreiben. Ohne solche Bestimmung genügt die Anwesenheit eines Mitglieds zur gültigen Beschlußfassung. **d)** Die Entsch. JDR. **10** Note b auch WarnE. **5** Nr. 1. **e)** ZAktWes. **12** 76 (KG.). Die Beschlußfassung der Organe der Aktiengesellschaft richtet sich nach §§ 28 ff. (vgl. § 40 Note).

§ 29. a) ZBlFG. **13** 457, HoldheimsMSchr. **12** 269, R. **12** Nr. 3023 (KG.). Dem durch den Richter ersetzten Geschäftsführer einer GmbH. steht das Beschwerderecht nur zu, wenn die Voraussetzungen des § 29 nicht vorlagen. § 29 ist auf die GmbH. nur so weit anwendbar, als das GmbHG. nicht spezielle Vorschriften enthält. Eine solche ist § 46 Ziff. 8. Erst wenn der dort gewiesene Weg nicht gangbar ist, ist § 29 anwendbar. **b)** RJA. **12** 39 (KG.). § 29 ist auf die GmbH. anwendbar. Das Gericht ist in der Wahl des zu Bestellenden völlig frei, kann insbesondere auch einen Gesellschafter bestellen. **c)** Vgl. Note a zu §§ 36, 37.

§§ 30, 31. Literatur: Deumer, Die Haftpflicht der genossenschaftlichen Revisionsverbände, LZ. **12** 298.

1. Bedeutung, Anwendungsgebiet. a) **RG.** WarnE. **5** Nr. 410, R. **12** Nr. 3317. § 30 findet auch auf Aktiengesellschaften Anwendung. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 866, JW. **12** 283, BayRpflZ. **12** 178, R. **12** Nr. 540—545. In Ausführung der Verrichtungen ist die Handlung begangen, wenn sie in den Geschäftskreis des Handelnden fällt. Es genügt, daß dies auf einen Teil der vorgenommenen Handlungen zutrifft, die zusammen für den Schaden ursächlich sind. **c)** **RG.** Gruchots Beitr. **56** 950, JW. **12** 338, WarnE. **5** Nr. 146, BayRpflZ. **12** 157, R. **12** Nr. 720. Die unerlaubte Handlung kann auch durch Verletzung einer Vertragspflicht begangen werden, wenn die Vertragsverletzung zugleich den Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllt.

2. Verfassungsmäßig berufener und besonderer Vertreter. a) **RG.** WarnE. **5** Nr. 148. Nach allgemeinen Rechtsvorschriften ist ein Verein bei der Auswahl von Beauftragten, die im Bereiche des ihnen zugewiesenen

Wirkungskreises als seine Willensorgane tätig werden sollen, nicht auf seine Mitglieder beschränkt. **b)** **RG.** WarnE. **5** Nr. 410, R. **12** Nr. 3317. § 30 betrifft Personen, die nicht zur Vertretung des Vereins im allgemeinen berufen sind, denen aber für einen größeren Geschäftskreis eine selbständige, mehr oder weniger umfangreiche Tätigkeit übertragen ist, aber nur, sofern die Berufung zu dieser Stelle durch die Satzung des Vereins vorgesehen ist. Gedenkt das Statut weder der Errichtung von Zweigniederlassungen im allgemeinen, noch sieht es dafür die Stellung der Filialleiter oder sonstiger Angestellter vor, so sind diese Personen keine besonderen Vertreter im Sinne des § 30. **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 950, JW. **12** 338, WarnE. **5** Nr. 146, BayRpflZ. **12** 157, R. **12** Nr. 720. Der von einem gemeinnützigen Verein angestellte Anstaltsarzt, dessen Anstellung die Satzung nicht vorsieht, ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter. **d)** **RG.** **78** 146, JW. **12** 404. Der Revisor eines genossenschaftlichen Revisionsverbandes ist nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter. **e)** Deumer aaO. Eine Haftpflicht der Revisionsverbände für das Verschulden ihres Revisors aus § 31 ist zu verneinen. Der Revisor ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Verbandes, sondern nur ein von ihm beauftragter Sachverständiger. **f)** KGBl. **12** 56 (KG.). Neben dem Erfordernisse der verfassungsmäßigen Berufung sind die Funktionen des Beamten zu berücksichtigen. Die Haftung für untergeordnete Organe nach §§ 31, 89 ist zu verneinen. **g)** Erhardt, BayRpflZ. **12** 81. Der Begriff des verfassungsmäßig berufenen Vertreters wird in der Praxis viel zu weit ausgedehnt. Es gehören dazu nur diejenigen, durch die die juristische Person erst handlungsfähig wird. **h)** Vgl. § 89 Note 2.

3. Haftung bei Kollektivvertretung. **a)** **RG.** **78** 353, JW. **12** 526, R. **12** Nr. 1123. Die juristische Person haftet außervertraglich auf Schadensersatz, wenn auch nur ein Mitglied des Vorstandes oder einer von mehreren Gesamtvertretern durch eine unerlaubte Handlung Dritten einen Schaden zugefügt hat. Das gleiche gilt für Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, wenn Willensfehler oder Willensmangel nur bei einem Vertreter vorhanden waren. **b)** **RG.** WarnE. **6** Nr. 38. Das Verschulden eines Kollektivvertreters genügt.

4. Klagebegründung und einzelne Fälle. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 950, JW. **12** 338, WarnE. **5** Nr. 146, BayRpflZ. **12** 157, R. **12** Nr. 720. Die Aufsichtspflicht des Vorstandes erstreckt sich nicht auf Einrichtungen und Maßnahmen, deren Prüfung und Beurteilung rein fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten notwendig voraussetzen. Er genügt seiner Pflicht, wenn er einen bewährten Fachmann damit betraut. **b)** **RG.** R. **12** Nr. 1891. Der Vorstand eines Vereins zur Unterbringung von Fürsorgezöglingen hat dafür zu sorgen, daß seine Untergebenen und Aufsichtspersonen die Vorschriften über die Beschäftigung jugendlicher Personen an gefährlichen Maschinen kennen und befolgen. **c)** **RG.** R. **12** Nr. 3318. Mangelhafte Sicherheitsmaßregeln in der Zweigniederlassung eines Warenhauses können nicht ohne weiteres den satzungsmäßigen Vertretern der Warenhaus-Aktiengesellschaft zum Verschulden angerechnet werden. **d)** **RG.** BauersZ. **12** 124. Bei Vornahme von Bauarbeiten genügt die Aktiengesellschaft ihrer Sorgfaltspflicht dadurch, daß sie die Ausführung sachkundigen und zuverlässigen Personen überträgt. **e)** Vgl. § 89 Note 3, 4.

§ 32. Beschlüsse der Mitgliederversammlung.

Literatur: Wenck, Grundlagen des Rechtes der Einberufung einer Generalversammlung, Diss. Marburg 1912.

a) **RG.** JW. **12** 741, DJZ. **12** 865, LeipzZ. **12** 539, WarnE. **5** Nr. 285, BayRpflZ. **12** 282, R. **12** Nr. 1995. Im Sinne des § 32 ist unter „Mitgliederversammlung" nur eine ordnungsmäßig einberufene zu verstehen. Dazu gehört, daß sämtliche Mitglieder geladen worden sind. Eine nicht ordnungsmäßig einberufene Mitgliederversammlung kann gültige Beschlüsse nicht fassen. Ob nach dem Abstimmungs-

ergebnisse die Abstimmung der nicht ordnungsmäßig geladenen Mitglieder ohne Einfluß geblieben wäre, ist belanglos. b) OLG. **24** 241 (KG.). In der Zustimmung zu einem Vereinsbeschlusse liegt nur die Ausübung des Mitgliedsrechts, also eine personenrechtliche, nicht eine schuldrechtliche Erklärung. c) *v. Pradzynski aaO. Soweit die Abstimmungen in der Mitgliederversammlung eines Vereins Angelegenheiten des Vereins selbst betreffen, ist der Minderjährige selbständig stimmberechtigt, da der Minderjährige nur in bezug auf eigene Angelegenheiten in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. d) HoldheimsMSchr. **12** 249. § 32 Abs. 1 enthält nicht, wie das KG. (vgl. § 28 Note c) will, ein allgemeines Rechtsprinzip. Sonst brauchte im § 28 nicht auf ihn besonders verwiesen zu sein. e) SächsRpflA. **12** 525 (LG. Zwickau). Die Entscheidungen der Mitgliederversammlung innerhalb ihrer satzungsmäßigen Zuständigkeit sind vom Gerichte nur in formeller Beziehung nachzuprüfen. f) Wenck aaO. (19): Eine Bestimmung, wonach die an der Versammlung nicht teilnehmenden Mitglieder der einem Verwaltungsantrage zustimmenden Partei zugerechnet werden, wenn sie auf Mitteilung des Beschlusses hin bestimmte Zeit schweigen, widerspricht der Natur der Beschlußfassung in Versammlungen und ist nichtig. (20): Eine Erscheinungspflicht der Mitglieder folgt unter Umständen aus der Pflicht jedes Mitglieds, den Verein nicht bewußt zu schädigen. Die Aussetzung von Vergütungen allein begründet keine Erscheinungspflicht. (46): Darin allein, daß die Mitgliederversammlung eine nicht näher angekündigte Mitteilung der Organe von einer von ihnen vorgenommenen Handlung genehmigend zur Kenntnis nimmt, liegt kein der Anfechtung bedürfender Beschluß. (69): Aus der Notwendigkeit für die Verwaltung, über die Gültigkeit der Beschlüsse Klarheit zu haben, folgt die Anzeigepflicht der Mitglieder hinsichtlich ihres etwaigen Willens, einen Beschluß nicht anzunehmen. Ordnungswidrige Beschlüsse sind daher nicht nichtig, sondern anfechtbar. § 32 besagt nur, daß es sich nicht lediglich um eine Sollvorschrift handelt. Zur Anfechtung genügt grundsätzlich formlose gerichtliche oder außergerichtliche Erklärung. (77): Das von einem Mitglied erstrittene Nichtigkeitsurteil schafft zwar Rechtskraft nur zwischen den Parteien. In der Regel folgt aber die gänzliche Nichtigkeit des Beschlusses alsdann aus § 139. Jedenfalls können sich nach dem Prinzipe der Gleichberechtigung auch andere Mitglieder auf das Urteil berufen.

§ 33. a) OLG. **24** 241 (KG.). Die Bestimmungen über Vornahme und Verlautbarung von Verfassungsänderungen können nicht durch Vorbehalte in der Satzung umgangen werden. Auch die vorbehaltene Satzungsänderung unterliegt der zwingenden Vorschrift des § 71. b) OLG. **24** 237 (KG.). Änderung des Vereinszwecks ist stets Satzungsänderung. Eine solche liegt vor, wenn ein Berufsverein die Interessen seiner Mitglieder zunächst nur mittelbar fördern wollte, dann aber diese Interessen unmittelbar in der Form eines Kartells fördert. c) Wenck aaO. 36. Auch durch das Publizitätsprinzip des § 79 kann die rein tatsächliche Verfassungswandelung im Wege der Observanzbildung nicht ausgeschlossen werden. d) Vgl. § 39 Note d.

§ 34. Literatur: Loewenberg, Das Stimmrecht der Gewerken in den Fällen der Interessenkollision, DJZ. **12** 1181.

Loewenberg aO. 1181. § 34 ist auch auf die Abstimmung der Gewerken in der Gewerkenversammlung anwendbar. Das preuß. Allgem. BergG. hat diese Frage nicht geregelt.

§§ 36, 37. Berufung der Mitgliederversammlung. a) Wenck aaO. 8: Der Zweck der Berufung und Ankündigung ist die Wahrung des Mitwirkungsrechts der Mitglieder, nicht der Gläubigerschutz. Die Gläubiger haben deshalb im allgemeinen auch keinen Schadensersatzanspruch wegen falscher oder unterlassener Berufung. (13): In gewissen Notfällen gibt § 29 den Gläubigern die Möglichkeit, die Berufung einer Generalversammlung durchzusetzen. (27): Das

Erfordernis der Berufung einer Mitgliederversammlung kann durch Statut, abgesehen vom Verzicht auf Berufung, für bestimmte Einzelfälle nicht gänzlich aufgehoben werden. b) Vgl. §§ 26, 27 Note a.

§ 39. Austritt und Ausschließung von Mitgliedern.

Literatur: Delius, Jurisdiktion über ausgeschiedene Vereinsmitglieder, insbesondere bei studentischen Korporationen, R. 13 23. — Hedemann, Ausstoßung aus Vereinen, AbürgR. 38 132. — Lenel, Kann ein ausgetretenes Vereinsmitglied seine nachherige Ausschließung als nichtig bekämpfen? DJZ. 13 84.

a) **RG.** 78 135, JW. 12 339, R. 12 Nr. 542, 543. Nach dem freiwilligen Austritt eines Mitglieds kann ein Ausschließungsbeschluß nicht mehr ergehen. Das gleichwohl ausgeschlossene Mitglied kann auf Feststellung seines rechtswirksamen Ausgeschiedenseins zu dem bestimmten Zeitpunkte klagen, nicht jedoch die gerichtliche Feststellung verlangen, daß es „ehrenvoll" ausgeschieden sei (vgl. § 54 Note 6 a). b) **RG.** WarnE. 5 Nr. 162. Die Bestimmung des Statuts über die Ausschließung eines Mitglieds, die den Charakter der Strafe hat, darf nicht ausdehnend ausgelegt werden. c) **RG.** DJZ. 12 865, R. 12 Nr. 1994, WarnE. 5 Nr. 285. Beschließt die Mitgliederversammlung die Ausschließung eines Mitglieds, so kann der Ausschließungsgrund auf seine sachliche Rechtfertigung durch das Gericht nicht nachgeprüft werden. d) **RG.** JW. 13 15, R. 12 Nr. 3319, 3320, PosMSchr. 12 117. Wenn die Satzung zum Ausschluß eines Mitglieds eine Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen stimmberechtigten Mitgliedert fordert, so sind alle anwesenden Mitglieder, die sich der Stimme enthalten, mitzuzählen. Das gleiche gilt gesetzlich im § 33 Abs. 1 Satz 1. Die Tendenz solcher Vorschriften richtet sich gerade gegen das Zustandekommen der Änderung. e) OLG. 24 245 (KG.). Gestattet das Statut gegen die Ausschließung die Berufung an die Mitgliederversammlung, so kann auf Feststellung dieses Rechtes geklagt werden. f) Hedemann aaO. Die Befugnis, Mitglieder auszustoßen, steht dem Verein auch zu, wenn die Statuten darüber nichts enthalten. Die Lückenausfüllung hat nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung zu erfolgen. Es hängt alles von dem konkreten Falle ab. Auch ein unbeschränktes Ausschließungsrecht kann auf diesem Wege zugesprochen werden, allerdings nur als Ausnahme. Üblich ist nur die Ausstoßungsbefugnis wegen beachtlicher Gründe. — Die Unterscheidung der Nachprüfungsbefugnis nach der formellen und materiellen Seite ist unhaltbar. Im Falle groben Mißbrauchs wird stets richterliches Nachprüfungsrecht eintreten müssen. Die formelle Nachprüfung kann erst eintreten, wenn der statutenmäßig vorgesehene Instanzenzug erschöpft ist. Auch für die formellen Erfordernisse müssen die Statutenbestimmungen ergänzt werden, wenn erforderlich. Für die Frage der Gültigkeit eines Beschlusses ist die Wichtigkeit der verletzten Bestimmung maßgebend. g) Lenel aaO. Der vom RG. (vgl. oben zu a) zugelassenen Feststellungsklage fehlt die Voraussetzung des gegenwärtigen streitigen Rechtsverhältnisses und des Feststellungsinteresses. h) Delius aaO. Eine Satzungsbestimmung dahin, daß falls das ehrengerichtliche Verfahren bereits begonnen hat, die Jurisdiktion durch den Austritt nicht beseitigt wird, ist zulässig, ebenso die unbedingte Unterwerfung des Mitglieds unter die Jurisdiktion des Vereins wegen aller während der Mitgliedschaft begangenen Taten. i) *Meyer, Rechtsschein d. Todes 32. Auch der durch die Todeserklärung eines Mitglieds begründete Rechtsschein vermag die Mitgliedschaft samt ihren vermögensrechtlichen Annexen zum Erlöschen zu bringen (s. oben zu § 18). k) v. Bradzynski (s. zu § 55) aaO. Der Minderjährige kann, wie jedes andere Mitglied, ausgeschlossen werden. Daneben hat der Verein die condictio sine causa, dahingehend, daß sein gesetzlicher Vertreter für ihn die Mitgliedschaft preisgebe. l) DJZ. 12 408 (Karlsruhe). Nach § 152 GewO. steht auch einem örtlichen Vereine, der einer Kampforganisation beigetreten ist, jederzeit der Rücktritt frei. m) Die Entsch. JDR. 10 Note d auch WürttZ. 12 207.

§§ 40, 42. HoldheimsMSchr. **12** 249. §§ 40, 42 Abs. 1 beziehen sich nur auf Vereinsmitgliederbeschlüsse. Sie sind auf den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft (§ 243 HGB.) nicht anwendbar.

§ 54. Literatur: Geigel, Zwei Fragen aus dem Vereinsrecht, BayRpflZ. **12** 187. I. Können nicht rechtsfähige Vereine Mitglieder eines (nicht rechtsfähigen oder rechtsfähigen) Vereins werden? II. Beitreibung der Mitgliederbeiträge und Vertragstrafen bei einem nicht rechtsfähigen Verein. — Nußbaum, Unreelle Bohrgesellschaften, BankA. **10** 184.

1. Allgemeines. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins. a) **RG.** LeipzZ. **12** 310, BayRpflZ. **12** 136, R. **12** Nr. 363. Der nicht rechtsfähige Verein ist keine bloße Gesellschaft, sondern eine Verbindung von Personen mit körperschaftlicher Einrichtung. Deshalb kann er durch einen Vorstand vertreten sein, der nach außen als dessen Glied erscheint. Es kann auch satzungsgemäß bestimmt sein, daß die Beschlüsse der Vereinsversammlung auch für die Minderheit und die nicht Erschienenen bindend sind. Daher haftet der Verein für die Erfüllung der vom Vorstand in gültiger Vertretung übernommenen Verpflichtungen. b) **RG. 78** 52, JW. **12** 186, R. **12** Nr. 166, 167. Die Bildung eines vom Wechsel der Mitglieder unabhängigen Vereins hat zur notwendigen Voraussetzung, daß in einer Satzung ein Vorstand als leitendes Organ vorgesehen ist. c) BraunschwZ. **12** Beil. 72 (Braunschw. VerwGerH.). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann als solcher nicht Gewerbetreibender sein und nicht zur Gewerbesteuer veranlagt werden.

2. Beitritt zu anderen Vereinen. Haupt- und Zweigvereine. a) Vgl. JDR. **9** Note 3. b) Geigel aaO. Nicht rechtsfähige Vereine können nicht Mitglieder rechtsfähiger oder nicht rechtsfähiger Vereine sein. Ihr Beitritt ist ungültig, eine Klage auf Mitgliederbeitrag muß abgewiesen werden. Die Gültigkeit des Hauptvereins wird dadurch nicht berührt, sofern der Hauptverein noch andere — bei rechtsfähigen Vereinen mindestens 3 (§ 73 BGB.) — richtige Mitglieder hat. c) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 790, R. **12** Nr. 2130. Der Annahme eines selbständigen Vereins innerhalb eines größeren Verbandes steht nicht entgegen, wenn der Verein der Überwachung und des Verbandszwecks halber in seiner Selbständigkeit eingeschränkt ist. d) **RG.** R. **12** Nr. 3166. Eine Personenvereinigung, die sich an einen anderen Verein angeschlossen hat und dadurch in ihrer Selbständigkeit beschränkt ist, kann gleichwohl auch für sich einen Verein darstellen, der passiv parteifähig ist. e) PrVerwBl. **33** 566, **34** 114 (PrOVG.). Die Frage, ob die Zweigvereine, Ortsgruppen, Zahlstellen und sonstigen örtlichen Abteilungen eines über einen größeren Bezirk sich erstreckenden Vereins oder Verbandes die Merkmale eines selbständigen Vereins enthalten, kann nur für den einzelnen Fall unter Berücksichtigung der gesamten tatsächlichen Verhältnisse entschieden werden. Maßgebend sind die Aufgaben und das Maß der Selbständigkeit.

3. Anwendung des Vereins- und Gesellschaftsrechts. a) **RG. 78** 52, JW. **12** 186, R. **12** Nr. 166, 167. Beim nicht rechtsfähigen Vereine vertritt der Gesellschaftsvertrag die Satzung. Die Rechte und Pflichten der Vorstandsmitglieder gegenüber den übrigen Vereinsmitgliedern sind nach § 710 zu beurteilen. Letztere mögen während der Amtszeit der ersteren einen Rechtsanspruch auf Einberufung der Mitgliederversammlung nach der Satzung zum Zwecke der Vorstandsneuwahl haben. Nach Ablauf der Amtszeit ist ein solcher Anspruch ausgeschlossen. b) **RG. 78** 101, JW. **12** 302, R. **12** Nr. 544. § 12 ist auf nicht rechtsfähige Vereine anwendbar. Denn ein solcher kann ohne eine zusammenschließende Bezeichnung nicht in Erscheinung treten. Die Stellung des § 54 im Titel „Juristische Personen" ergibt, daß sie wenigstens hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte diesen haben näher gerückt werden sollen. c) **RG.** JW. **12** 410, WarnE. **5** Nr. 162. Auch bei nicht rechtsfähigen Vereinen, die dem früheren Rechte unterstehen und erlaubte

Privatgesellschaften im Sinne des PrALR. bilden, ist, wie bei solchen neuen Rechtes, eine Klage von Mitgliedern auf Einberufung einer Mitgliederversammlung zulässig, wenn das Statut es bestimmt. d) Geigel aaO. Der nicht rechtsfähige Verein als solcher kann seine Mitglieder nicht verklagen. Klagen kann nur die Gesamtheit und dazu gehört auch der zu Verklagende. Jedoch gewährt § 432 BGB. Hilfe. Berufen zur Klagerhebung ist in erster Linie der Vorstand. Er kann im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, oder zugleich im Namen und für Rechnung sämtlicher anderer Mitglieder außer dem Verklagenden klagen. Die Satzung kann den Vorstand aber auch ermächtigen, im eigenen Namen und für Rechnung des Vereins, oder im eigenen Namen und für Rechnung aller Mitglieder außer dem zu Verklagenden zu klagen. Die Vorschrift, daß der Vorstand den Verein gerichtlich vertrete, genügt nicht. Sie ermächtigt ihn nur, im Namen des ganzen Vereins aufzutreten. e) **RG.** LeipzZ. **12** 386, R. **12** Nr. 246. Ein Verein, der eine erlaubte Privatgesellschaft des preußischen Rechtes darstellt, ist zwar nicht rechtsfähig, kann aber durch die Gesamtheit der Mitglieder oder durch Vertreter Besitz und Eigentum erwerben. f) **RG.** R. **12** Nr. 967. Willensorgane eines nicht rechtsfähigen Vereins können auch Nichtmitglieder sein.

4. Wer ist nicht rechtsfähiger Verein? a) **RG. 78** 135, JW. **12** 339, R. **12** Nr. 542, 543. Ein studentisches Korps ist ein nicht rechtsfähiger Verein. b) **RG.** R. **12** Nr. 1996. Eine Vereinigung von Grundeigentümern, die gemeinsam ihren Grundbesitz einem Unternehmer zur Gewinnung von Kalisalzen zur Verfügung stellen gegen dessen Verpflichtung, an die Gesamtheit, vertreten durch einen Ausschuß, Wartegelder und Fundprämien zu zahlen, ist ein nicht rechtsfähiger Verein. Auch nach Wegfall des Ausschusses ist daher nach Gesellschaftsrecht das einzelne Mitglied nicht berechtigt, aus eigenem Rechte eine Zahlung an sich selbst zu verlangen. c) *Nußbaum aaO. 184. Die Bohrgesellschaften sind nicht rechtsfähige Vereine. Die vollkommene Elastizität dieser Rechtsform gestattet es den Gründern der Gesellschaft, die Verfassung der Gesellschaft vollständig auf unlautere Sonderinteressen der Gründer und ihrer Helfershelfer zuzuschneiden. Dies wird an einem „Musterstatute" gezeigt. d) Die Entsch. JDR. **10** Note 3 c auch NaumburgAK. **12** 9.

5. Haftung der Mitglieder. a) **RG. 77** 429, JW. **12** 187, KGBl. **12** 35, R. **12** Nr. 168, 169. Auch auf Erwerbsgesellschaften des preuß. Rechtes, die nach dem 1. Januar 1900 Rechtsfähigkeit nicht erlangt haben, ist § 54 Abs. 2 anwendbar. Er regelt nicht die Haftung der Mitglieder und Vorstandsmitglieder als solcher. Er knüpft die Haftung schlechthin an die Tatsache, daß jemand für den Verein handelt. Entscheidend ist daher das Recht, unter dessen Herrschaft die Tatsache sich vollzogen hat. b) **RG.** JW. **13** 35. Nicht rechtsfähige Vereine haften für unerlaubte Handlungen ihrer Organe nur nach § 831. c) KGJ. **41** A 117, RJA. **11** 200 (KG.). Ein nicht rechtsfähiger Verein, der unter einer Firma ein Vollhandelsgewerbe betreibt, stellt sich auch dann als offene Handelsgesellschaft dar, wenn in seinen Satzungen die Haftung der Mitglieder auf eine Einlage beschränkt und ausdrücklich bestimmt ist, daß über den Geschäftsanteil hinaus kein Mitglied für etwaige Verluste im Geschäfte haftbar gemacht werden könne. Denn die Haftung tritt bei der offenen Handelsgesellschaft ohne weiteres kraft Gesetzes ein. d) Vgl. JDR. **10** Note 2 b.

6. Haftung des Handelnden. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 78. Die Vorschrift des § 54 über die persönliche Haftung der für einen nicht rechtsfähigen Verein Handelnden ist dispositiv. Sie kann daher auch durch stillschweigende Einigung der Beteiligten über den Ausschluß dieser Haftung außer Anwendung gesetzt werden. b) **RG. 77** 429, JW. **12** 187, KGBl. **12** 35, R. **12** Nr. 168, 169. Stillschweigender Ausschluß ist regelmäßig anzunehmen, wenn die Satzung bestimmt, daß der Handelnde nicht haften solle und die Umstände ergeben, daß der Dritte sich der Satzung hat unterwerfen wollen.

7. Ausschluß und Austritt von Mitgliedern. a) **RG. 78** 135, JW. **12** 339, R. **12** Nr. 542, 543. Auf die Kündigung eines Mitglieds findet § 723 BGB. Anwendung. Die Vorschrift ist zwingend. Nach Austritt kann ein Ausschließungsbeschluß nicht mehr ergehen. Ob ein Mitglied „ehrenvoll" ausgeschieden ist, hat das Gericht nicht zu entscheiden. **b)** SchlHolstAnz. **12** 92 (Kiel). Auch beim nicht rechtsfähigen Verein unterliegt der Beschluß über Ausschließung eines Mitglieds nur hinsichtlich der formellen Gültigkeit, nicht hinsichtlich seiner materiellen Berechtigung der richterlichen Nachprüfung. **c)** Vgl. § 39 Noten.

8. Prozessuales. a) **RG. 78** 101, JW. **12** 302, R. **12** Nr. 544. Zur Klagerhebung für den nicht rechtsfähigen Verein sind nur sämtliche zur Zeit der Klagerhebung vorhandenen Mitglieder berechtigt. Die nach Klagerhebung eintretenden Mitglieder bleiben klageberechtigt (§ 265 Abs. 2 ZPO.). Einzelne Vereinsmitglieder sind nicht berechtigt, Ansprüche des Vereins geltend zu machen. Dies gilt auch für nicht vermögensrechtliche Ansprüche. **b) RG.** PosMSchr. **12** 126. Sämtliche klagende Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins haben auf Erfordern des Gegners eine beglaubigte Prozeßvollmacht beizubringen. Beglaubigte Vollmacht des Vorstandes und Vorlegung eines notariellen Protokolls über eine den Vorstand ermächtigende Mitgliederversammlung genügen nicht. **c)** SeuffA. **67** 113, R. **12** Nr. 1426 (Rostock). Nach Auflösung des nicht rechtsfähigen Vereins haben sämtliche Mitglieder den Offenbarungseid zu leisten; die Vollstreckungsklausel braucht nicht auf sie umgeschrieben zu werden. **d)** BraunschwZ. **12** Beil. 3 (BraunschwVerwGerH.). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann auch nicht durch den Vorstand vertreten als Kläger auftreten. Die Kosten können nicht dem nicht existierenden Rechtssubjekte, sondern müssen den angeblichen Vertretern auferlegt werden. **e)** HansGZ. **12** Beibl. 99 (Hamburg). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann nicht Nebenintervenient sein. Er besitzt keine Parteifähigkeit für Prozesse zwischen anderen Personen. **f)** Walsmann, BuschsZ. **42** 211, gegen Lehmann, Der Prozeßvergleich (München 1911). Der nicht rechtsfähige Verein hat die Fähigkeit einen Prozeßvergleich abzuschließen. Dabei bedeutet aber „Verein" nur die umfassende Bezeichnung sämtlicher Mitglieder. **g)** SeuffA. **67** 344, SeuffBl. **12** 99 (KG.). Nicht rechtsfähige Vereine, die ausschließlich bezwecken, das körperliche oder geistige Wohl der vernachlässigten oder sittlich gefährdeten Jugend zu fördern, sind berechtigt zugunsten der Kinder gemäß § 57 Nr. 9 FGG. Beschwerde einzulegen.

2. Eingetragene Vereine.

Allgemeines. a) *Hahn aaO. Die Rechtspersönlichkeit des Vereins selbst wird durch die Nichtigkeit von Gründungs- oder Beitrittserklärungen nicht beeinträchtigt. Denn die Eintragung des Vereins ins Vereinsregister hat bezüglich der Rechtspersönlichkeit des Vereins selbständig konstitutive Wirkung, so daß auch bei Fehlerhaftigkeit sämtlicher Gründungs- und Beitrittserklärungen das neue Rechtssubjekt entstehen würde. Entsprechendes gilt auch für die übrigen unserem Rechte bekannten juristischen Personen. **b)** SeuffA. **12** 375 (Dresden). Ist ein eingetragener Verein Schuldner, so liegt die Verpflichtung zur Vorlegung und Beeidigung eines Vermögensverzeichnisses sämtlichen Vorstandsmitgliedern ob, die mit der Vermögensverwaltung betraut sind.

§ 60. Unger, BuschsZ. **42** 179 Die Vorschrift des Abs. 2 beschränkt sich nicht auf die im Abs. 1 aufgeführten Gründe, sondern ist bei Zurückweisung aus jedem Grunde anwendbar.

§ 64. RJA. **11** 265, ZBlFG. **13** 239, R. **12** Nr. 2626 (KG.). Eingetragen sind die wirklich zur Geschäftsführung berufenen Personen, nicht, wen sonst die Satzung noch als „Vorstand" bezeichnet. Vgl. §§ 26, 27 Note c.

§ 67. a) KGJ. **41** A 157, R **12** Nr. 2132 (vgl. JDR. **10** § 71 Note a) (KG.). Das Registergericht ist bei der Anmeldung der Änderung oder Neubestellung des Vorstandes verpflichtet, die der Anmeldung beigefügte Abschrift der Urkunde über die Änderung oder Neubestellung daraufhin zu prüfen, ob durch ihren Inhalt die nachgesuchte Eintragung gerechtfertigt wird; dagegen braucht es nicht nachzuprüfen, ob die Mitgliederversammlung, in der die Vorstandsmitglieder bestellt sind, vorschriftsmäßig berufen war. Wird nach der Satzung der Verein durch 2 Vorstandsmitglieder vertreten, so genügt die Anmeldung durch diese zwei, wenn noch weitere Personen zwar in der Satzung als Vorstandsmitglieder bezeichnet sind, ihnen aber die Geschäftsführung nicht zusteht. b) RJA. **11** 265, ZBlFG. **13** 239, R. **12** Nr. 2626 (KG.). Ist in der Satzung bestimmt, daß je 2 Mitglieder berechtigt sind, den Verein zu vertreten, so ist die Anmeldung einer Änderung des Vorstandes durch 2 Vorstandsmitglieder zulässig. c) Wenck aaO. (79). Ist die Einladung zu einer Versammlung so mangelhaft, daß die Beschlüsse nichtig und nicht nur anfechtbar sind, so darf der Registerrichter nicht eintragen. Ist ein Beschluß nur anfechtbar, so muß er eingetragen werden. An ein die Anfechtungsklage abweisendes Urteil ist der Registerrichter jedoch bei Vereinen nicht unbedingt gebunden, weil hier die Möglichkeit weiterer Prozesse gegeben ist.

§ 69. *Kuttner, JheringsJ. **61** 172. Die Vorschrift des § 69 gilt auch für den Nachweis des Umfanges der Vertretungsmacht. Statt des Zeugnisses genügt jeder andere zuverlässige Nachweis der Eintragung.

§ 71. a) OLG. **24** 237 (KG.). Die Umwandlung eines auf mittelbare Förderung der wirtschaftlichen Interessen gerichteten Vereins in ein Kartell enthält eine Satzungsänderung. Ist diese mangels Eintragung unwirksam, so ist es auch die vertragliche Anerkennung des unwirksamen Beschlusses. — Die Unwirksamkeit einer nicht eingetragenen Satzungsänderung besteht nicht nur im Verhältnisse zu Dritten, sondern auch im Verhältnisse der einzelnen Mitglieder. b) Vgl. § 33 Note a.

II. Stiftungen.

Literatur: Lent, Muß das Stiftungsgeschäft den Vorstand der Stiftung bestimmen? DJZ. **12** 431. — Schenk, Zuständigkeit und Parteirolle in Stiftungssachen, AÖstGZ. **12** 3,28 usw — Schreuer, Stiftsmäßigkeit und Stiftsfähigkeit, ArchBürgR. **37** 1.

§ 80. 1. Allgemeines. a) **RG. 78** 51, JW. **12** 206. Der Ausdruck Stiftung ist vieldeutig. Die Bezeichnung eines Vermögens als einer kirchlichen Stiftung beweist noch nicht, daß es sich nicht nur um einen durch den Kirchenvorstand zu vertretenden Sonderteil reinen Kirchenvermögens handelt. — Ob eine privatrechtliche Verpflichtung einer Stiftung vorliegt, ihr Einkommen stiftungsgemäß zu verwenden, richtet sich danach, ob es sich um eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Stiftung handelt. b) **RG.** R. **12** 321. Die selbständige Stiftung ist Subjekt des ihr zugewandten Vermögens, während bei der unselbständigen Stiftung das Stiftungsgut in das Eigentum des Fiduziars übergeht. c) R. **12** 174 (BayVGH.). Für die Entstehung einer selbständigen öffentlichen Stiftung ist in der Regel ein stiftungsmäßiger Akt und die landesherrliche Genehmigung erforderlich. Doch können auch durch Sammlungen für einen bestimmten öffentlichen Zweck Stiftungen entstehen und Stiftungszuflüsse bewirkt werden.

2. Familienstiftung. a) **RG.** WarnE. **5** Nr. 236, R. **12** 269. Entscheidend für den Begriff der reinen Familienstiftung nach Art. 1 § 1 PrAGBGB. ist nur, wessen Interessen die Stiftung dient, nicht, für wen durch die Stiftungsbestimmungen Rechte begründet werden. b) OLG. **24** 237 (Celle). Einer Familienstiftung steht das Namensrecht aus § 12 nur bezüglich ihres eigenen Namens zu, nicht bezüglich des Namens der Familie. c) SchlHolstAnz. **12** 148 (Kiel) behandelt den Unterschied zwischen Familienstiftung und Familienfideikommiß.

3. Milde Stiftung. a) **RG.** R. **12** 709. Die bloße Verleihung der Korporationsrechte an eine Stiftung ist noch keine ausdrückliche Anerkennung als milde Stiftung. Für ältere Stiftungen bedarf es nach preußischem Rechte nicht der ausdrücklichen Anerkennung als milder Stiftungen zur Stempelsteuerbefreiung. Als solche ist nicht schon jede mildtätige oder gemeinnützige Stiftung anzusehen, sondern nur eine solche, deren Hauptzweck ist, hilfsbedürftigen Personen durch unentgeltliche Zuwendungen Unterstützung zu gewähren, also der Not zu steuern. b) PrVerwBl. **34** 188 (PrOVG.). Der Begriff der milden Stiftung im Sinne des § 24 h Komm. AbgG. umfaßt alle Veranstaltungen mit juristischer Persönlichkeit, die wohltätige Zwecke in der weitesten Bedeutung des Wortes verfolgen. Eine unmittelbare Benutzung im Sinne von § 24 h u. i aaO. liegt bei dem Rendanten einer Stiftung vor, wenn die Zwecke der Stiftung statutengemäß ohne die dauernde Anwesenheit des Rendanten im Kassengebäude noch in der gebotenen Art erreichbar sind.

§ 81. a) SeuffBl. **12** 507 (BayObLG.) betrifft Widerruf oder Abänderung einer Fideikommißstiftung durch den Stifter nach gerichtlicher Bestätigung eines Familienfideikommisses und die Zulässigkeit der Ausschließung eines bestimmten Anwärters von der Nachfolge. b) BadRpr. **12** 167 (Karlsruhe). Die §§ 9 u. 10 des 2. bad. Konstitutionsedikts vom 14. Juli 1807 finden auch auf Stiftungen Anwendung. Unter der Herrschaft des bad. Landrechts charakterisiert sich die Vermögenszuwendung des Stifters im Stiftungsgeschäft als Schenkung, die event. der Schriftform bedurfte.

§ 82. a) **RG.** R. **12** Nr. 1560. Eine Zuweisung an eine im Vermögen des Schenkenden stehende Stiftung untersteht nicht dem § 12 Abs. 1 Nr. 4 RErbschStG., weil keine Zuwendung vorliegt (Uneigentliche Stiftung). b) R. **12** 488 (BayObLG.). Ist als Gegenstand der Zuwendung in einer Stiftungsurkunde ein Grundstück nebst darauf zu erbauender Kapelle bezeichnet und die Auflassung erst nach der Erbauung erfolgt, so ist der Wert der Kapelle beim Gebührenansatz mitzurechnen. c) **RG.** R. **12** Nr. 1938. Hat der Stifter in der Stiftungsurkunde sich verpflichtet, der Stiftung jährlich Zahlungen in bestimmter Höhe zu leisten, so ist nicht von den jedesmaligen Zahlungen, sondern für den einmaligen Schenkungsakt die Schenkungssteuer zu entrichten.

§ 84. a) OLG. **24** 246 (KG.). Für eine künftige Stiftung kann ein Pfleger bestellt werden, wenn ein Fürsorgebedürfnis nach Ermessen des Vormundschaftsgerichts vorliegt. Dieses ist befugt, die Rechte der künftigen Stiftung wahrzunehmen. Zur Erstattung der zur Erhaltung der Stiftung erforderlichen Kosten ist der derzeitige Eigentümer des Stiftungsvermögens nicht ohne weiteres verpflichtet. b) **RG.** R. **12** Nr. 3478. Der Testamentsvollstrecker bleibt, auch nachdem er die Genehmigung einer nach dem Testamente zu errichtenden Familienstiftung eingeholt hat, legitimiert, die letztwillige Verfügung hinsichtlich Zuführung der der Stiftung zugedachten Vermögensstücke auszuführen.

§ 85. a) Lent aaO. Die Zulässigkeit der Ergänzung fehlender Bestimmungen des Stifters durch Gesetz ist bestritten. § 80 steht nicht entgegen. Er nennt nur die Erfordernisse der Stiftungserrichtung, will aber nicht erschöpfend aufzählen, welche Rechtshandlungen bei Entstehung der Stiftung mitwirken können. Da nach §§ 86, 26 die Stiftung einen Vorstand haben muß, kann sie ohne solchen nicht ins Leben treten. Bedenklich ist die Zurückführung der Ergänzung lückenhafter Stiftungsgeschäfte durch den Staat auf den vermuteten Willen des Stifters. Aus § 85 ergibt sich unmittelbar die Befugnis der Landesgesetzgebung, die Verfassung einer Stiftung zu regeln. b) OLG. **24** 247 (Breslau). Hat der Stifter den Vorstand der Stiftung dazu berufen, über das Anrecht eines Anwärters nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden, so ist ein klagbares Recht auf Stiftungsbezüge nicht gegeben. c) BayObLG. **13** 411 (BayObLG.). Bestehen Zweifel über Anordnungen des

Stifters eines Familienfideikommisses oder des Stifters einer Zustiftung zu einem solchen, so muß das Fideikommißgericht zu den Zweifeln Stellung nehmen und die Auslegung, die es für richtig hält, der Eintragung zugrunde legen. **d)** SchlHolstAnz. **12** 65 (Kiel). Die in der Stiftungsurkunde über eine Familienstiftung erfolgte Bestellung der Administratoren zu Schiedsrichtern über alle Streitigkeiten betr. die Person des zur Nutznießung Berechtigten ist nach gemeinem Rechte zulässig. **e)** MecklZ. **30** 138 (Rostock) behandelt die Folgen einer der landesherrlich bestätigten Stiftungsakte für ein Fideikommißgut in Mecklenburg widersprechenden Veräußerung von Zubehör.

§ 86. a) BadRpr. **12** 133 (BadVerwGerH.). Ein Anspruch der Stiftungsberechtigten auf (fortlaufende) Akteneinsicht besteht nach badischem Rechte nur, wenn er in der Stiftungsurkunde eingeräumt ist. **b)** Vgl. § 85 Note b.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

Literatur: Erhard, Haftung des bayer. Staates für den durch Personen des Soldatenstandes verursachten Schaden, BayRpflZ. **12** 81, 101. — Mayer, Die Haftung des Staats für rechtswidrige Amtshandlungen, SächsRpflA. **13** 1. — Kiesel, Haftung der Gemeinden für Verschulden des ärztlichen und Pflegepersonals ihrer Krankenanstalten, PrVerwBl. **34** 181. — Rosenstock, desgl., Pr.Verw.Bl. **34** 264. — Graf, Besitzt die K. Landesuniversität Tübingen eigene Rechtspersönlichkeit? WürttRpflA. **12** 217.

§ 89. 1. Allgemeines. Wer ist juristische Person des öffentlichen Rechtes? a) OLG. **24** 242 (KG.). Ergibt sich aus der Organisation einer Sparkasse, daß sie nur eine unselbständige Anstalt der Stadt ist, so hat sie keine Rechtspersönlichkeit. Eine Hypothek kann für sie nicht eingetragen werden. **b)** Hagen, BayRpflZ. **12** 12. Die Versicherungsträger der Reichsversicherungsordnung sind mit dem Rechte der Selbstverwaltung ausgestattete Anstalten des öffentlichen Rechtes. **c)** Maier, BayRpflZ. **12** 131. Die Reichsversicherungsanstalt ist eine juristische Person des öffentlichen Rechtes. Mangels anderer Bestimmungen ist für ihre Haftung § 89 maßgebend. **d)** BayObLG. **12** 773 (Bay. ObLG.). Nach preuß. ALR. kann unter bestimmten Voraussetzungen angenommen werden, daß die Gemeinschaft der Protestanten eines bestimmten Bezirkes eine eigene Kirchengemeinde mit Rechtspersönlichkeit bilden. **e)** Moll, PrVerwBl. **33** 758, 845. Die nach dem G. vom 1. April 1879 gebildeten oder umgewandelten öffentlichen Wassergenossenschaften sind juristische Personen. **f)** HansGZ. **12** Beibl. 197 (Hamburg). Siel-(Fleet-)Genossenschaften des Hamburgischen Rechtes sind Korporationen des öffentlichen Rechtes. **g)** Graf aaO. Die Universität Tübingen besitzt Rechtspersönlichkeit. **h)** SächsOVG. **18** 149 (SächsOVG.) handelt von der Entstehung öffentlich-rechtlicher Verbände in Sachsen. **i)** Vgl. Note 2 zum 2. Titel.

2. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. a) Vgl. §§ 30, 31 Note 2. — Bejaht: **b)** **RG. 79** 101, JW. **12** 638, SchlHolstAnz. **12** 182, R. **12** Nr. 1425. Der Betriebsdirektor des Kaiserlichen Kanalamts ist verfassungsmäßig berufener Vertreter des Reichsfiskus. **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 912, JW. **12** 849, R. **12** Nr. 2500, 2501. Der Stadtbaurat, dem das städtische Bauamt unterstellt ist, ist verfassungsmäßig berufener Vertreter. **d)** **RG.** R. **12** Nr. 3344. Ein preußischer Kreisbauinspektor ist verfassungsmäßig berufener Vertreter des Fiskus. **e)** Die Entsch. JDR. **10** Note 2 d auch JW. **12** 86. **f)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 866, JW. **12** 283, BayRpflZ. **12** 178, R. **12** Nr. 540—545. Der Rendant der von einer Amtsgemeinde im Fürstentum Lippe errichteten Sparkasse ist verfassungsmäßig berufener Vertreter der Amtsgemeinde. **g)** BadRpr. **12** 38 (Karlsruhe). Das Bataillon ist der verfassungsmäßig berufene Vertreter des Militärfiskus. **h)** OLG. **24** 244, MecklZ. **30** 24, R. **12** Nr. 2134 (Rostock). Der Kämmereisenator einer mecklenburgischen Stadt ist ihr verfassungsmäßig berufener Vertreter. — Verneint: **i)** **RG. 79**

101, JW. **12** 638, SchlHolstAnz. **12** 182, R. **12** Nr. 1425. Der Kanallotse des Kaiser-Wilhelms-Kanals ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Reichsfiskus, da er zu dessen rechtsgeschäftlicher Vertretung nicht berufen ist (vgl. IDR. 8 Noten 5 a, 7 d, **9** Note 2 c). **k)** desgl. SchlHolstAnz. **12** 326 (Kiel). **l)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 912, JW. **12** 849, R. **12** Nr. 2500, 2501. Ein Bautechniker, dem ein Bezirk der Stadtbauverwaltung unterstellt ist, ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter. **m)** KGBl. **12** 56 (KG.). Ein städtischer Straßenreinigungsaufseher ist, auch wenn er statutarisch berufen und innerhalb seines Geschäftskreises einzelne Entscheidungen selbständig zu treffen berechtigt ist, kein verfassungsmäßig berufener Vertreter (vgl. §§ 30, 31 Note 2 f.). **n)** WürttJ. **12** 24 (Stuttgart). Ein Oberarzt und Stellvertreter des Vorstandes einer staatlichen Klinik, der ein zur Unterstützung des Vorstandes angestellter Gehilfe ist, ist nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter des Staates. Der Staat haftet nicht für einen von ihm begangenen Kunstfehler, wenn ihn bei der Auswahl kein Verschulden trifft. **o)** RheinZ. **5** 137 (Colmar). Oberbrandmeister und Geräteführer einer kommunalen freiwilligen Feuerwehr sind nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde. **p)** WürttZ. **12** Beil. 62 (LG. Tübingen). Ein staatlicher Walzmeister ist, auch wenn seine Stelle etatsmäßig ist, wegen Unselbständigkeit seiner Stellung nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter des Fiskus. **q)** WürttJ. **12** 293 (Stuttgart). Ein Polizeidiener ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Gemeinde. **r)** Erhard aaO. Vertreter im Sinne des § 31 sind von den Personen des Soldatenstandes nur Offiziere und Sanitätsoffiziere. Alle Personen, deren Tätigkeit auf einen Auftrag eines Vertreters zurückzuführen sind, sind „bestellt" im Sinne des § 831.

3. Klagebegründung. **RG.** R. **12** Nr. 2914. Daß bei dem von einer Gemeinde unternommenen Bau durch die Schuld eines beim Baue Beteiligten einem Dritten ein Schaden entstanden ist, genügt nicht ohne weiteres um die Haftung der Gemeinde zu begründen.

4. Einzelne Fälle der Haftung. **a)** **RG.** WarnE. **5** Nr. 383. Der Kommunalverband, der eine Straße dem öffentlichen Verkehre gewidmet hat, hat die Verpflichtung, für die Verkehrssicherheit auf der Straße zu sorgen und kann sich dieser Pflicht durch Verträge mit Dritten nicht begeben. — Hat ein mangelhafter oder ordnungswidriger Zustand längere Zeit bestanden, so daß er bei gehöriger Sorgfalt der Vertreter, wer diese auch sein mögen, zur Unfallszeit hätte beseitigt sein müssen, so kommt es auf die Person des Vertreters nicht an. Der verklagte öffentliche Verband hat dann seinerseits zu beweisen, daß ihn keinerlei Verschulden irgendeines Vertreters trifft. Auch der dritte Unternehmer, der durch Vertrag mit dem verpflichteten Kommunalverbande die Sorge für die Verkehrssicherheit dieser Straße übernommen hat, haftet der Allgemeinheit für die Erfüllung dieser Pflicht. **b)** **RG.** BayRpflZ. **12** 193, R. **12** Nr. 968. Die Pflicht einer Gemeinde, für einen sicheren und gefahrlosen Zustand der von ihr dem öffentlichen Verkehre geöffneten Ortsstraßen zu sorgen, beschränkt sich nicht auf die regelmäßigen, gewöhnlichen Verhältnisse, sondern verpflichtet sie auch, beim zeitweisen Vorliegen außergewöhnlicher Umstände das zur Sicherung des Verkehrs Erforderliche zu veranlassen. Ob das Verkehrshindernis ohne ihr Zutun von der Polizei gestattet ist, ist gleichgültig. **c)** **RG.** BayRpflZ. **12** 177. Die Gemeinde als Eigentümerin des an einer verkehrsreichen Straße liegenden Rathauses muß die durch den lebhaften Straßenverkehr gesteigerte Sorgfaltspflicht durch Vorkehrungen erfüllen, daß niemand auf dem Bürgersteige durch abstürzende Schnee- und Eismassen zu Schaden kommt. **d)** **RG.** DJZ. **13** 167. Wenn eine Gemeinde eine Rodelbahn eröffnet, so haftet sie für Unfälle aus unsachgemäßen Anlagen der Bahn. Sie muß einen sachverständigen Fachmann zu Rate ziehen. Durch Tafelanschläge kann sie sich der allgemeinen Sorgfaltspflicht nicht entziehen. **e)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 327. Eine Kirchengemeinde haftet, wenn auf

einem Friedhofswege jemand durch Umfallen eines Grabsteins verletzt wird, dessen gefahrdrohender Zustand bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte bemerkt werden müssen. **f)** **RG.** BayRpflZ. **12** 310, WarnE. **5** Nr. 340. Eine Pflicht des Fiskus der Allgemeinheit gegenüber, für das Auslöschen der Biwaksfeuer und die Beseitigung der auf dem Biwaksplatze zurückgebliebenen Platzpatronen zu sorgen, besteht nicht. Denn der Biwaksplatz ist nicht dem allgemeinen Verkehre geöffnet. Die Sicherungspflicht besteht nur gegenüber gesetzmäßigem Verkehre. **g)** **RG.** Gruchots Beitr. **56** 912, JW. **12** 849, R. **12** Nr. 2500, 2501. Dem ersten Beamten einer weit verzweigten Verwaltung ist aus seiner Nichtkenntnis von einem mangelhaften Zustand nicht ohne weiteres ein Vorwurf zu machen. **h)** **RG.** RheinA. **109** 371. Gegen die bloße Möglichkeit, daß jemand auf der Straße hinfällt, braucht die Stadtgemeinde keinerlei Vorkehrungen zu treffen. **i)** **RG.** WarnE. **6** Nr. 11. Wo durch Polizeiverordnung die Streupflicht bei Winterglätte zulässig den Anliegern auferlegt ist, besteht eine solche für die Stadt nicht. **k)** SächsRpflA. **12** 81 (Dresden). Ist ein öffentlicher Weg durch Benutzung seitens des Publikums verbreitert worden und ist diese Verbreiterung von dem eigentlichen Wege, namentlich bei Dunkelheit, nicht deutlich zu unterscheiden, so haftet die wegeunterhaltungspflichtige Gemeinde für einen einem Passanten dadurch entstehenden Schaden, auch wenn sie für die Verbreiterung selbst nicht unterhaltspflichtig ist. **l)** WürttJ. **12** 293 (Stuttgart). Die Stadt darf sich darauf verlassen, daß Verkehrshindernisse, deren vorübergehende Ablagerung auf der Straße sich im täglichen Verkehre nicht vermeiden läßt, von den verantwortlichen Privatpersonen rechtzeitig entfernt oder unschädlich gemacht werden. **m)** HansGZ. **12** Beibl. 35 (Hamburg). Der Eisenbahnfiskus haftet für den Unfall aus ungenügender Beleuchtung einer fiskalischen Straße auch dann, wenn der Unternehmer der gerade stattfindenden Pflasterarbeiten diese vertraglich übernommen hatte. **n)** OLG. **24** 244, MecklZ. **30** 24, R. **12** Nr. 2134 (Rostock). Trifft die Stadt beim Aufgraben einer Chaussee keine Sicherheitsmaßregeln, so haftet sie für den dadurch entstehenden Unfall. **o)** HansGZ. **12** Beibl. 15 (Hamburg). Der Eisenbahnfiskus haftet für einen Unfall, der daraus entstanden ist, daß er nicht für die Absperrung oder Beseitigung einer schadhaften Fußbodenstelle eines Güterschuppens gesorgt hat. **p)** HansGZ. **12** Beibl. 91 (Hamburg). Es ist noch kein Verschulden der zuständigen Beamten des Staates, wenn in ausgedehnten Hafenanlagen und ihren Einrichtungen ein geringfügiger Mangel, der möglicherweise Schaden anrichten kann, nicht sofort bemerkt und beseitigt wird. **q)** HansGZ. **12** Beibl. 41 (Hamburg). Der Staat ist nicht verpflichtet, eine Kaimauer und die an ihr befindlichen Treppen mit einem Geländer zu versehen. **r)** WürttZ. **12** 24 (Stuttgart). Die Stadt ist nicht verpflichtet, die in ihren Krankenhäusern zu Operierenden über die damit verbundenen Gefahren aufzuklären. Sie kann das den Ärzten überlassen. **s)** SchlHolstAnz. **12** 356 (LG. Kiel). Eine Landgemeinde ist verpflichtet, die Bürgersteige, nicht aber die Fahrdämme gegen Winterglätte zu bestreuen. **t)** K i e s e l, PrVerwBl. **34** 181. Die Unterscheidung, daß die Gemeinde den zahlenden Patienten vertraglich, den nicht zahlenden außervertraglich haftet, ist unhaltbar. Auch der zahlende Patient kann im allgemeinen nur Sorgfalt in der Auswahl des Personals und in der Einrichtung beanspruchen. **u)** R o s e n s t o c k aaO. Sind für die Benutzung einer kommunalen Anstalt Gebühren festgesetzt, so besteht ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zu den Patienten. Andernfalls besteht zu den Patienten, die die Anstalt ohne öffentlich-rechtlichen Anlaß aufsuchen, ein Vertragsverhältnis.

5. D i e §§ 31, 89 u n d A r t. 77 E G B G B. **a)** Vgl. JDR. **10** Note 5. **b)** **RG.** **78** 325, JW. **12** 381, R. **12** Nr. 846, 893—895. Es ist zu unterscheiden zwischen Ausübung von fiskalischen Rechten und Hoheitsrechten. Bei letzteren entscheidet das Landesrecht. Bei der Strafvollstreckung handelt der Staat in Ausübung des Hoheitsrechts. Dies gilt auch für die ärztliche Behandlung eines Gefangenen durch den Anstalts-

arzt. Denn die Ausübung eines Hoheitsrechts braucht nicht die eines Zwangsrechts zu sein. Es kann sich auch um staatlichen Schutz und Fürsorge handeln. Allerdings kann gelegentlich der Ausübung öffentlicher Gewalt ein privatrechtliches Verhältnis entstehen. — Dadurch allein, daß es sich um Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht handelt, wird die Anwendbarkeit der §§ 31, 89 nicht ausgeschlossen. Sie gelten aber nur, wenn es sich um eine Verletzung auf einem Gebiete handelt, auf dem nicht ausschließlich die Ausübung eines Hoheitsrechts in Frage steht, insbesondere in allen Verhältnissen gemischter Natur, namentlich bei Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Sachen und Anstalten. c) **RG.** JW. **12** 86, R. **12** Nr. 1. Ein Unfall, der auf dem Kasernenhof durch eine unverwahrte und unbeleuchtete Grube hervorgerufen ist, ist von der Militärbehörde in privatrechtlicher Betätigung verschuldet. d) **RG.** WürttRpflZ. **12** 230, WarnE. **5** Nr. 255. Eine Sprengung, die dazu bestimmt ist, in Fürsorge für die Landesverteidigung die kriegsmäßige Ausbildung der Truppe zu fördern, geschieht auch dann in Ausübung der Militärhoheit, wenn sie auf Grund eines Vertrags mit einem Bauunternehmer ausgeführt wird. e) **RG. 79** 178, SchlHolstAnz. **12** 235. Der Standpunkt der Entsch. **RG. 72** 347 (JDR. **9** Note 5 c) ist nicht haltbar. Art. 7 EGHGB. hat auch für Kriegsschiffe Geltung. Auf die von Kriegsschiffen verschuldeten Fälle eines Zusammenstoßes finden daher §§ 734—739 HGB. Anwendung. f) **RG.** HansGZ. **12** Beibl. 17 (Bestätigung der Entsch. JDR. **10** Note 5 f). g) Die Entsch. JDR. **10** Note 5 b auch HansGZ. **12** Beibl. 165, diejenige JDR. **10** Note 5 e auch LeipzZ. **12** 246. h) Schl.HolstAnz. **12** 39 (Kiel). Die Besatzung eines Zolldampfers, der ein Schiff beschädigt, an das er zwecks Vornahme der vorgeschriebenen Zollrevision heranfährt, handelt in Ausübung öffentlicher Gewalt. Art. 7 EGHGB. ist auf Schiffe, die der Betätigung staatlicher Hoheitsrechte dienen, nicht anwendbar. i) ElsLothJZ. **12** 235 (Colmar). Für Schadensersatzansprüche gegen den Staat wegen mangelhafter Unterhaltung der in öffentlichen Verkehr gestellten Anlagen ist der Rechtsweg zulässig. Es handelt sich nicht um Verwaltungsakte, die zu den hoheitlichen Aufgaben des Staates gehören. k) WürttJ. **12** 16, WürttRpflZ. **12** 81 (Stuttgart). Es besteht keine privatrechtliche Haftung einer Stadtgemeinde für einen Schaden, der durch eine von der vorgesetzten Behörde außer Wirkung gesetzte, einen bestimmten Gewerbebetrieb beschränkende ortspolizeiliche Verfügung entstanden ist. l) NaumburgAK. **12** 28 (Naumburg). Bei Vornahme von Pfändungen handelt der Gerichtsvollzieher kraft der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt. m) GewRschutz **12** 147 (KG.). Eine Allerhöchste Kabinettsorder, durch die ein neues Karabinerfutteral eingeführt wird, ist auf Grund des Militärhoheitsrechts erlassen. n) M a y e r aaO. Die Grundsätze für die Anwendung des § 31 auf den Staat sind die gleichen wie für die Anwendung des Zivilrechts überhaupt. Es kommt auf die Art von Tätigkeit an, die ein Beamter im Einzelfalle mit Vertretungsmacht für den Staat verrichtet. Im Gegensatze zum Standpunkte des Art. 77 EG. und der Motive ist grundsätzlich öffentliches Recht anzuwenden, Privatrecht nur, soweit der Staat gewöhnliche privatwirtschaftliche Geschäfte macht. Daher keine privatrechtliche Haftung für die Folgen mangelnder Unterhaltung von Straßen usw. o) E r h a r d aaO. Unter „Beamten" im Sinne des Art. 77 EGBGB. sind auch Personen des Soldatenstandes zu verstehen. Der Begriff der „Ausübung öffentlicher Gewalt" ist zwar weiter als der der „Ausübung staatlicher Hoheitsrechte", aber im militärischen Leben deckt sich „öffentliche Gewalt" und „Ausübung der Militärhoheit". Alle unmittelbar auf die taktische Verwendung oder die militärische Ausbildung der Truppe abzielenden Akte fallen darunter, ebenso der Betrieb der einen Teil der Militärverwaltung bildenden militärtechnischen Einrichtungen. Auch gemeine Soldaten können zur Ausübung der Militärhoheit berufen sein. Der Gegensatz sind die wirtschaftlichen Angelegenheiten des Militärfiskus. Dazu gehören die Anordnungen und Handlungen, die zwar a u s A n l a ß

der Ausübung der Militärhoheit erfolgen, aber nach Natur und Zweckbestimmung der staatlichen Vermögensverwaltung angehören, insbesondere die Unterhaltung des beweglichen und unbeweglichen Militäreigentums. Kantinen sind reine Privateinrichtungen, für deren Betrieb der Fiskus niemals haftbar gemacht werden kann.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Literatur: Beyersdorff, Übernahme eines Vermögens nach deutschem bürgerlichen Recht, §§ 311, 419 BGB. (Göttinger Diss.) 1911. — Brugger, Giebelmauerprozesse, BadNotZ. 12 1—10.

§ 90. Vermögen (vgl. Fuchs, JDR. **10** zu §§ 90 ff.). *Beyersdorff 4 ff. Das Vermögen im juristischen Sinne ist die Summe der einer Person zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zustehenden Rechte. Es ist zwar keine rechtliche Einheit, wohl aber ein juristischer Begriff, der sich mit dem wirtschaftlichen nicht deckt (15). Charakteristisch für die Vermögensbestandteile ist ihr Gebrauchswert. Geldwert und Übertragbarkeit werden nicht erfordert (10 ff.). Der Streit, ob zum Vermögen auch die Passiven gehören, hat nur theoretische Bedeutung. Das BGB. folgt keinem einheitlichen Sprachgebrauche (13 f.).

§ 92. Mendelssohn-Bartholdy, RheinZ. **5** 236. Beide Absätze des § 92 enthalten qualitativ Gleiches: Legaldefinitionen. Das drückt der erste Absatz o aus, daß er zu dem „sein" den Zusatz „im Sinne des Gesetzes" fügt. Wenn das Gesetz von verbrauchbaren Sachen spricht, so meint es damit die im § 92 Abs. 1 bezeichneten Sachen. Dasselbe muß aber auch vom zweiten Absatz angenommen werden. Vielleicht könnte man zur Rettung eines Sinnes für die verschiedenen Wendungen, die das Gesetz gebraucht, sagen, daß bei „gelten" sich der Zusatz „im Sinne des Gesetzes" erübrige.

§ 93. Gemeinschaftliche Giebelmauern (vgl. JDR. **9** Ziff. I zu §§ 93, 94 u. unten zu § 912). *Brugger, BadNotZ. **12** 1. Wer im Einverständnisse mit dem Nachbar die Giebelmauer halbscheidig auf die Grundstücksgrenze setzt, bleibt zunächst Eigentümer der ganzen Mauer, die einen wesentlichen Bestandteil seines Hauses bildet. Baut der Nachbar so an, daß er die vorhandene Mauer als Giebel benützt, so wird sie wesentlicher Bestandteil auch seines Hauses: der Erstbauende erleidet durch diese Eigentumsverschiebung einen Rechtsverlust und erlangt gegen den Nachbar einen Anspruch auf Ersatz des halben Mauerwerts (ebenso Breit, SächsRpflA. **11** 392 ff., OLG. Dresden und Düsseldorf, JDR. **10** Ziff. 4 zu § 912, aM. OLG. Karlsruhe und **RG.**). Die Grundsätze der §§ 93 und 94 treten hier in Widerstreit, das Verkehrsbedürfnis verlangt die angegebene Lösung, wofür in den §§ 922, 946—952 Analogien vorliegen. Wo gemeinschaftliche Giebel üblich sind, liegt in der Errichtung und Duldung eines solchen zugleich die stillschweigende Vereinbarung, daß der Nachbar gegen Kostenersatz anbauen darf. Das Recht zum Anbau geht auf jeden Erwerber des Nachbargrundstücks über. Vgl. auch Brugger, BadRpr. **11** 60.

§§ 93, 94. Maschinen wesentliche Bestandteile? (JDR. **6**, **7**, 8; **9** Ziff. II 1, **10** Ziff. 1). a) **RG.** 23. 11. 11, JW. **12** 128 f. Allerdings hat der erkennende Senat zuerst **RG. 67** 30, JDR. **7** Ziff. II 1 a, und dann wiederholt in anderen Entscheidungen darauf hingewiesen, daß bezüglich der Frage, ob eine Sache mit einer anderen Sache, insbesondere eine Maschine mit einem Fabrikgebäude zu einer einheitlichen Sache, zu einem einzigen körperlichen Gegenstande vereinigt sei, die Verkehrsauffassung zu berücksichtigen sei. Jedoch ist, wie sich aus dem Zusammenhange der Entscheidungsgründe ergibt, damit nicht gemeint, es komme für die Frage der Bestandteilseigenschaft darauf an, ob und welche allgemeine Verkehrsanschauung sich in dieser Hinsicht gebildet habe. Eine solche Verkehrsanschauung hat das Gesetz nur bezüglich des Zubehörs im § 97 Abs. 1 Satz 2 für maßgebend

erklärt. Vielmehr haben die Hinweise auf jene Verkehrsauffassung keine andere Bedeutung als: es sei bei Prüfung der Frage die Bestandteilseigenschaft in Betracht zu ziehen, ob ein jeder verständige, unbefangene Beurteiler das miteinander Verbundene im gegebenen Falle als eine einzige Sache ansehen würde oder nicht. **b) RG.** 23. 11. 11, JW. **12** 128. Zur Herstellung des Maschinenhauses ist eine Lokomobile nur dann eingefügt, wenn sie zwischen andere Teile des Maschinenhauses hineingebracht und durch Einpassen in eine für sie bestimmte Stelle mit den sie umgebenden Stücken vereinigt wäre, derart, daß durch sie das Maschinenhaus in seiner Sonderart und zu seinem Sonderzwecke mithergestellt wäre (vgl. **RG. 56** 290, **60** 423, **62** 252, **63** 419). **c) RG.** 12. 12. 11, DJZ. **12** 347, R. **12** Nr. 546. Der in einer Fabrik aufgestellte Gasmotor ist in der Regel nicht als wesentlicher Bestandteil des Fabrikgebändes anzusehen. **d)** SchlHolstAnz. **12** 274 (Kiel) darüber, ob Dynamomaschinen durch Einfügung in ein Elektrizitätswerk mit diesem zusammen ein wirtschaftliches Ganze und Bestandteile des Grundstücks werden. In der Regel sind sie Zubehör der elektrischen Anlage. **e)** SeuffBl. **12** 561 (München) handelt über den Begriff eines „Schreinereianwesens" im Sinne des § 93 im Gegensatze zu einem Wohnhause, in dessen Erdgeschoß von dem augenblicklichen Besitzer zur Zeit eine Schreinerei betrieben wird.

§ 94. BadRpr. **12** 171 (Karlsruhe). Öfen, die einfach auf Schiefersteine aufgesetzt und mit den Wänden nur in der Weise verbunden werden, daß die Rauchabzugsrohre in die vorhandenen Öffnungen der Kamine eingeführt werden, sind nicht wesentliche Bestandteile des Gebäudes (vgl. auch **RG. 63** 171).

§ 95. 1. Oertmann, Bauwerk und Bauwerkvertrag, ABürgR. **38** 169 ff., versteht unter Bauwerk ein Werk, das mit einem Grundstück oder Gebäude verbunden und nach seiner typischen Zweckbestimmung unbeweglich ist, das ferner nicht in einer bloßen Umgestaltung des Bodens selbst bestehen darf. Mit diesem Begriff ist nicht identisch der im § 95 verwendete Begriff des „mit einem Grundstücke verbundenen Werkes". Der Begriff des § 95 und § 908 ist vielmehr weiter als der des Bauwerkes. Vgl. auch unten zu § 908.

2. **RG.** JW. **12** 129 ff., WarnE. **12** 93, BayRpflZ. **12** 93. Ein Gebäudeteil, der auf einem gepachteten Grundstücke nur für die Dauer der Pachtzeit errichtet worden ist, ist nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden und daher nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden (vgl. **RG. 55** 284, **59** 20, **63** 421, JW. **04** 336).

3. SchlHolstAnz. **12** 146 (Kiel). Ein fiduzarisches Treuhandverhältnis begründet kein „Recht an einem fremden Grundstück" im Sinne des § 95 Abs. 1, da nach dem ständigen Sprachengebrauche des BGB. unter „Rechten an einem fremden Grundstücke" nur dingliche Rechte zu verstehen sind.

§ 96. Über Windmühlen im Erbzins s. unten Ziff. 2 zu § 148 ZVG.

§ 97. 1. Maschinen (vgl. zunächst o. zu §§ 93, 94 u. JDR. **9, 10** Ziff. 1). **a)** OLG. **24** 249 (Celle). Schokoladenautomat und automatische Wage sind Zubehör der Gastwirtschaft. Sie verlieren die Zubehöreigenschaft auch nicht dadurch, daß sie längere Zeit unbenutzt in einem Stalle stehen. **b) RG.** SchlHolstAnz. **12** 293 ff. Doppelschnellpresse nebst Motor als Zubehör eines Druckereibetriebs.

2. OLG. **24** 250 (BayObLG.). Da auch solche Sachen, die nur zur einmaligen Benutzung bestimmt sind, Zubehör sein können, sind auch verbrauchbare Sachen nicht ausgenommen, und zwar um so weniger, als weder § 97 nach § 98 die im § 92 erwähnten Sachen allgemein ausschließt und die im Verbrauche bestehende einmalige Benutzung noch weniger als vorübergehend im Sinne des § 97 erscheint. Das Berufungsgericht konnte daher auch die Vorräte von Heu, Stroh, Hafer und Heizmaterial als Zubehör des Anwesens im Sinne des § 97 behandeln. — Auch die Essenzen konnten als Zubehör erklärt werden; denn wenn auch daran festzuhalten ist, daß

die im gewerblichen Betriebe hergestellte Ware nur als Zubehör des Anwesens aufzufassen ist, so gilt das doch nicht von den zur Verarbeitung bestimmten Stoffen, solange mit der Verarbeitung noch nicht begonnen ist; auf sie kann § 97 Satz 1 zutreffen, ohne daß zugleich der Satz 2 Platz greift.

3. a) KGBl. **12** 83 (KG.). Auf einem Neubaue lagernde Fenster Zubehör des Baugrundstücks. b) KGBl. **12** 93 (LG. I Berlin). Türschließer sind als Zubehörstücke eines Gebäudes zu erachten.

4. a) PosMSchr. **12** 119 (Stettin) handelt darüber, unter welchen Voraussetzungen Gegenstände, die für einen in einem Hausteil eingerichteten Gewerbebetrieb verwendet werden, als Grundstückszubehör anzusehen sind. Wenn ein Teil der Einrichtungsgegenstände eines Kolonialwarenladens nebst Bierstube (Repositorium, Wandbretter, Ladentisch) in der Wand oder dem Fußboden befestigt ist, so ist darin eine besondere bauliche Herrichtung der Räume nicht zu erblicken. Daß das Geschäft in dem Hause schon seit mehreren Jahren betrieben worden, ist unerheblich. Nicht auf die dauernde Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs kommt es an, sondern darauf, daß aus der besonderen Bauart der Räume ersichtlich ist, daß sie für einen nicht von vorneherein feststehenden Zeitraum zum Betriebe des betreffenden Geschäfts bestimmt sind. b) R. **12** Nr. 2796 (Hamburg). Kontormöbel sowie Geldschrank, Schreibtisch, Aktenschrank usw. sind, wenn sie nicht für den betreffenden Raum besonders gearbeitet und ihm angepaßt sind, regelmäßig überall wieder verwendbar, sie sind auch durch andere Kontormöbel, die gewöhnlich fabrikmäßig hergestellt werden, leicht ersetzbar. Es entspricht auch nicht der Verkehrsanschauung beim Verkauf einer Fabrik ohne besondere Abmachung die Kontormöbel als mitverkauft gelten zu lassen.

5. Über Zubehöreigentum eines Dritten bei der Zwangsversteigerung vgl. unten § 20 Ziff. 4 ZVG.

§ 98. 1. Nr. 1. a) SeuffA. **67** 257 (Kiel). Biervorräte in Flaschen auf dem Brauereigrundstücke sind nicht dessen Zubehör (vgl. BayObLG. **10** 59). Bier und Flasche sind durch ihre Verbindung zur verkauffertigen „Flasche Bier" wesentliche Bestandteile einer neuen Sache, eben der als einheitliche Ware erscheinenden „Flasche Bier", geworden. Diese verkauffertige Ware aber ist nicht mehr Zubehör des Brauereigrundstücks, sondern Betriebsergebnis. b) BayObLG., DJZ. **12** 759. Zubehör eines zum Gewerbebetrieb eingerichteten Gebäudes sind nicht nur die Gerätschaften, die zur Herstellung der Waren bestimmt sind, sondern auch die Gerätschaften und Gegenstände zum Vertriebe der hergestellten Waren. c) OLG. **24** 247, HansGZ. **12** Beibl. 65 (Hamburg). Ist ein Grundstück dauernd zum Betrieb einer Schlächterei eingerichtet, so ist das Schlächtereiinventar Zubehör des Grundstücks. d) BayObLG. **13** 154 ff. (BayObLG.). Die Einrichtung einer Apotheke ist Zubehör des Apothekenanwesens, sie wird daher von der Beschlagnahme des Anwesens ergriffen. Der Geschäftswert der Apotheke ist dagegen weder Bestandteil noch Zubehör, sondern nur eine wertsteigernde Eigenschaft des Apothekenanwesens.

2. Nr. 2. SchlHolstAnz. **12** 295, SeuffA. **68** 44 (Kiel). Vieh kann nur insoweit als Zubehör eines Landguts angesehen werden, als es sein Futter im wesentlichen aus den Erträgnissen desselben erhält.

§ 101. Nr. 2. **RG.** JW. **13** 193, DJZ. **13** 233 über die Früchte eines vor Erhebung der Dividende verkauften Wertpapiers. — Der Aktienkurs ist, wenn der zu erwartende Gewinn auf mehr oder weniger als 4 pCt. geschätzt wird, annähernd um den Betrag des Unterschieds niedriger oder höher. Deshalb ist der Kurs einer Aktie, namentlich wenn der Gewinn schon für ein ganzes Jahr in Betracht kommt, so zu verstehen, daß auf die Aktie selbst nur der Kurswert abzüglich des Unterschieds zwischen Gewinnschätzung und 4 pCt. entfällt, während der Rest die Mitvergütung für die Gewinnanteilscheine darstellt. Die Vorschrift des § 101 Nr. 2 Halbs. 2 bezieht sich aber

nur auf die wirklich gezogenen Früchte, nicht auf Früchte, die unter Umständen bezogen worden sind. Es muß daher festgestellt werden, um wieviel der zur Zeit des Verkaufs an der Börse erwartete Gewinn die 4 pCt. Stückzinsen übersteigt.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, eine Untersuchung auf dem Gebiete des deutschen bürgerlichen Rechtes, Fischers Abhandlungen **25** Heft 2, München 1912. — Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre, AcivPr. **110**. — Walsmann, Der Verzicht, Leipzig 1912.

§§ 104 ff. 1. *Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. I. Aufgabe und Methode (1—6). — II. Allgemeiner Teil (7—26). § 1 (7—19): Das Wesen der Rechtshandlung (Rsh.): Sie ist juristische Tatsache, — Handlung, — rechtmäßige Handlung. Bei den Rshn. handelt es sich um Akte, an die sich Rechtswirkungen anschließen, für deren Eintritt es gleichgültig ist, ob sie vom Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind [Gegensatz zu den Rechtsgeschäften (Willenserklärungen, Willensgeschäften)]. (9—19): Abgrenzung der Rshn. im einzelnen gegen: die „rein tatsächlichen" „rechtlich irrelevanten" Handlungen, die „rein objektiven Tatsachen" „Naturtatsachen", das „rein seelische Verhalten", die „Unrechtshandlungen", die Rechtsgeschäfte (Willenserklärungen, Willensgeschäfte). § 2. Allgemeine aus dem Wesen der Rsh. fließende Sätze (19—23): 1) eine Verwandlung der Rshn. in Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) geht nicht an; 2) eine Rsh. kann nicht den Typus einer anderen Rsh. annehmen; 3) § 134 BGB. ist auf Rshn. nicht anwendbar; 4) gleiches gilt von § 138 BGB.; 5) Irrtum des Handelnden über die Legalwirkungen der Rsh. ist unbeachtlich; 6) der Handelnde kann die Legalwirkungen der Rsh. nicht abändern; 7) Bedingung und Befristung (§§ 158 ff. BGB.) kehren bei den Rshn. nicht wieder; 8) der voll Geschäftsfähige ist voll rechtshandlungsfähig. — § 3. Die für die systematische Darstellung der Rshn. maßgebenden Gesichtspunkte (23—26). Die Prinzipaleinteilung: Rechtsgeschäfte — Rechtshandlungen — ist beizubehalten. Die gleichartigen Rshn. sind in (Unter-)Gruppen zusammenzufassen. — III. System der Rshn. [übernommen aus Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäfte, 1907]. A. Gruppenbildung: 1) „rein äußere Handlungen"; 2) „Handlungen, deren Tatbestand nicht mit der Realisierung eines äußeren Erfolges erfüllt ist, zu deren Wirksamkeit das Gesetz vielmehr außerdem noch eine innere Tatsache irgendwelcher Art verlangt"; 3) „Handlungen, die sich lediglich als Perfektion einer auf ein äußeres Verhalten hinzielenden erheblichen inneren Tatsache (Gesinnung, Überzeugung, Wollen) darstellen, bei denen also gesetzlich der Handlungsakt nicht fixiert wird"; 4) „Mitteilungen" („Vorstellungsmitteilungen", „Willensmitteilungen") (26/27). — Weitere Einteilung der Rshn. in „selbständige" und „unselbständige" (27/28). B. Einzeluntersuchungen: I. Kapitel: Gruppe 1 (29—63). § 1. „Einleitende Bemerkungen" (29/30). § 2. „Typische rein äußere Handlungen" (30—41): Verarbeitung und Umbildung, Fund, Schatzfund, Herstellung eines wissenschaftlichen oder künstlerischen Werkes, an die der Erwerb des Urheberrechts geknüpft ist, Versehen einer Sache mit einer Einrichtung, Wegnahme einer Einrichtung, Einbringen von Sachen, Fortsetzung des Gebrauchs der gemieteten Sache durch den Mieter nach der Mietzeit (§ 568 BGB.), Fortsetzung des Dienstverhältnisses durch den Verpflichteten nach dem Ablaufe der Dienstzeit (§ 625 BGB.), stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit (§ 724 Satz 2 BGB.) usw. (30—32). — § 3. Rechtliche Behandlung der „rein äußeren Handlungen": wer ist fähig, diese „rein äußeren Handlungen" vorzunehmen? Sind bei den „rein äußeren Handlungen" Willensmängel (Mentalreservation, Simulation, Scherz, Irrtum, Drohung, Zwang) rechtlich erheblich?

Inwieweit ist bei „rein äußeren Handlungen" Vertretung möglich? (41—63). — II. Kapitel: Gruppe 2 (63—104): A. Wohnsitzbegründung und -Aufgabe; B. Begründung und Aufhebung des Sitzes juristischer Personen; C. „Miteinanderleben als Ehegatten" (§ 1324 Abs. 2 BGB.); D. „Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft" (§§ 1576, 1587 BGB.); E. Geschäftsführung ohne Auftrag; F. Körperliche Übergabe. — Für diese Akte sind die Fragen: wer ist fähig, sie vorzunehmen? Wie wirken Willensmängel? Können die auf die Rechtsgeschäfte (Willenserklärungen) zugeschnittenen Formvorschriften, Vorschriften über den Empfang (Zugang) von Erklärungen und deren Auslegung analog angewandt werden? ist Vertretung möglich? beantwortet. — III. Kapitel: Gruppe 3 (104—135): A. Zustimmung zum Ehebruch usw.; B. Verzeihung; C. Anerkennung der unehelichen Vaterschaft. — Auch für diese Akte ist die Frage nach der rechtlichen Behandlung beantwortet. — IV. Kapitel: Gruppe 4 (135—172): „Mitteilungen". A. „Vorstellungsmitteilungen" (Aufzählung der Akte 137—139); B. „Willensmitteilungen" (Aufzählung der Akte 163/164). Für beide Gruppen von Akten ist die Frage nach der rechtlichen Behandlung beantwortet. Zu den Vorstellungsmitteilungen gehören nur solche Mitteilungen, die sich in der Kundgebung von Vorstellungen, Überzeugungen, Urteilen eines Subjekts an ein anderes erschöpfen. Sobald zum Inhalt einer Mitteilung die Kundgebung eines Willensinhalts gehört, kann es sich immer nur um eine Handlung handeln, die zur Gruppe der Willensmitteilungen zu rechnen ist, für die strengere Normen gelten.

2. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, Hirths Ann. **11** 910. Die privatrechtlichen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit gelten mangels öffentlich-rechtlicher Sondernormen auch für die publizistischen (nichtamtlichen oder amtlichen) Willenserklärungen.

3. Stampe, Wertbewegungslehre s. u. zu §§ 116 ff.

4. WürttZ. **24** 1 ff. (Stuttgart). Nicht jede Art und jeder Grad der Geisteskrankheit hebt die Handlungsfähigkeit der betreffenden Person auf, insbesondere schließen einzelne, nach bestimmten Richtungen hin auftretende Wahnideen, die von der Medizin als Geisteskrankheit bezeichnet werden, die Handlungsfähigkeit nur auf den Gebieten und in den Fällen aus, die durch sie beeinflußt werden.

5. BayObLG. **13** 60 ff. (BayObLG.). Der im Sinne des § 104 Nr. 2 Geschäftsunfähige kann ohne den Willen seines gesetzlichen Vertreters seinen Wohnsitz nicht aufgeben. Für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 vorliegen, ist es ohne Belang, ob die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder nur die Anordnung einer Pflegschaft beantragt ist.

§ 107. *Leo Raape, Die Wollensbedingung, Zugleich ein Beitrag zum Stempelrecht 40, 57, 62. Der Vertrag, in dem sich ein Minderjähriger unentgeltlich ein Vorkaufsrecht einräumen läßt, fällt unter § 107. Der Minderjährige wird nicht etwa bedingt (unter der Bedingung seines Wollens) verpflichtet. Dasselbe gilt, wenn er sich unter der Bedingung eines Gegenversprechens versprechen läßt (einen sog. einseitigen Austauschvertrag schließt). Vgl. auch unten zu §§ 320 u. § 158 Ziff. 12. — Dagegen das Angebot eines gegenseitigen Vertrags an den Minderjährigen fällt unter § 108, auch wenn es nicht einseitig, sondern im Wege eines Vertrags geschieht (Angebotsvertrag).

§ 109. *Walsmann, Verzicht 219: Auf das Widerrufsrecht des § 109 kann verzichtet werden.

§ 110. *Breme, R. **12** 436. Das Surrogationsprinzip ist bei den Verfügungen des Minderjährigen gemäß § 110 begrifflich anwendbar. Ob es im Einzelfalle zuzulassen ist, hängt von der zu ermittelnden Willensrichtung des gesetzlichen Vertreters bei Überlassung der Mittel ab.

§ 111. *Walsmann, Verzicht 256. Bei den einseitigen Geschäften des Grundbuchamts genügt es für die Gültigkeit des Geschäfts, wenn die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vor der Eintragung nachgebracht wird.

§ 113. 1. DJZ. **12** 520, BraunschwZ. **59** Beil. 33, Arbeiterverf. **12** 545 (Verw. GerH. Braunschweig). Der minderjährige gewerbliche Lehrling ist nach § 113 nicht in Krankenversicherungssachen geschäftsfähig. Denn es besteht in wirtschaftlicher Beziehung ein erheblicher Unterschied zwischen dem Lehrvertrag und dem regelmäßigen Arbeits- und Dienstverhältnisse des § 113 BGB. Der Lehrling bleibt auch nach Abschluß des Lehrvertrags gewöhnlich wirtschaftlich abhängig, ebenso wie er beim Abschlusse jedes einzelnen Lehrvertrags abhängig bleibt von der Mitwirkung seines Gewalthabers. Vgl. auch Arbeiterverf. **12** 822.

2. * Arbeiterverf. **12** 426 (LG. Verden). Minderjährige bedürfen zum Austritt aus einer Ortskrankenkasse der Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters. Wenn das Gesetz dem Minderjährigen auf dem begrenzten Gebiete, mit dem ihn sein Beruf vertraut macht, Geschäftsfähigkeit gewährt, so darf diese nicht ausgedehnt werden auf Rechtsgeschäfte, zu deren Beurteilung ganz andere Gesichtspunkte in Betracht kommen. Vgl. jedoch auch SächsOVG., Arbeiterverf. **12** 446.

3. GewuKfmG. **17** 277, BadRpr. **12** 157 (KfmG. Mannheim). Zu den Rechtsgeschäften, welche die Erfüllung der sich aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen, gehört auch das Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung dieser Pflichten, da die Konventionalstrafe nur ein Mittel zur Verstärkung der schuldnerischen Haftung ist ebenso wie die in der GewO. vorgesehenen Bestimmungen über Lohneinhaltung und Lohnverwirkung für den gleichen Fall. Daher ist das Versprechen einer Konventionalstrafe durch einen Minderjährigen unter der Voraussetzung des § 113 gültig (ebenso Planck I, Anm. 2 zu § 113 und Staudinger I, Anm. 5 zu § 113; vgl. jedoch Komm. d. RGRäte I Anm. 3).

§ 114. **RG.** 13. 10. 11, JW. **12** 24. § 114 stellt die wegen Geistesschwäche Entmündigten den Minderjährigen von mehr als 7 Jahren nur in Ansehung der Geschäftsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen gleich. Auf die Deliktsfähigkeit übt die Entmündigung als solche keinen Einfluß aus. Die Verantwortlichkeit des wegen Geistesschwäche Entmündigten für den einem anderen durch eine unerlaubte Handlung zugefügten Schaden richtet sich daher lediglich nach den allgemeinen Bestimmungen des § 827 BGB.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Vorbemerkung: Über eine Fülle von Entscheidungen war zum § 138 zu berichten. Hingewiesen sei z. B. auf die Ausführungen des RG. über die ehrenwörtliche Bestärkung vermögensrechtlicher Verbindlichkeiten und die Bemerkungen Cahns hierzu. Eine praktisch wichtige Frage ist auch die über die Gültigkeit von Provisionszusicherungen an bauleitende Architekten. Eine scharfe Praxis ist hier einer laxeren Auffassung unbedingt vorzuziehen. Nicht nur von privatrechtlicher Bedeutung ist die Entscheidung des RG., daß das von einem Nationalpolen dem Käufer seines in den ehemals polnischen Landesteilen belegenen Gutes bei Vermeidung einer Vertragsstrafe auferlegte Verbot, das Gut an einen anderen als einen Nationalpolen zu verkaufen, nicht gegen die guten Sitten verstößt. Zum § 139 liegen wichtige Entscheidungen des RG. und die beachtlichen Ausführungen von Goldmann in Gruchots Beiträgen vor über die Frage, ob bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren der § 139 anwendbar ist. (Zu vgl. insbes. Ziff. I 2, II 1 u. 2 zu § 139 und Ziff. I 1 zu § 138).

Literatur: Aubele, Güterzertrümmerung in Vollmacht und für Rechnung des Eigentümers, BayNotZ. 12 30—34. — Bourier, Umgehung der notariellen Form durch schriftliche Vollmacht, DNotVZ. 12 649—683. — Cahn, Ehrenwort und Reichs-

gericht, BayRpfl.Z. **12** 275—278. — Eckstein, Zur Lehre von der Nichtigkeit des Vertrags wegen Unsittlichkeit, ABürglR. **38** 195—213. — Fraeb, Die Rechtsfolgen einer gegen die §§ 135, 136 BGB. verstoßenden Verfügung unter besonderer Berücksichtigung des Zwangsversteigerungsvermerkes bei eingetragenem Rangvorbehalt, ZBlFG. **12** 613—629. — Fuchs, Die Anfechtbarkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, R. **12** 110—118. — Goldmann, Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren § 139 BGB. anwendbar? GruchotsBeitr. **56** 161—174. — Hedger, Über die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist wegen Irrtums nach §§ 1956, 119 BGB. Leipzig 1911. — Jacoby, Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken, JW. **12** 451—452. — Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Martitz 211—233. — Rebitzki, Ungewollte Willenserklärungen, Danzig 1911 (Königsberger Diss.). — Schefold, Zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften der Sache, AZivPr. **109** 256—264. — Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre, ACivPr. **110**. — Titze, Die Lehre vom Mißverständnis, RheinZ. **5** 174—205. — Walsmann, Der Verzicht, Leipzig 1912.

§§ 116 ff. 1. *Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre, Fortsetzung (vgl. zunächst JDR. **10**), ACivPr. **110**, § 20, fügt seinen früheren Ausführungen über das Wesen des Parteizwecks (§ 6 des Grundrisses) folgendes hinzu: Zu scheiden sind Parteizweck und Geschäftszweck. Letzterer ist der typische Zweck einer bestimmten Geschäftsart. Das Ganze der Wertbewegung enthält bekanntlich in sich als Bestandteile verschiedene Geschäftsarten (das Grundgeschäft, ferner namentlich Erfüllungs-, Sicherungs-, Änderungs-, Auflösungshilfsgeschäfte). Jede dieser Geschäftsarten hat ihre besondere typische Aufgabe in bezug auf die Mitarbeit an der Wertbewegung, und wird dementsprechend von den Parteien zu dem dieser Aufgabe entsprechenden typischen Zweck vorgenommen (z. B. contrahendi, solvendi, intercedendi, novandi, distrahendi causa). Im Gegensatze hierzu ist der Parteizweck nicht ein typischer, sondern ein in den einzelnen Fällen inhaltlich sehr verschiedener Zweck, und nicht der Zweck einer bestimmten Geschäftsart, sondern der eines konkreten Geschäfts. Und während derjenige, welcher ein Geschäft um seines typischen Zweckes willen vornimmt, dadurch lediglich an der Einleitung oder Fortführung einer Wertbewegung mitarbeiten will, bezweckt der, welcher ein Geschäft um eines Parteizwecks willen vornimmt, eine Unlustlage zu beseitigen, welche ihn zur Fassung des Parteizweckwillens und mittelbar dann auch zur Fassung des Geschäftswillens bestimmte (vgl. §§ 6, 7). — Der Geschäftszweck ist nur bei Hilfsgeschäften von Bedeutung, und nur im Falle seiner Nichterreichung; dann ist das kausale Hilfsgeschäft nichtig, und das abstrakte kondizierbar. Der Parteizweck ist dagegen namentlich als Parteizweck des Grundgeschäfts bedeutsam und wirkt nicht bloß durch seine Nichterreichung, sondern auch durch seinen Wegfall, und sogar durch sein bloßes Dasein (§§ 6, 16—22).

2. Begriff der Willenserklärung. a) *Rebitzki, Ungewollte Willenserklärungen. Richtiger Methode nach ist der Begriff der Willenserklärung allein den Bestimmungen des Gesetzes zu entnehmen. Diesem Begriff ist es wesentlich, daß der Erklärende ein bestimmt geartetes Bewußtsein von dem Werte seines Handelns als Erklärung hat, d. h. ungewollte Willenserklärungen gibt es nicht. Denn im Gesetze findet sich nichts, was für die Möglichkeit einer ungewollten Willenserklärung spräche, und die Haftung nach § 123 steht nur dann nicht im schroffsten Gegensatze zu den das Gesetz sonst beherrschenden Prinzipien, wenn man den Erklärenden hier dafür einstehen läßt, daß er bewußt eine Erklärung abgibt, die nach der Natur der menschlichen Ausdrucksmittel stets eine Gefahr des Mißverständnisses und der Interessengefährdung in sich trägt. — Die in den §§ 105 und 117 Abs. 1 als „nichtige Willenserklärungen" bezeichneten Tatbestände sind nicht nichtige Willenserklärungen wie die des § 118, sondern sie sind Nichtwillenserklärungen und unterfallen nicht dem Begriffe der Willenserklärung. b) Über Willenserklärungen siehe

Walsmann, Verzicht 149 ff. Über stillschweigende Willenserklärungen siehe ebenda 202 ff.

3. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, Hirths Ann. **12** 115. Die privatrechtlichen Vorschriften der §§ 116 ff. sind auf nichtamtliche publizistische Willenserklärungen nur mit Vorbehalt anzuwenden. Insbesondere gilt dies für die Anfechtung wegen Irrtums, während die Zulassung einer Anfechtung wegen Betrugs oder Zwanges unbedenklich erscheint.

4. *Hahn, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittserklärungen zu juristischen Personen. Die Vorschriften über Willensmängel finden uneingeschränkte Anwendung auch auf Gründungs- und Beitrittserklärungen zu juristischen Personen, insbesondere auch auf Aktienzeichnungserklärungen. Anderer Ansicht die herrsch. M. Vgl. auch unten zu § 189 HGB.

§ 116. 1. *Fraeb, R. **12** 415. Wenn der ausländische Käufer sich mit dem deutschen Verkäufer in einem Kaufvertrage geeinigt, aber bei Übertragung des Eigentums an den verkauften Gegenständen auf einen Eigentumsvorbehalt des Verkäufers, weil er nicht verstand, keine ausdrückliche Erklärung abgegeben hat, und wenn der Verkäufer wußte, daß Käufer nur sehr unvollkommen Deutsch versteht, und, obwohl er damit rechnete, der Käufer habe seine Vorbehaltserklärung nicht richtig aufgefaßt, gleichwohl eine Gegenerklärung des Käufers nicht herbeiführt, so ist der Verkäufer nicht so zu behandeln, als ob seine Erklärung zwar in Gegenwart des Käufers, aber nicht ihm gegenüber abgegeben sei. Die nicht zur Kenntnis des Käufers gelangte Eigentumsvorbehaltserklärung darf nicht etwa als eine Willenserklärung überhaupt nicht angesehen und einem geheimen Vorbehalte des § 116 BGB. gleichgeachtet werden. Dieser Paragraph setzt voraus, daß der Erklärende gerade wünscht, daß der andere Teil seinen geheimen Vorbehalt nicht kennen soll, und daß er infolgedessen etwas anderes erklärt, als er in der Tat will. Es liegt vielmehr der Fall des sog. „versteckten Dissenses" vor. Das Eigentum ist weder pure noch unter Vorbehalt auf den Käufer übergegangen, vielmehr ist das ganze Rechtsgeschäft der Einigung nichtig (vgl. auch Ziff. 3 zu § 455 BGB.).

2. **RG.** 21. 2. 12, 78 376. Ist die Willenserklärung des einen Teiles nichtig wegen eines insgeheim gemachten Vorbehalts, den der andere Teil kennt, so muß unter sinngemäßer Anwendung des § 116 auch eine Willenserklärung nichtig sein, die unter dem ausdrücklich kundgegebenen Vorbehalte, das Erklärte nicht zu wollen, erfolgt.

3. **RG.** 21. 11. 11, JW. **12** 132. Der § 116 läßt darüber keinen Zweifel, daß die Wirksamkeit einer Willenserklärung durch nicht in die Außenwelt getretene Ansichten und Absichten des Erklärenden, die sich mit der Kundgebung, wie sie vorliegt, in Widerspruch setzen, keine Einbuße erleidet. Als Inhalt der Erklärung kommt der wirklich in die Erscheinung getretene, nicht der innere Wille in Betracht.

§ 117. 1. *Aubele, BayNotZ. **12** 30 ff. In der Erteilung der Vollmacht zur Zertrümmerung eines Anwesens für Rechnung des Eigentümers unter Zusicherung einer prozentualen Provision aus dem Bruttoerlöse für den Güterzertrümmerer liegt an sich kein Scheingeschäft, falls die Einigung der Parteien über das Nichtwollen des Erklärten mangelt. Es liegt darin auch keine Umgehung des bayerischen Güterzertrümmerungsgesetzes. ➵ Vgl. hierzu Haberstumpf, BayNotZ. **12** 42 ff. und Gegenäußerung BayNotZ. **12** 293 ff. ⟵

2. *Bourier, DNotZ. **12** 649 ff. Das verdeckende Scheingeschäft kann den Zweck haben, durch Täuschung Dritter über den wahren Inhalt des Geschäfts die Anwendung einer anwendbaren Norm zu verhindern. Kein Scheingeschäft, sondern ein gültiges „Ersatzgeschäft" liegt vor, wenn statt eines unter eine bestimmte Norm fallenden Geschäfts ein anderes, den Zwecken der Beteiligten auch genügendes, der Norm nicht unterliegendes Geschäft zur Vermeidung der rechtlichen An-

wendbarkeit der Norm vorgenommen wird. Hier verdecken die Beteiligten ihren Willen nicht, sondern ändern ihn zur Normvermeidung („Gesetzesumgehung"). Die festgestellte Umgehungsabsicht beweist also nicht die Scheinnatur des erklärten Geschäfts.

3. **RG. 78** 120, JW. **12** 287. Die Ansicht, daß ein ernstlicher Grundstückskauf zu einem niedrigeren Preise durch einen gerichtlich oder notariell beurkundeten Scheinkauf zu einem höheren Preise wirksam gedeckt werden könne (vgl. Gareis-Oertmann [2] zu § 117 Anm. 4), ist unzutreffend. Die Formvorschrift des § 313 Satz 1, von deren Beobachtung die Gültigkeit des „verdeckten" Grundstückskaufs abhängt, ist in erster Linie zum Schutze des Veräußerers gegeben. Sie bezieht sich nicht lediglich auf die Verpflichtung zur Übertragung des Grundstückseigentums, sondern unzweideutig auf den ganzen die Verpflichtung begründenden Vertrag. Dem Zwecke des Gesetzes würde es zuwiderlaufen, wenn man den Veräußerer für verpflichtet erachten wollte, entsprechend einer mündlichen Vereinbarung das Eigentum an dem Grundstücke zu einem niedrigeren als dem in der Urkunde zum Schein angegebenen Preise zu übertragen.

4. Über die Frage, ob Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, sog. 1500 M.-Verträge, wegen Simulation nichtig sind, vgl. u. zu § 138 Ziff. II 8.

§ 119. I. 1. Schefold, Zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften der Sache, AcivPr. **109** 256 ff. Der § 119 Abs. 1 erklärt jeden in der Willenserklärung enthaltenen Irrtum (Geschäftsirrtum) als an sich beachtlich, unter diesen fällt auch der Irrtum über Eigenschaften, der Abs. 2 enthält nur eine Erläuterung. — Der § 119 ist auch beim Irrtum über Eigenschaften von anderen Gegenständen als (körperlichen) Sachen anwendbar. Als Eigenschaften kommen bei Sachen und anderen Gegenständen gleichmäßig auch die juristischen Eigenschaften in Betracht. Verkehrswesentliche Eigenschaften sind nicht nur die das Wesen der Sache bestimmenden, sondern alle erheblichen Eigenschaften. Der § 119 ergreift die wesentlichen, gleich das Wesen bestimmenden und die nur erheblichen, der § 459 nur die erheblichen (gebrauchserheblichen) Eigenschaften; bei den letzteren und nur bei ihnen ist die Anwendung des § 119 dann ausgeschlossen, wenn der § 459 zutrifft, sei es wörtlich, sei es in analoger Weise. Der § 119 Abs. 1 ist auch bei Anwendung des § 119 Abs. 2 in Betracht zu ziehen; Abs. 1 und 2 bedeuten im Zusammenhange nichts anderes, als daß jeglicher Geschäftsirrtum beachtlich ist, wenn die Beachtung vom arbitrium boni viri gebilligt wird.

2. *Lent, Gesetzeskonkurrenz 345 ff. Die Tatbestände der Anfechtung und Gewährleistung stehen zueinander weder im Verhältnisse der Spezialität noch der Konsumtion, weil niemals das eine das andere voll umfaßt. — Auch die Idealkonkurrenz ist ausgeschlossen; denn Mangel und Irrtum sind nicht identische Tatsachen, zumal Irrtum nicht gleich Unkenntnis ist. Nur zwischen § 119 Abs. 2 und § 463 Abs. 1 besteht Idealkonkurrenz. — Die Zulassung der Anfechtung neben der Gewährleistung ist nicht unangemessen, auch wenn die letztere ausgeschlossen ist durch Ablauf der Verjährungsfrist oder fahrlässige Unkenntnis des Käufers. Denn im ersten Falle bietet die Anfechtung ein Mittel, wenn der Mangel sich überhaupt erst nach Ablauf der Frist zeigt, dem Käufer zu helfen. Im zweiten Falle verdient der Verkäufer keine Unterstützung, wenn er die Sache in Kenntnis der Mängel verkauft hat.

3. *Herb. Meyer, Rechtsschein d. Todes 7 ff., 59. Anfechtung ist Geltendmachung des materiellen Rechtes gegenüber dem Rechtsscheine. Der Rechtsschein ist nicht auf die Fälle des Rechtsbesitzes zu beschränken. Die Anfechtungsbefugnis ist vererblich. Eine Anfechtung oder Bestätigung durch den Erben des für tot erklärten Anfechtungsberechtigten bleibt auch nach Widerlegung der Todesvermutung wirksam (s. oben zu § 18).

4. Anfechtung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (JDR. **10** Ziff. II 1). a) Fuchs, R. **12** 110 ff. vertritt den Standpunkt, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach den Grundsätzen des BGB. über die Anfechtung von Willenserklärungen angefochten werden könne, wenn der Vormundschaftsrichter bei ihrer Erteilung in einem wesentlichen Irrtume war oder unter dem Einfluß eines Betrugs oder einer Drohung handelte. Da die Erklärung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch den Vormund an den Vertragsgegner erfolgt, so muß die Anfechtung auch durch den Vormund erfolgen. AM. Kipp, R. **12** 5 ff. b) Auch Josef, SeuffBl. **12** 315 ist für die Zulässigkeit der Anfechtung, denn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dient zur Ergänzung der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Vormundes und bildet hiernach einen Bestandteil dieser, ganz wie die Genehmigung des Gegenvormundes. Das Rechtsgeschäft setzt sich zusammen aus der Erklärung des Vormundes einerseits, und aus der des Gegenvormundes oder des Richters andererseits, so daß der Anfechtungsgrund des Irrtums in dem Rechtsgeschäfte selbst und nicht außerhalb desselben liegt.

5. *Wimpfheimer, JW. **12** 228. Nicht nur der Irrtum über die Person des Vertragsgegners, wie allgemein angenommen wird, sondern auch der über die eigene Person berechtigt zur Anfechtung. Das ergeben der Wortlaut des Gesetzes, ein Vergleich mit § 1333 BGB. und die Forderungen des praktischen Lebens. Beispiele: Zu scheiden von Irrtum über Eigenschaften der eigenen Person ist der Irrtum im Beweggrunde. Sie verhalten sich zueinander wie Beweggrund und Voraussetzung.

6. Heger erörtert aaO. 27 ff., in welcher Weise der § 119 auf die Versäumung der Ausschlagungsfrist anzuwenden ist.

7. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung s. unten vor § 241.

II. Aus der Praxis. 1. SeuffA. **68** 1 (Dresden). Die Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums des Käufers setzt dessen Überzeugung von der Richtigkeit seiner falschen Vorstellung voraus. Ein Irrtum liegt nur dann vor, wenn die falsche Vorstellung, die den Handelnden beherrscht, diesen in einer Weise gefangen hält, daß er an die Richtigkeit unbedingt glaubt.

2. Irrtum des Bieters im Zwangsversteigerungsverfahren (JDR. **6** Ziff. X A 6, **7** Ziff. II A 3). SeuffBl. **12** 175 (Dresden). Irrtum über Einrechnung der zu übernehmenden Hypotheken in das Meistgebot berechtigt den Ansteigerer zur Zuschlagsanfechtung.

3. Irrtum im Beweggrunde (vgl. JDR. **9** Ziff. II A 3, **10** Ziff. II 3). a) HansGZ. **12** Hptbl. 257 ff. (Hamburg). Der Irrtum des Bürgen über das Bestehen eines Pfandrechts für die zu verbürgende Schuld ist kein zur Anfechtung der Bürgschaftserklärung berechtigender Irrtum über deren Inhalt im Sinne des § 119 Abs. 1. Der Bürge verspricht, dem Gläubiger dafür einzustehen, daß der Schuldner seine, d. i. seine persönliche Verbindlichkeit erfülle. Nun gehört gewiß die verbürgte Schuld mit zu den Bestandteilen der Bürgschaftserklärung und ein Irrtum, z. B. über ihren Umfang, ist ein Irrtum über den Gegenstand der Willenserklärung des Bürgen. Aber die persönliche Schuld des Schuldners bleibt dieselbe, ob sie nun durch Pfand gesichert ist oder nicht. Es ließe sich eher sagen, daß sie durch eine Sicherung eine gewisse Beschaffenheit oder Eigenschaft erhalte und es könnte deshalb für eine Anfechtung wegen Irrtums eher der Abs. 2 des § 119 in Betracht kommen. Aber dieser berücksichtigt nur den Irrtum über Eigenschaften einer Person oder Sache. AM. **RG.** JDR. **10** Ziff. II 3 a. b) WürttRpflZ. **12** 133 (Stuttgart) erklärt die Anfechtung eines elektrischen Stromlieferungsvertrags für begründet, weil die mit dem probeweisen Anschlusse bezweckte Kalkulation zum Gegenstande der für den Vertragsschluß entscheidenden Verhandlung gemacht worden war. c) *Eckstein,

Veranschlagungsirrtum und Irrtumsanfechtung, RuW. **12** 250. Der Veranschlagungsirrtum berechtigt zur Anfechtung (anders herrschende Rechtsprechung).

4. Unterschreiben einer nicht durchgelesenen Urkunde (IDR. **9**). a) **RG.** IDR. **10** Ziff. II A 4, jetzt **RG.** **77** 309 ff., IW. **12** 68. b) LeipzZ. **12** 958 (LG. Leipzig). Liest ein Kunde die ihm von dem Reisenden einer Firma übergebene Bestellkarte und unterschreibt sie ohne Einschränkung, so muß er den Vermerk „mündliche Abreden sind ungültig" gegen sich gelten lassen. Denn hierdurch hatte die Firma zu erkennen gegeben, daß sie sich auf mündliche Abreden mit dem Reisenden, die sich ihrer unmittelbaren Kenntnisnahme entziehen, nicht einlassen werde. Sie hatte also ein Recht darauf zu vertrauen, daß die Bestellkarte die Vereinbarung vollständig und richtig wiedergebe.

5. Zum Inhalte der Willenserklärung gehörende Eigenschaft. **RG.** 5. 12. 11, HessRspr. **12** 19, BayRpflZ. **12** 95, GruchotsBeitr. **56** 582. Die bei einer Versteigerung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften vorliegende und verlesene Schätzung des Ortsgerichts hat nach Bezeichnung und Zweck eben nur die Bedeutung einer Schätzung, also einer sich als fehlbar kundgebenden Wertbemessung. Wer auf eine vorliegende Schätzung hin abschließt, handelt auf seine Gefahr, er mißt die Möglichkeiten ihrer Richtigkeit oder Unrichtigkeit gegeneinander ab, seine Willenserklärung ist das Resultat dieser inneren spekulierenden Abwägung, fußt also gerade darauf, daß die Schätzung auch unrichtig sein könnte, und löst sich von dieser den Willensentschluß motivierenden Beurteilung nach außen hin ab. Nur dann, wenn die Willenserklärung dem Gegner gegenüber von der Ordnungsmäßigkeit und Richtigkeit der Schätzung abhängig gemacht wird, gehören diese Eigenschaften zum Inhalte der Willenserklärung, und zwar werden sie dann zum Inhalte der beiderseitigen Abrede.

6. Eigenschaften einer Person (IDR. **10** Ziff. 7). a) **RG.** 20. 10. 11, IW. **12** 26, GruchotsBeitr. **56** 575, SächsRpflA. **12** 16, LeipzZ. **12** 159, HoldheimsMSchr. **12** 72. Im Handelsverkehre, speziell bei dem Kreditkaufe kann auch die Kreditwürdigkeit des Käufers eine Eigenschaft des Käufers im Sinne von § 119 sein. Die Kreditgewährung beruht im Handelsverkehr und insbesondere auch bei dem Kreditkaufe regelmäßig auf der gesamten Geschäftslage, den gesamten Vermögensverhältnissen des Kreditempfängers. Diese gesamten Verhältnisse, die etwas Dauerndes darstellen und bei denen außer dem eigenen Vermögen auch der Kredit in Betracht kommen kann, der dem Käufer von Dritten zur Verfügung gestellt ist, bilden im kaufmännischen Verkehr ein wesentliches Moment in der Schätzung der Person des Käufers. Es ist bei Kreditkäufen regelmäßig Geschäftsinhalt, daß der Käufer, dem kreditiert wird, bei Vertragsabschluß sich in einer Lage befindet, daß er überhaupt als befähigt zu erachten ist, den Kaufpreis zu bezahlen. Es handelt sich wie bei der Frage nach der Zahlungsfähigkeit so bei der Frage nach der Kreditwürdigkeit eines Käufers nicht nur um eine Auffassung, die bei verschiedenen Personen verschieden sein kann, sondern vornehmlich auch um reale, objektiv feststellbare Tatsachen und Verhältnisse. — In Fällen, in denen das Kausal- und das (dingliche) Erfüllungsgeschäft zeitlich auseinanderfallen, kommt stets in Betracht, ob auch das Übereignungsgeschäft auf dem Irrtum über die Zahlungsfähigkeit oder die Kreditwürdigkeit beruht, nicht nur in dem Sinne, daß zu der Zeit, als das Übereignungsgeschäft vorgenommen wurde, der Irrtum noch vorhanden gewesen sein muß, sondern auch in dem ferneren Sinne, daß es nicht vorgenommen wäre, wenn der Irrtum nicht auch zu dieser Zeit noch bestanden hätte; ist anzunehmen, daß jemand auch bei Kenntniserlangung von seinem Irrtum aus irgendwelchen Gründen (z. B. weil er doch Schadensersatz aus § 122 zu leisten hätte) das Übereignungsgeschäft dennoch vorgenommen haben würde, so kann nicht mehr gesagt werden, daß das Übereignungsgeschäft auf dem Irrtume beruht. Vgl. auch SeuffA. **67** 433 (Dresden).

b) RG. 17. 10. 11, JW. 12 25. Bescholtenheit oder Unbescholtenheit des Gegenkontrahenten haben als Eigenschaft der Person für die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums keine absolute, überall gleichwirkende Bedeutung. Ihre Bedeutung ist eine relative, sie ist abhängig von der Entscheidung darüber, inwieweit Unbescholtenheit und die bei einer solchen zu vermutende Vertrauenswürdigkeit des Kontrahenten bei dem konkreten Rechtsgeschäft als wesentlich vorausgesetzt werden durfte. Bei Rechtsgeschäften, welche eine bloße Sachleistung zum Gegenstande haben, wird in der Regel der Irrtum über sittliche Eigenschaften des Verpflichteten von keinem erheblichen Einflusse sein, es sei denn, daß durch dessen Bescholtenheit die Sicherheit der Erfüllung in Frage gezogen wird. Bei rechtsgeschäftlicher Übertragung von Vertrauensstellungen dagegen wird die Annahme naheliegend sein, daß bei Kenntnis von der Bescholtenheit des anderen Teiles das Rechtsgeschäft bei verständiger Würdigung des Falles nicht eingegangen wäre.

7. Eigenschaften einer Sache (JDR. **10** Ziff. II 8). **a)** **RG.** 9. 3. 12, DJZ. **12** 753. Die dauernde und vollkommen rechtmäßige Benutzbarkeit der Wasserkraft einer Mühle ist eine Eigenschaft der Mühle, die im Falle eines Irrtums zur Anfechtung aus § 119 berechtigen kann. **b)** **RG.** 28. 6. 12, JW. **12** 850 ff., SeuffA. **68** 2. Ein Kaufvertrag über ein Grundstück kann wegen irriger Annahme des Nichtbestehens einer Verpflichtung zur Zahlung von Straßenbaukosten auf Grund des § 119 angefochten werden (vgl. schon **RG.** 2. 5. 06, JDR. **5** II B a). **c)** BadRpr. **12** 241 ff. (Karlsruhe). Mag man auch als Sacheigenschaften nicht nur die natürlichen Eigenschaften der Sache, sondern auch solche tatsächliche und rechtliche Verhältnisse verstehen, die nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung auszuüben pflegen, so ist doch der Wert einer Sache an sich, im Gegensatze zu den sog. „wertbildenden Faktoren" keine Sacheigenschaft, und insbesondere kann auf die Angabe eines unrichtigen letzten Verkaufspreises weder die Irrtumsanfechtung noch die Wandelung gestützt werden.

§ 120. 1. BadRpr. **12** 25 (Karlsruhe). Wenn der Bote absichtlich die zu übermittelnde Willenserklärung verfälscht, sonach eigenmächtig eine andere Willenserklärung abgibt, so ist das Geschäft nichtig und nicht bloß auf Grund des § 120 anfechtbar.

2. Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung s. unten vor § 241.

§ 121. WürttRpflZ. **12** 133, R. **12** Nr. 6 (Stuttgart). Schuldhaft ist das Zögern mit der Anfechtungserklärung, wenn es absichtlich erfolgt oder wenn den Zögernden der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft. Bei der Beurteilung dieser Frage ist von Bedeutung, ob der andere Teil ein ersichtliches Interesse daran hat, die Anfechtung einige Tage früher oder später zu erfahren; auch muß in zweifelhaften Fällen dem Anfechtungsberechtigten das Recht zugestanden werden, daß er, bevor er den folgenschweren Schritt der Anfechtung unternimmt, sich Gewißheit darüber verschafft, ob der Grund der Anfechtung tatsächlich auch gerechtfertigt ist.

§ 123. I. 1. Meisner, JW. **12** 897 ff. Durch **RG.** **70** 423 ff. (vgl. auch OLG. Hamburg, JDR. **9** Ziff. II 5) ist nicht ausgesprochen, daß die Rechtsbehelfe des Käufers bei arglistigem Verschweigen von Mängeln ausschließlich den Bestimmungen des BGB. über die Gewährleistungspflicht zu entnehmen seien, ein besonderes Anfechtungsrecht wegen arglistigen Verschweigens von Sachmängeln, also überhaupt in keinem Falle gegeben sei. Nur wenn sachliche Mängel, welche der Verkäufer nach Kaufrecht zu vertreten hat, arglistig verschwiegen sind, soll der Käufer auf die ihm alsdann zustehenden Gewährleistungsansprüche beschränkt sein; er soll nicht unabhängig davon oder daneben („neben der Wandelungsklage auch noch") die Anfechtung nach § 123 geltend machen können. Wenn aber ein sachlicher Mangel — wie beim Viehkaufe Mängel, die nicht zu den Hauptmängeln gehören und deren Abwesenheit

auch nicht zugesichert ist — nach Kaufrecht nicht zu vertreten ist, dann stehen die von **RG. 70** 419 ausgesprochenen Grundsätze einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung keineswegs entgegen (vgl. Kommentar von RGRäten Anm. 1 zu § 123).

2. *Herrmann, Die Rechte des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft, die ihm eigene Aktien betrügerisch verkauft hat, HoldheimsMSchr. **12** 208. Der § 123 Abs. 2 Satz 2 behandelt einen Unterfall des Abs. 2 Satz 1. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß ein Dritter täuscht, der mit dem Erklärungsempfänger nicht identisch ist. Im Abs. 2 Satz 2 tritt eine vierte Person hinzu, die aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat.

3. BayRpflZ. **12** 143 (Nürnberg). Ist eine Wechselunterschrift durch arglistige Täuschung erschlichen und von dem Unterzeichnenden rechtzeitig angefochten worden, so ist die Wechselerklärung als von Anfang an nichtig anzusehen. — Da infolge des Willensfehlers ein Wechselvertrag überhaupt nicht besteht, wirkt die Anfechtung auch gegen den Erwerber des Wechsels, gleichviel ob er den Mangel kannte oder nicht (vgl. Staub-Stranz, WO. Anm. 9 zu Art. 82).

4. *Lent, Gesetzeskonkurrenz 364. Täuschung und unerlaubte Handlung bilden zwei Tatbestände, weil die Schadenszufügung für die Anfechtung unerheblich ist und sind daher nebeneinander zulässig. — Den Schadensersatz an die Frist von § 124 zu binden, geht nicht an, weil § 852 Abs. 2 die Rückerstattung der Bereicherung möglichst lange gewähren will.

5. DJZ. **12** 696 (Stuttgart) läßt die Anfechtung einer dem § 1718 BGB. entsprechenden Anerkennung der Vaterschaft unter der Begründung der arglistigen Täuschung auch dahin zu, die Kindesmutter habe unwahrerweise das Fehlen weiterer Konkumbenten versichert (vgl. jedoch **RG. 58** 353, JDR. **3** Ziff. I e).

II. Aus der Praxis. 1. a) **RG.** 10. 11. 11, JW. **12** 69, BankA. **11** 120, HoldheimsMSchr. **12** 52. Die Anfechtung arglistiger Täuschung im Sinne des § 123 erfordert keineswegs die Absicht zu schädigen von seiten des Täuschenden. Der durch die Täuschung verursachte Irrtum muß auch nicht den Inhalt des angefochtenen Rechtsgeschäfts betreffen. Vielmehr ist weiter nichts erforderlich, als daß der durch die Täuschung verursachte Irrtum des Anfechtenden für den Abschluß des Rechtsgeschäfts kausal war, gleichviel ob der Umstand, auf den der Irrtum sich bezog, im Sinne des gewöhnlichen Irrtums gemäß § 119 erheblich ist oder nicht. b) **RG.** 26. 1. 12, R. **12** 848. Getäuscht wird nur, wer der unwahren Versicherung Glauben schenkt. Die Täuschung ist ausgeschlossen nicht bloß dann, wenn man die positive oder „begründete" Überzeugung von der Unwahrheit der Zusicherung gewinnt, sondern auch dann, wenn man an ihrer Richtigkeit zweifelt, wenn man der Versicherung nicht glaubt.

2. a) **RG.** 24. 1. 12, DJZ. **12** 515. Durch Abschluß des Mäklervertrags wird der Mäkler verpflichtet, dem Auftraggeber alle für ihn wichtigen, auf das abzuschließende Geschäft bezüglichen Tatsachen mitzuteilen, insbesondere ihn von dem Abschluß eines für ihn getätigten Vertrags zu unterrichten. Diese Pflicht verletzt er, wenn er unter Verschweigung eines bereits für den Auftraggeber abgeschlossenen Kaufvertrags sich einen neuen Mäklerauftrag und ein Provisionsversprechen erteilen läßt. b) OLG. **24** 257 (Stettin). Die geheime Zusicherung einer Provision an den Angestellten des anderen Vertragsteils berechtigt den letzteren zur Anfechtung des Vertrags wegen Arglist (es handelte sich um Gewährung von Schmiergeldern durch einen bauleitenden Architekten). c) **RG.** 18. 12. 11, JW. **12** 284. Derjenige, für den keine Rechtspflicht zur Offenbarung einer Tatsache besteht, begeht durch ihr bloßes Verschweigen in der Regel keine Rechtswidrigkeit, insbesondere keine arglistige Täuschung; in einem passiven Verhalten, das auf Kollusion beruht, kann jedoch eine arglistige Täuschung gefunden werden.

§ 125. 1. *Fraeb, ZBlFG. **13** 321. Formvorschriften gegenüber versagt die Berufung auf Treu und Glauben. Dies gilt vornehmlich hinsichtlich solcher Formvorschriften, welche den Schutz gegen Ausbeutung bezwecken, wie z. B. die vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Erbschaftsveräußerungsvertrags und des obligatorischen Verpflichtungsvertrags nach § 2385 (vgl. §§ 133, 139, 178, 1919, 1960 Abs. 2, 2018, 2027, 2033, 2042, 2048, 2065 Abs. 2, 2084, 2085, 2202—2205, 2224, 2241, 2360, 2385 BGB., Art. 11 EGBGB., §§ 253, 254, 256, 322 ZPO., § 161 HGB., §§ 86 ff., 171 FGG.).

2. Vereinbarung, daß nur schriftliche Abänderungen eines Vertrags gültig sein sollen (JDR. **9** Ziff. 1). **RG.** R. **12** Nr. 2916. Die Vereinbarung der schriftlichen Form, die nach dem unzweideutigen Wortlaute des Vertrags die Nichtigkeit des mündlich Vereinbarten zur Folge hätte, kann von den Vertragsteilen, auf deren Willkür sie beruht, auch wieder außer Kraft gesetzt werden, sei es allgemein oder für den einzelnen Fall, und zwar auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen, die erkennen lassen, daß das ohne Einhaltung der Form Besprochene nicht eine Vorverhandlung, sondern schon eine bindende Vereinbarung sein soll.

3. Mündliche Vereinbarungen neben einem schriftlichen Vertrage (JDR. **10** Ziff. 3). a) **RG.** 3. 11. 11, R. **12** Nr. 11. Auch mündliche Vereinbarungen, die mit dem Wortlaute des schriftlichen Vertrags in Widerspruch stehen, sind, sofern nicht die Schriftform ein gesetzliches Erfordernis der Gültigkeit des Vertrags bildet, als rechtswirksam anzusehen, wenn feststeht, daß sie trotzdem gerade anstatt des im schriftlichen Vertrage Niedergelegten gelten sollten. In der Regel ist hierzu allerdings erforderlich, daß besondere Umstände oder Gründe nachgewiesen werden, weshalb die mündliche Abrede nicht in die Urkunde aufgenommen worden ist. Diese Regel läßt aber Ausnahmen zu. (Vgl. auch **RG.**, SeuffA. **68** 89.) **b) RG.** 16. 11. 11, R. **12** Nr. 21. Wer sich auf eine mündliche Nebenabrede bei einem schriftlichen Vertrage beruft, braucht nur zu beweisen, daß neben dem schriftlich niedergelegten Vertragsinhalt auch die mündliche Abrede gelten soll, nicht auch noch, aus welchen Gründen die mündliche Abrede nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen worden sei.

§ 126. 1. **RG.** 2. 12. 11, **78** 29, JW. **12** 233. Die Unterschrift darf der Niederschrift des Rechtsgeschäfts vorausgehen; ebenso darf eine unwirksam gewordene Urkunde zu einem neuen Vertragsabschlusse benutzt werden (vgl. **RG. 57** 66, **70** 411).

2. **RG.** 23. 9. 12, JW. **12** 1101, DJZ. **12** 1530. Die Schriftform erfordert bei Unterzeichnung der Urkunde durch einen Vertreter den Ausdruck des Vertretungsverhältnisses in der Urkunde. Steht nur § 126 und nicht eine besondere, den Inhalt der Schriftform näher vorschreibende Gesetzesbestimmung in Frage, so reicht es aus, wenn die Parteien das Vertreterverhältnis kannten, es nach ihrem beiderseitigen Willen in der Urkunde ausgedrückt werden sollte und nach ihrer Meinung auch genügend ausgedrückt worden ist.

§ 128. **RG.** 24. 11. 11, JW. **12** 133. Ist ein notariell beurkundetes Vertragsangebot abgegeben und eine Annahmefrist bestimmt, so ist die Frage, ob innerhalb der Frist die Annahmeerklärung nur beurkundet oder auch dem Antragenden zugegangen sein müsse, nicht abstrakt, sondern unter Würdigung der konkreten Umstände zu beantworten.

§ 130. 1. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, Hirth's Ann. **12** 45. § 130 gilt auch für publizistische Willenserklärungen.

2. Titze, Lehre vom Mißverständnisse, RheinZ. **5** 174 ff., macht mit dem hauptsächlichsten Inhalte seines 1910 erschienenen Buches über dasselbe Thema bekannt. Vgl. den Selbstbericht JDR. **9** Ziff. 3.

3. Kleinrath, JW. 12 261. Ebenso wie eine Partei in einem Vertrage die Vereinbarung treffen kann, es solle eine Erklärung als ihr zugegangen gelten, wenn ein diese Erklärung enthaltender Brief irgendeiner Person übergeben werde, ist die vertragliche Abmachung zulässig, daß Absendung im eingeschriebenen Briefe als Zugang der Erklärung gelten solle. AM. Reichel, DJZ. 11 1534. Auch Wedemeyer, DJZ. 12 252 hält im Gegensatze zu Reichel eine solche Vertragsklausel grundsätzlich für vollwirksam.

4. Über Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung s. unten vor § 241.

5. R. 12 Nr. 3168 (Stuttgart). Eine in das Geschäftslokal eines Kaufmanns in dessen Abwesenheit gerichtete telephonische Erklärung ist dem Kaufmann in dem Zeitpunkte zugegangen, in dem sie von einem dazu Befugten entgegengenommen wird. Als zur Entgegennahme befugt ist in der Regel jeder kaufmännische Angestellte anzusehen.

§ 133. 1. *Bourier, DNotZ. 12 649 ff. Eine Willensauslegung, die von der Absicht geleitet ist, eine bestimmte, nach dem Wortlaute der Erklärung nicht anwendbare Norm auf das Geschäft anzuwenden, verfehlt das Ziel, nur den wahren Willen unbefangen zu ermitteln. Willensauslegung darf nie versagende Gesetzesauslegung ersetzen sollen: sie ist daher kein statthaftes Mittel, sog. Gesetzesumgehungen zu verhindern. — Einen „abgeschlossenen Vertrag" rechtsverbindlich vollziehen, protokollieren lassen ist eine Laienbezeichnung für den Abschluß des Vertrags nach Maßgabe der schon getroffenen Verabredungen.

2. Ergänzende Vorschriften. *Jacobsohn, Unterlassungsklage 28 ff. Die ergänzenden Vorschriften sind zu den „nachgiebigen" Rechtssätzen gehörige Auslegungsregeln von Gedanken, die die Parteien nicht ausgesprochen haben, die aber als folgerichtige Begleiterscheinung des Hauptinhalts des Rechtsgeschäfts erscheinen; die ergänzenden gesetzlichen Vorschriften sind schon dann ausgeschlossen, wenn die Haupterklärung eine andere als gesetzliche Ergänzung fordert. Allgemeines über die Unterlassungsklage vgl. unten Ziff. 2 zu § 241.

3. a) **RG.** 13. 11. 11, R. 12 Nr. 550. Eine zwischen dem Hypothekenschuldner und einer Hypothekenbank als Gläubigerin getroffene Vereinbarung, wonach die Gläubigerin berechtigt ist, das im allgemeinen frühestens zu einem bestimmten Tage kündbare Kapital in besonderen Fällen, namentlich wenn der Schuldner in Konkurs gerät, fristlos vorzeitig zu kündigen, und der Schuldner nach eingetretener fristloser Kündigung verpflichtet ist, der Gläubigerin eine prozentual bemessene Entschädigung zu zahlen, ist dahin auszulegen, daß die Gläubigerin die Entschädigung auch dann verlangen kann, wenn das Kapital nach Eintritt der Fälligkeit nicht zur Rückzahlung gelangt, sondern dem Ersteher im Zwangsversteigerungsverfahren zu den bisherigen Bedingungen belassen wird. b) **RG.** 5. 2. 12, JW. 12 455. Ein Vertrag, in welchem der eine Vertragsteil persönliche Garantie für Sicherheit und Güte einer abgetretenen Grundschuld von 14 000 M. bis zu 9000 M. übernimmt, ist dahin auszulegen, daß der Abtretende nun dafür einstehen will, daß die Grundschuld bis zu 9000 M. aus dem Grundstücke Befriedigung findet.

4. **RG.** 21. 6. 11, LeipzZ. 12 79, legt die von zwei Gesellschaftern einer oH. getroffene Vertragsbestimmung „beide Kontrahenten verpflichten sich ausdrücklich, niemals nach erfolgter Trennung Angestellte des anderen zu engagieren" dahin aus, daß damit nicht Personen gemeint seien, die überhaupt einmal Angestellte des anderen Teils gewesen seien, sondern nur solche, die sich zur Zeit des Engagements im Dienste der anderen Vertragspartei befinden.

5. **RG.** 2. 1. 12, JW. 12 343, BayRpflZ. 12 158. Die Frage, inwieweit sich die Haftung des Bürgen auf die Nebenansprüche des Gläubigers erstreckt, ist im Wege der Auslegung nach den konkreten Umständen des Falles zu beantworten. Hat

der Bürge nach der Bürgschaftsurkunde die Haftung für Zinsen, Spesen und Kosten übernommen, so haftet er auch für die Bankprovision, wenn ihm bekannt ist, daß eine Bank für Gewährung von Darlehen eine solche verlangt.

6. **RG.** 17. 9. 12, R. **12** 3169. Darin, daß ein Bankkunde ein die Geschäftsbedingungen der Bank enthaltendes Formular annimmt und billigt, ist für gewöhnlich nicht der Abschluß eines selbständigen Vertrags zu erblicken. Die Geschäftsbedingungen sind vielmehr in der Regel lediglich bestimmt und geeignet, Bestandteile der demnächst abzuschließenden Verträge zu werden.

7. KGJ. **42** 89 (KG.). Reicht der Vater oder Vormund die von ihm namens seines minderjährigen Kindes oder Mündels in öffentlich beglaubigter Form erklärte Ausschlagung einer Erbschaft mit der Bitte um vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei dem Amtsgericht ein, das als Vormundschaftsgericht und als Nachlaßgericht örtlich zuständig ist, so entscheidet nicht die äußere Fassung der Erklärung und des etwaigen Übersendungsschreibens oder die äußere geschäftliche Behandlung des Einganges bei dem Gerichte, sondern der erkennbare Wille des Absenders darüber, ob die Erklärung als zuerst bei dem Vormundschaftsgericht oder dem Nachlaßgericht eingegangen anzusehen ist. Im Zweifel ist das Vormundschaftsgericht als zuerst angegangen anzusehen.

§ 134. 1. **RG.** 19. 2. 12, **78** 347 ff., JW. **12** 525. Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wirkt an sich schlechthin und kann von jedem Beteiligten gegen jeden geltend gemacht werden. Ob und inwieweit den Teilnehmern an einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Handlung gegen einander ein Recht auf Rückforderung gemachter Leistungen zusteht, ist eine andere Frage (§§ 817 BGB.). Einem Teilnehmer, dem eine an ihn geleistete nichtige Zahlung zugute kommt, weil der Geschädigte sie sich gefallen ließ, steht aber die Einrede der Arglist entgegen, wenn er von dem Bürgen nochmalige Zahlung verlangt. Dagegen handelt er nicht arglistig, wenn er von dem Bürgen Zahlung verlangt, nachdem er der ihm geleisteten — nichtigen — Zahlung wieder verlustig gegangen ist. — Hat der Vertreter einer Aktiengesellschaft bei Verfügung über einen Vermögenswert der Aktiengesellschaft zu deren Schaden gegen ein Strafgesetz verstoßen, so hat er sich dadurch nur seiner Machtgeberin gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht. Dem Dritten gegenüber, der durch die Verfügung Rechte erwarb, ohne an der strafbaren Handlung beteiligt zu sein, bleibt das Rechtsgeschäft gültig. Ein an sich nicht unerlaubtes Rechtsgeschäft, das nicht eine rein einseitige Verfügung darstellt, sondern bei welchem der Aufgabe eines Rechtes auf der einen Seite, ein Rechtserwerb auf der anderen Seite gegenübersteht, ist im Sinne der §§ 134, 138 nur dann nichtig, wenn von beiden Beteiligten gegen Gesetz oder Sitte verstoßen wurde. (**RG.** **48** 293, **63** 346).

2. **RG.** 30. 1. 12, JW. **12** 456. Ist neben einem unter Umgehung der §§ 33 Abs. 1, 147 GewO. abgeschlossenen Pachtvertrag über eine Gastwirtschaft ein Kaufvertrag über die für den Wirtschaftsbetrieb nötigen Getränke vereinbart und für diese ein Kaufpreis verabredet, in dem zugleich das Entgelt für die Überlassung des Wirtschaftsbetriebs steckt, so ist der Kaufvertrag nichtig.

3. **a)** **RG.** 16. 4. 12, SächsRpflA. **12** 297. Auf ausländische Verbotsgesetze findet § 134 nicht unbedingt Anwendung; vielmehr ist, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die dem inländischen Rechte unterstehen, in jedem einzelnen Falle zu prüfen, welche Bedeutung das inländische Recht dem ausländischen Verbote nach dessen Zweck und Inhalt beilegt und ob daraus ein Grund für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu entnehmen ist. **b)** **RG.** 20. 6. 11, GruchotsBeitr. **56** 121, läßt dahingestellt, ob ein Versicherungsvertrag, den eine nicht zum Geschäftsbetriebe zugelassene ausländische Versicherungsgesellschaft im Inlande durch Vertreter oder Vermittler schließt, nichtig ist. Dafür K ö n i g e , PrivVUntG. (2) §§ 5 Anm. 6, 67 Anm. 4, 85 Anm. 4; dagegen M a n e s - H a g e n , PrivVUntG. (2) 58 f.

4. Baupolizeiverordnungen (JDR. 7 und 8 Ziff. II 1). OLG. 24 277 (Braunschweig). Der Ansicht des OLG. Königsberg, SeuffA. **61** 148, JDR. **5** Ziff. II 6, daß Baupolizeiverordnungen nicht zu den im § 134 gedachten Verbotsgesetzen zu rechnen seien, ist in dieser Allgemeinheit nicht beizutreten. Allerdings fallen nicht alle Verbote der Baupolizei unter § 134, z. B. nicht solche, die lediglich bezwecken, die Interessen des Nachbargrundstücks zu wahren. Ob sich aus einem gesetzlichen Verbot ein anderer Zweck ergibt, als der Rechtsgeschäfte entsprechenden Inhalts unmöglich zu machen, ist durch Auslegung und unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Grundes zu ermitteln.

5. Apothekenbetrieb (JDR. 8 Ziff. II 3, **9** Ziff. 4, **10** Ziff. 2). **RG.** 19. 5. 11, MedA. **2** 532. Ein Vertrag, durch welchen ein Apotheker an einen anderen Apotheker seine veräußerliche und vererbliche Berechtigung zum Betriebe des Apothekergewerbes verkauft und sich verpflichtet, auf die Apothekerkonzession zu verzichten, und durch den der Ankäufer sich verpflichtet, die Apotheke schon vor der Übergabe und bis zu dieser zu verwalten, verstößt nicht gegen das Gesetz und ist daher nicht nichtig.

§§ 135, 136. *Fraeb, ZBlFG. **12** 619 ff. Unbestritten übt das nichtige Geschäft Wirkung gegen niemand, deshalb kann sich jeder auf die Nichtigkeit berufen und sie ist daher auch ex officio zu berücksichtigen. Bei der Aufstellung des Begriffs der relativen Unwirksamkeit wird je nachdem eines dieser Erfordernisse des Nichtigkeitsbegriffs in sein Gegenteil verwandelt oder abgeschwächt. Man kann, sofern nur wenigstens ein Charakteristikum des Nichtigkeitsbegriffs unverändert bestehen bleibt, von einer großen Anzahl denkbarer Möglichkeiten relativer Nichtigkeit sprechen. Dieses Konstruktionsverfahren führt aber offensichtlich zur Aufstellung einer Reihe für das praktische Leben unbrauchbarer und wesenloser Begriffe. Gegenüber der herrschenden Meinung ist daran festzuhalten, daß ein Geschäft entweder nur allen gegenüber nichtig oder aber allen gegenüber gültig sein kann. Eine Abweichung von dieser logischen Forderung wäre höchstens aus praktischen Erwägungen im Wege einer gesetzlichen Fiktion statthaft. Der Wortlaut der §§ 135, 136 macht aber ohne weiteres klar, daß an die Aufstellung einer solchen Fiktion vom Gesetzgeber nicht gedacht ist. Im § 135 heißt es unzweideutig, „ist unwirksam", während im Falle einer bloßen Fiktion die Worte: „ist als unwirksam anzusehen" hätten gebraucht werden müssen. Zweifellos würde nun die herrschende Anschauung eine hervorragende Stütze für ihre Auslegung der §§ 135, 136 finden, wenn das Gesetz ausdrücklich sagte: „ist „allein" oder „ausschließlich" diesen Personen gegenüber unwirksam". So läßt sich aber auch das Wort „gegenüber" betonen und diesem der Sinn unterlegen „im Gegensatze" zu den geschützten Personen oder gegenüber dem Schutzbedürfnisse dieser Personen solle die Verfügung nichtig, d. h. überhaupt und für jeden nicht vorhanden sein. Ist das Recht dieser Personen weggefallen oder verzichten sie ausdrücklich darauf, so wird die Verfügung vollgültig. Ein brennendes Licht wird vollkommen von der Hand einer Person verhüllt, infolgedessen erstrahlt das Licht weder dieser Person noch irgend jemand sonst. In dem Moment aber, wo die schützende Hand das Licht freigibt, leuchtet es in seiner ganzen Stärke für alle in seinem Umkreise. Es wird also der Eintritt der Rechtswirkung von einem ungewissen Umstande, nämlich dem Willen der durch das Veräußerungsverbot Geschützten abhängig gemacht. Der durch das in das freie Belieben des Geschützten gestellte Schutzrecht hervorgerufene Zustand der Rechtsunsicherheit muß sein Ende erreichen, sobald der Geschützte sich durch rechtsverbindliche Erklärung, sei es für, sei es gegen Ausübung seines Schutzrechts entschieden hat (vgl. zu § 416 betr. der Kündigungsbefugnis des Hypothekengläubigers; im Gegensatze hierzu handelt es sich z. B. beim Rangvorbehalt um ein Zustandsrecht, vgl. hierüber zu § 881). So führt denn die hier gegebene Auslegung mit Notwendigkeit zu einer Analogie mit den

Vorschriften der §§ 158 ff. BGB. über rechtsgeschäftliche Bedingungen und Zeitbestimmungen. — Von dem Willen der Personen, die ein Rechtsgeschäft vornehmen, ausgehend, könnte man folgende Kategorien der Rechtsgeschäfte unterscheiden; Rechtsgeschäfte, die 1. alsbald voll wirksam sein sollen; 2. alsbald voll wirksam sein sollen, aber bei Eintritt einer Bedingung oder Zeitbestimmung hinfällig werden sollen (resolutiv bedingte); 3. deren Bestand aufgehoben wird (contrarius consensus); 4. die bei Eintritt einer Bedingung oder eines Termins wirksam werden sollen (suspensiv bedingte). — Der Gesetzgeber macht nach der hier vertretenen Auffassung in Analogie dieser Vorschriften folgende Unterschiede: Rechtsgeschäfte, die 1. bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen voll wirksam sind (essentialia); 2. bei Eintritt einer Bedingung hinfällig werden sollen. Diese Bedingung ist die Anfechtung der anfechtungsberechtigten Personen (suspensiv bedingte Nichtigkeit); 3. trotz Begründungswillen der handelnden Personen unwirksam sind (absolute Nichtigkeit); 4. bei Eintritt einer Bedingung voll gültig werden. Erlöschen des Rechtes geschützter Personen oder deren Zustimmung (resolutiv bedingte Nichtigkeit). Somit kann man in den Fällen der §§ 134 ff. von einer resolutiv bedingten Nichtigkeit sprechen, die analog dieselben Rechtswirkungen äußert wie die vertragsmäßigen Bedingungen. Beim Eintritte der Bedingung entsteht die gewollte Rechtswirkung ohne Rückwirkung (§ 158 BGB.). Diese Auffassung verträgt sich auch mit § 141 BGB., denn hier hängt die Bestätigung stets von dem Willen eines Dritten und nicht von demjenigen der Kontrahenten ab. Für die Fälle der §§ 135, 136 ist nur das Prinzip des § 185 BGB. anzuerkennen, woraus zu folgern ist, daß die einmal ausdrücklich erteilte Genehmigung des Geschützten das Geschäft wirksam macht, und daß eine erneute Berufung des Geschützten auf das ihn sichernde Veräußerungsverbot ausgeschlossen ist. Unrichtig ist es, mit dem Fortfalle der Verfügungsbeschränkung die Verfügung nur dann konvaleszieren zu lassen, wenn sie nicht bereits vorher durch Verweigerung der Genehmigung seitens des Geschützten endgültig beseitigt war. Das Licht brennt noch, wenn die schützende Hand fort ist. Die verbotswidrige Verfügung ist also, so lange das Recht des Geschützten noch besteht und kein Verzicht auf dasselbe oder eine Genehmigung seitens des Geschützten vorliegt, als nichtig zu behandeln. Das resolutiv bedingt nichtige Geschäft begründet ebenso wie das resolutiv bedingte Rechtsgeschäft bereits eine gesicherte Aussicht auf die bei Eintritt der Bedingung zu erwartenden Rechtswirkungen; so sieht z. B. der § 10 Ziff. 6 ZVG. die Befriedigung eines solchen resolutiv bedingt nichtigen Rechtes vor. Die logische Gleichstellung zwischen den rechtsgeschäftlichen und den gesetzlichen Bedingungen der Unwirksamkeit wird nicht durch den Umstand beeinträchtigt, daß im § 158 BGB. den Bedingungen keine rückwirkende Kraft beigelegt wird, während dies im § 142 BGB. bei der Anfechtbarkeit, dem hier in Parallele gestellten Rechtsinstitute der Fall ist, weil dies letztere nur eine gesetzliche Fiktion ist, wie aus dem Worte „anzusehen" zu entnehmen ist (vgl. auch die Darstellung an einem praktischen Falle bei § 881).

§ 136. OLG. **24** 253 ff. (Hamm). Der Drittschuldner, der entgegen dem in einer Pfändung und Überweisung einer Forderung liegenden Verbote des § 136 Zahlung leistet, ist nicht gehindert, nach § 392 aufzurechnen, wenn er aufrechenbare Forderungen gegen den Schuldner hat.

§ 137. KGJ. **42** 280 (KG.). Die Bestellung einer unverzinslichen, für den Gläubiger unkündbaren Grundschuld mit der Maßgabe, daß die Grundschuld ohne Kündigung fällig wird, sobald das belastete Grundstück ganz oder teilweise ohne Genehmigung des Gläubigers an einen Polen veräußert, verpachtet, vermietet oder sonst überlassen oder sobald es von einem Polen durch Erbgang oder Zwangsversteigerung erworben wird, widerspricht nicht dem § 137 und ist daher zulässig.

§ 138. I. 1. Die Frage, ob bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit

des ersteren § 139 BGB. anwendbar ist, entsteht besonders bei den praktisch häufigen Fällen, in denen das Kausalgeschäft wegen Unsittlichkeit nichtig ist.

a) Goldmann, GruchotsBeitr. **56** 174 führt hierzu aus: Die abstrakte Natur der Verfügungsgeschäfte bedeutet nicht, daß der im Parteiwillen stets vorhandene Zusammenhang zwischen Kausal- und Verfügungsgeschäft überhaupt rechtlich unbeachtet bleibt, sondern vorwiegend aus Rücksichten des Verkehrsinteresses wird ihm bei Nichtigkeit des Kausalgeschäfts in der Weise Rechnung getragen, daß die Verfügung zwar gültig bleibt, ihre Wirkung aber durch einen persönlichen Bereicherungsanspruch auszugleichen ist. Diese Regelung erscheint gegenüber dem § 139 BGB., dessen Anwendung ebenfalls nur dem Zusammenhange zwischen Kausal- und Verfügungsgeschäfte nach dem Parteiwillen Rechnung tragen würde, als lex specialis, da die zum Tatbestande des § 139 erforderliche Gleichzeitigkeit beider Geschäfte kein für die Beurteilung jenes Zusammenhanges wesentliches Moment enthält. Vgl. auch u. Ziff. I 2 zu § 139.

b) **RG.** 5. 12. 11, JW. **12** 189, läßt es dahingestellt, ob die Nichtigkeit des obligatorischen Kaufvertrags auch eine gleichzeitig vorgenommene Auflassung, die eine Erfüllung jenes Vertrags darstellt, ergreift (vgl. **RG. 75** 68 ff.), da die Frage, ob die Auflassung als dingliche Rechtsänderung unabhängig von dem zugrundeliegenden obligatorischen Rechtsgeschäfte gewollt ist und sonach gemäß § 139 BGB. Bestand hat, vorwiegend auf tatsächlichem Gebiete liegt. Hat die Nichtigkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts nicht in Willensmängeln oder dem Vertragsinhalte seinen Grund, die in der Regel auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft hinüberwirken, sondern lediglich in Formmängeln, die den Willen an sich nicht beeinflussen, so kann für gewöhnlich für das Erfüllungsgeschäft ein vom Kausalgeschäft unabhängiger Wille angenommen werden.

2. *Eckstein, AWürgR. **38** 197 ff. Von unsittlichen Verträgen sind zu scheiden diejenigen, die sich auf unveräußerliche oder beschränkt veräußerliche Gegenstände beziehen, beispielsweise: Recht auf Heirat, Aufenthaltsrecht, Schweigerecht und -pflicht, Recht auf politische und religiöse Betätigung, Wahlrecht, elterliche Erziehungsrechte, ehemännliche Rechte, Klagerechte (insbesondere bei Ehescheidung) usw. (197 bis 202). Die Verträge sind nichtig, Rückforderung des Geleisteten ist zulässig, selbst wenn die Gegenleistung erfolgt ist (203). Ein solcher Vertrag kann aber zuweilen als bedingte Schenkung aufrecht erhalten werden (204). Beim Rechte auf Strafanzeige können Vermögensinteressen mitspielen, die den Vertrag, wenn auch nicht bindend, so doch gültig machen (205). Verkauf der ärztlichen und Anwaltspraxis nicht unsittlich, aber nichtig (206). Bei übermäßiger Beschränkung persönlicher Freiheit (insbesondere Konkurrenzverbot) ist nur der überschießende Teil nichtig (nicht etwa unsittlich) und der Vertrag ist bis zur Grenze der Veräußerlichkeit des Gegenstandes gültig, aber entsprechende Minderung der Gegenleistung (207—209). Entgeltliche Übernahme einer schon bestehenden Pflicht insbesondere Annahme von Schmiergeldern und Übernahme einer schon durch die Moral begründeten Pflicht (auf Wahrheit, eheliche Treue usw.) ist nichtig, aber nicht immer unsittlich; daher trotz Bewirkung der Gegenleistung Rückforderungsrecht (210—213). ➠ Eine eingehendere Studie über sittenwidrige Verträge, worin auch diese Probleme, teilweise etwas abändernd, weiter behandelt werden, erscheint demnächst. ☚

II. Aus der Praxis. Einzelne Fälle. 1. Gastwirtswesen (JDR. **3** Ziff. 6 B a, **4** Ziff. 9 I B a, **5** Ziff. 7 I B a, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II B 1, **10** Ziff. II 1).

a) BayRpflZ. **12** 401, BayObLG. **13** 226 ff. (BayObLG.). Ein Vertrag unter Bierbrauern, der die einzelnen Brauereien verpflichtet, die von ihnen geschlossenen Verträge mit denjenigen Wirten zu brechen, die nicht mit dem Bierpreis in die Höhe

gehen und ihnen zugleich verbietet, die Lieferung an einen solchen Wirt vor dem Ablauf eines Jahres wieder aufzunehmen, und zwar auch dann, wenn der Abnehmer etwa später zur Preiserhöhung bereit sein sollte, ist nichtig.

b) Ähnlich auch **RG.** 24. 4. 12, **79** 279 ff. Verpflichten sich Mitglieder eines Vereins wechselseitig, im Interesse der Durchsetzung der Bierpreiserhöhung unbekümmert um bestehende Verträge ihre eigenen Verpflichtungen nicht mehr zu erfüllen, so verstößt dies gegen § 138.

c) R. **12** 3038 (Stuttgart). Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist der Bierbezugsvertrag zwischen Wirt und Brauerei jedenfalls dann, wenn in dem sonst die üblichen Bestimmungen (Darlehnsgewährung von seiten der Brauerei, Bierbezugsverpflichtung von seiten des Wirtes) enthaltenden Vertrage der Wirt und Eigentümer des Wirtschaftsgebäudes dieses Haus zugleich der Brauerei auf 10 Jahre zum Kaufe anträgt.

2. Bordellwesen (JDR. **5** Ziff. 7 I B b, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II B 2, **10** Ziff. II 2).

a) Jacoby, JW. **12** 451. Das Kaufgeschäft über das Bordell ist in der Regel unsittlich und daher nichtig, aber die Eigentumsübertragung ist rechtsgültig und kann nur nach den §§ 812 ff. BGB. rückgängig gemacht werden (so auch **RG. 75** 68). AM. Matthießen, JDR. **10** Ziff. I 3.

b) **RG. 78** 45 läßt dahingestellt, ob nicht der Erwerb eines für den Bordellbetrieb eingerichteten und nach Lage und Beschaffenheit hierzu besonders geeigneten Grundstücks zum Zwecke der Fortsetzung des Bordellbetriebs ebenso den Stempel der Unsittlichkeit an sich trägt, wie der Erwerb des Bordellgeschäfts selbst (vgl. **RG. 63** 351).

c) In Übereinstimmung mit **RG. 71** 432 weist **RG.** 13. 3. 12, JW. **12** 632 die Klage einer Bordellkäuferin gegen die Verkäuferin auf Anerkennung, daß die Restkaufgeldschuld nicht zur Entstehung gelangt sei, ab, weil sich das Verhalten der Klägerin, die sich unter Berufung auf eine Unsittlichkeit, an der sie selbst teilnahm, einen bedeutenden Vorteil verschaffen wollte, indem sie das Grundstück hypothekenfrei behalten würde, als unehrlich und arglistig darstelle.

d) **RG.** 19. 12. 11, **78** 282 ff., JW. **12** 235 nimmt in Übereinstimmung mit **RG. 63** 179, **75** 68 wirksame Eigentumsübertragung trotz der Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts an.

e) BayObLG. **13** 325 ff. (BayObLG.) erklärt einen Kaufvertrag über ein Anwesen, in dem der Verkäufer ein Bordell betrieben hat, zum Zwecke des Fortbetriebs des Bordells für nichtig.

f) SchlHolstAnz. **12** 324 (Kiel). An sich verstoßen selbst wiederholte Lieferungen für Bordelle und Rechtsgeschäfte mit Bordellwirten nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. Zieht aber der Lieferant aus dem Bordellbetriebe durch Bierlieferungen selbst Gewinn und ist er insofern an dem unsittlichen Unternehmen pekuniär beteiligt, so verstößt ein derartiger Lieferungsvertrag gegen § 138.

g) SchlHolstAnz. **12** 136 (Kiel). Die Frage, ob die Gewährung eines Darlehens zu Bordellzwecken gegen die guten Sitten verstößt, ist, wenn das Darlehen bereits vor 1900 gegeben war, nach den damals herrschenden Anschauungen zu entscheiden.

3. Arbeits- und Dienstverhältnis (JDR. **5** Ziff. 7 I B c, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II B 3, **10** Ziff. 3).

a) α. GewuKfmG. **17** 274 (GG. Nürnberg). Eine Abrede, nach welcher ein Zahlkellner keinen Lohn erhält, von seinen Trinkgeldeinnahmen noch 2 M. an den Prinzipal abzuführen und sein Hilfspersonal selbst zu besorgen hat, verstößt nicht gegen § 138. β. GewuKfmG. **17** 248 (GG. Cöln). Eine Vereinbarung, wonach der Zahlkellner von dem Umsatz in seinem Reviere 3 pCt. zur teilweisen Bezahlung der übrigen Kellner abgeben muß, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

b) SächsRpflA. **12** 22 (LG. Zwickau). Die Vorschrift der Arbeitsordnung: „Jeder Arbeiter, der eine Akkordarbeit — gleichviel aus welchem Grunde — nicht beendet, hat für die verwendete Zeit nur einen Anspruch auf seinen Stundenlohn", verstößt jedenfalls insoweit gegen die guten Sitten, als sie den Arbeiter auch dann des Anspruchs auf den Akkordzuschlag für verlustig erklärt, wenn er nach ordnungsmäßiger Kündigung und nach Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist die Arbeit verläßt.

c) α. GewuKfmG. **17** 251 (LG. Mainz). Ein Dienstvertrag, der keine angemessene Vergütung für den Angestellten festsetzt und das gesamte Risiko auf diesen abwälzt, ist nichtig. β. GewuKfmG. **17** 229 (KfmG. Kiel). Eine Vereinbarung, wonach die Zahlung des Gehalts an einen Handlungsreisenden von seinen Arbeitserfolgen abhängig gemacht wird, ist ungültig. γ. GewuKfmG. **17** 231 (KfmG. Breslau). Bei niedrigem Gehalt ist die Abrede, daß der Angestellte für Tage, an denen er fehlt, kein Gehalt bekommt, unzulässig.

d) GewuKfmG. **17** 160 ff. (LG. Stade). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten der Dienstvertrag eines Konsumvereins mit einem Lagerhalter, demzufolge der Lagerhalter bei einem Jahresgehalte von 1600 M. und 2 pM. Tantieme vom Verkaufserlöse für die Handlungen der dem Lagerhalter zur Bedienung und Verwaltung der Filiale vom Konsumvereine gestellten Personen zu haften hat, soweit es sich nicht um Diebstahl oder Unterschlagung handelt.

4. Arbeiterpensions- und Unterstützungskassen (JDR. **7** Ziff. II B 3 d, **9** Ziff. II B 3 c, **10** Ziff. II 3).

a) **RG.** JW. **12** 69, DJZ. **12** 161. Die Satzungen einer Arbeiterpensionskasse sind nicht schon deshalb sittlich anstößig und damit zivilrechtlich nichtig, weil eine zwanzigjährige Karenzzeit, Verlust des Pensionsrechts und der Beiträge bei Kündigung und erheblicher Einfluß der Werksleitung auf die Vorstandschaft bedungen ist.

b) R. **12** Nr. 973 (Hamburg). Bestimmungen von Pensionskassen und ähnlichen Einrichtungen, nach denen die Mitglieder bei Beendigung des Dienstverhältnisses ihre Ansprüche an die Pensionskasse, auch solche auf Rückerstattung der gezahlten Beiträge, verlieren, verstoßen keineswegs ohne weiteres gegen die guten Sitten, selbst wenn sie im Einzelfalle, z. B. bei Dienstentlassung nach langjähriger Dienstzeit, zu Härten führen; auch dann nicht, wenn der Zweck solcher Einrichtungen dahin geht, die Arbeiter an die Fabrik zu fesseln.

5. Konkurrenzverbot und Ähnliches (JDR. **5** Ziff. 7 I B d, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II B 4, **10** Ziff. II 4).

a) **RG.** 15. 10. 12, **80** 219 ff., JW. **13** 17, R. **12** Nr. 3322. Wie es einem Theaterleiter gestattet sein muß, sich eine bewährte künstlerische Kraft für seine Bühne zu sichern und durch entsprechende Vertragsbestimmungen ihre Tätigkeit an einer anderen Bühne zu beschränken, so kann auch eine bei Auflösung des Vertrags getroffene Abrede nicht anstößig sein, die darauf abzielt, daß das frühere Mitglied nicht in Wettbewerb zu dem Unternehmen trete, dem es bisher angehört hat, sofern nur keine übermäßige Beschränkung der künstlerischen Bewegungsfreiheit vorliegt. (Fall Weingartner.)

b) SchlHolstAnz. **12** 247 (Kiel). Ein Vertrag, durch welchen sich ein Meiereibesitzer verpflichtet, Milch nur in Kiel oder nächster Umgebung abzusetzen und bei dem Weiterverkaufe die vom Milchhändlervereine festgesetzten Verkaufspreise innezuhalten, ist nicht als nach § 138 nichtig anzusehen. Der Meiereibesitzer wird dadurch nicht über Gebühr belastet, denn der festgesetzte Milchpreis wird, wenn nicht ganz allgemein, so doch jedenfalls vom Gros der Händler und Höker erfahrungsgemäß innegehalten.

c) MschutzuWettbew. **11** 120 ff. (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Ingenieur die Kenntnisse, die er in seiner Stellung bei einer Fabrik über den Bau einer Maschine erlangt hat, nach Beendigung dieses Dienstverhält-

nisses für eigene Zwecke verwertet, oder wenn er einen Angestellten seines früheren Dienstherrn veranlaßt, dort zu kündigen und in seinen Betrieb einzutreten.

6. Gewerblicher Wettkampf. Boykott (JDR. **6** Ziff. II B 5, **7** Ziff. II B 6).

a) **RG.** 18. 4. 12, BayRpflZ. **12** 309 legt eingehend dar, wann ein leichtfertiges Vorgehen beim Boykott als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen ist. Insbesondere müsse von dem, der mit Veröffentlichungen in der Presse einen Boykott begründet und dafür die Unterstützung weiterer unbeteiligter Kreise anruft, verlangt werden, daß er den Sachverhalt wahrheitsgemäß darlege, soweit es sich nicht um Streitfragen allgemeiner Natur handele.

b) **RG.** 26. 9. 12, JW. **13** 35. Es erscheint sittlich unerlaubt, wenn eine Gruppe einseitig Beteiligter es unternimmt, bedeutungsvolle und weittragende Fragen der Wirtschafts- und Sozialpolitik vermöge der in ihre Hand gegebenen Machtmittel zum Schaden anderer Volksteile auf dem Wege des Zwanges und der Geschäftssperre gewaltsam zu lösen. Der Versuch durch Androhung und Verhängung des Boykotts den Willen von Innungsmitgliedern zu beugen, sie zur ausschließlichen Benutzung des Verbandsarbeitsnachweises zu zwingen und damit zugleich eine erhebliche Machtverschiebung zugunsten der organisierten Arbeiterschaft herbeizuführen, ist daher als Verstoß gegen die guten Sitten zu betrachten.

c) MSchutzuWettbew. **12** 135 (Hamburg). Die Verhängung der Sperre über eine Firma, die einen nicht organisierten Arbeiter beschäftigt, um diesen Arbeiter zu zwingen, der Organisation beizutreten oder fortzuziehen, verstößt gegen die guten Sitten.

7. Unzulässige wirtschaftliche Knebelung. Übereignung ganzer Warenlager sicherungshalber.

a) **RG.** 24. 1. 12, JW. **12** 457, LeipzZ. **12** 395. Ein Vertrag, durch welchen eine wirtschaftliche Knebelung eines Vertragsteils, die vollständige Abhängigkeit seiner wirtschaftlichen Existenz von der Entschließung der anderen herbeigeführt wird, verstößt gegen die guten Sitten. Es verstößt auch gegen die guten Sitten und die Auffassung des redlichen Verkehrs, wenn durch einen Vertrag dem einen Kontrahenten nur der äußere Anschein der Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit belassen wird, während in Wirklichkeit alle gegenwärtigen und künftigen Aktiven seines Geschäfts ihm im voraus entzogen und zum Nachteil aller übrigen mit ihm in geschäftliche Beziehungen Tretenden zur Sicherung eines einzelnen Gläubigers verwendet waren (vgl. JW. **11** 650).

b) α. SchlHolstAnz. **12** 53 (Kiel). Ein Vertrag, der die Sicherungsübereignung eines ganzen Warenlagers zum Gegenstande hat, verstößt gegen die guten Sitten, wenn dem Schuldner dadurch jede Unterlage für weiteren Kredit entzogen wird, er aber trotzdem das Geschäft fortführt und dazu des Kredits bedarf. β. MecklZ. **31** 1, SeuffA. **67** 259 (Rostock). Ein Vertrag, wodurch ein Kaufmann seine sämtlichen gegenwärtig und zukünftig vorhandenen Waren und sein gesamtes Mobiliar einem Gläubiger mittels Besitzkonstituts zur Sicherheit übereignet, verstößt gegen die guten Sitten. γ. SeuffA. **67** 462 ff. (Dresden). Eine unsittliche Verschleierung des im loyalen Geschäftsbetriebe vorausgesetzten wirklichen Sachverhalts liegt vor, wenn ein Gläubiger sich das Geschäft des Schuldners zur Sicherung übereignen oder verpfänden läßt, aber durch Überlassung des Weiterbetriebs an den Schuldner ohne Kenntlichmachung seines dinglichen Rechtes dazu mitwirkt, daß Dritte in der Annahme, im Geschäft des Schuldners eine Unterlage für ihre Ansprüche zu finden, diesem Kredit gewähren und dadurch Schaden erleiden. Vgl. **RG.** **77** 210, JW. **11** 324.

8. Der sog. 1500 M.-Vertrag (JDR. **6** Ziff. II B 16, **7** Ziff. II B 3 a).

a) **RG.** 2. 4. 12, JW. **12** 689, SeuffA. **67** 441. Es ist nicht schon dann eine an sich sittenwidrige Handlung vorhanden, wenn sich ein Arbeitgeber verpflichtet,

einen Teil der dem Angestellten für seine Dienste zustehenden Vergütung nicht an diesen, sondern an dessen Ehefrau zu leisten. Ein Vertrag, in dem eine Ehemann und der ihn anstellende Prinzipal den der Pfändung zugänglichen, 1500 M. übersteigenden Gehaltsteil der Ehefrau des Dienstpflichtigen zufließen lassen, stellt sich dann nicht als ein sittenwidriges Verhalten des Arbeitgebers dar, wenn dieser Grund hatte zu glauben, der Angestellte bezwecke durch den Vertragsschluß nur, den notdürftigen Lebensunterhalt für seine Familie zu sichern, und er habe die Absicht, daneben nach Kräften sich um die Befriedigung seiner Gläubiger zu bemühen. Es wird alles auf die Umstände des einzelnen Falles, insbesondere auch auf die Größe des der Frau zugewendeten Teiles der Vergütung, ihr Verhältnis zu der Größe des dem Manne verbliebenen Teiles und zu dem Betrage der Schulden des Mannes ankommen. — Hierzu Meikel, SeuffBl. 12 540. — Vgl. auch KfmG. Breslau, GewuKfmG. 17 282.

b) Philipsborn, JW. 12 894 ff. meint, der Entscheidung des RG. läge der richtige Gedanke zugrunde, daß ein Gehaltsvertrag nur so weit in Einklang mit den guten Sitten ist, als er zur Beschaffung des notdürftigen Lebensunterhalts für den Angestellten und seine Familie erforderlich ist. Soweit ein vorsätzlicher Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, ist dem Gläubiger Schadensersatz zu leisten.

c) Schubart, JW. 12 1121 stellt den Satz auf: Ein Arbeitsvertrag mit übermäßiger Gehaltszuwendung an die Ehefrau unter Ausschaltung der Gläubiger verstößt gegen § 138.

d) Lesser, JW. 12 891 ff. und dazu Lippmann, LeipzZ. 12 132 ff., der die Verträge zwischen Prinzipal, Ehemann und Frau wegen Simulation nach § 117 für nichtig hält. So auch LG. I Berlin, KGBl. 12 79.

e) *Struckberg, LeipzZ. 12 213. Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, wie sie in **RG. 69** 59 ff. (JDR. 7 Ziff. II B 3a) geschildert sind, sind nicht simuliert, vielmehr ernstlich gemeint. Die Dissimulation bezieht sich höchstens auf die Person des Kontrahenten.

f) Meikel, SeuffBl. 12 411 ff. berichtet über die einzelnen Fälle von 1500 M.-Verträgen, mit denen sich die Gerichte bisher zu befassen hatten. Er weist insbesondere darauf hin, daß die Frage der Anfechtbarkeit und die Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten auseinander zu halten sei. Ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, komme immer auf die Lage des einzelnen Falles und auf die Beweggründe an, von denen der Schuldner und der Dritte geleitet wurden. Oft werde der Gläubiger mit seiner Forderung auf Schadenersatz nicht durchdringen, weil er außerstande ist, die Sittenwidrigkeit der Handlung aufzudecken und zu beweisen.

g) LeipzZ. 12 712 (Düsseldorf) erklärt einen 1500 M.-Vertrag für gegen die guten Sitten verstoßend. Der Schuldner war Geschäftsführer einer GmbH., seine Frau seine Gehilfin. Nachdem das Gehalt des Schuldners gepfändet worden war, wurde ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ein neuer Dienstvertrag geschlossen, wonach der Schuldner ein Gehalt von monatlich 50 M. und seine Frau ein solches von monatlich 200 M nebst freier Station beziehen sollte, obwohl ihre dienstlichen Stellungen die alten blieben. Vgl. hierzu Meikel, SeuffBl. 12 541 ff.

9. Begünstigung einzelner Gläubiger (JDR. **4** Ziff. 9 I B b, **6** Ziff. II B 12 b, **9** u. **10** Ziff. II B 7).

a) **RG. 79** 194 ff. Wenn sich ein Gläubiger, der sich, gleich den übrigen Gläubigern, mit dem Schuldner auf einen bestimmten Prozentsatz verglichen hat, hinterher vom Schuldner Zahlung des ganzen Restes seiner Forderung versprechen läßt, so kann dies unter Umständen, insbesondere, wenn der betreffende Treuhänder der Gläubiger war, gegen die guten Sitten verstoßen.

b) **RG.** 18. 6. 12, LeipzZ. 12 773 f. Ein Vergleich, durch den die Grundlagen eines Anfechtungsanspruchs geschaffen werden sollen, die mit den gesetzlichen Voraus-

setzungen und dem Ziele eines Gläubigeranfechtungsrechts unvereinbar sind und durch den in einer gegen den Anfechtungsgegner gerichteten Absicht zu dessen Nachteil das Bestehen eines Vollstreckungsanspruchs in dreifacher Höhe der Vergleichssumme vorgetäuscht wird, verstößt gegen § 138.

10. Ehrenwörtliche Bestärkung vermögensrechtlicher Verbindlichkeiten.

a) **RG.** 23. 1. 12, **78** 258 ff., JW. **12** 382. Die Abgabe einer ehrenwörtlichen Verpflichtung zur Einhaltung eines rechtsgültigen Vertrags verstößt in der Regel gegen die guten Sitten (vgl. schon **RG. 68** 229, **74** 332). Denn der Verpfändung des Ehrenworts für eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit steht das schwere Bedenken entgegen, daß die bloße Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit den Schuldner als wortbrüchig erscheinen läßt, auch wenn ihn kein erhebliches Verschulden trifft. Aber nur zum Schutze besonderer, wichtiger Interessen kann der Gewissenszwang, den die Verpfändung der Ehre auf den Schuldner ausübt, gerechtfertigt sein. Besondere Bedenken sind gegen die ehrenwörtliche Bestärkung eines Versprechens, nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu werden, zu erheben. Insbesondere ist die Frage, ob ein solches Versprechen nach § 75 HGB. seine Wirksamkeit verloren hat, vielfach so zweifelhaft, daß eine objektive Verletzung der Verpflichtung leicht in dem guten Glauben an die rechtliche Unwirksamkeit der Verpflichtung erfolgen kann. Auch in einem solchen Falle aber würde dem der Verpflichtung Zuwiderhandelnden der Vorwurf des Ehrenwortbruchs drohen. Endlich ist es völlig unzulässig, nicht nur einzelne bestimmte Pflichten, deren Erfüllung für die Berechtigten von besonderer Bedeutung ist, sondern schlechthin die Erfüllung der gesamten Verbindlichkeiten aus einem Dienstvertrag an die Verpfändung des Ehrenworts zu binden (264). Vgl. auch **RG.** 1. 11. 11, DJZ. **12** 282, MSchutzuWettbew. **11** 263, SeuffA. **67** 181.

b) *Cahn, Ehrenwort und Reichsgericht, BayRpflZ. **12** 275 ff., erkennt an, daß der Entscheidung des Reichsgerichts (s. zu a) eine gesunde neuzeitliche Auffassung zugrunde liegt. Für den heutigen Richter hat die zweifelfreieste Willensbekundung ihre Schranken in sittlichen Grundsätzen, dem sittlichen Empfinden ist die Gefahr einer Ehrenminderung, herbeigeführt durch Brechen des vertraglichen Ehrenworts, zuwider. Das RG. sei aber auf halbem Wege stehen geblieben. Denn wenn es den heutigen Sittenbegriffen widerstrebt, den wirtschaftlich Schwachen der Gefahr einer Ehrenschmälerung auszusetzen, dann habe dies für Rechtsgeschäfte aller Art zu gelten. Auf die Dauer werde deshalb die Herbeiführung einer Plenarentscheidung kaum zu umgehen sein.

11. Öffentliche Ausschreibungen (JDR. **9** Ziff. II B 6, **10** Ziff. II 6) **RG.** JDR. **10** Ziff. II 6 c auch EisenbE. **29** 43.

12. Ärztliche Praxis (vgl. zunächst JDR. **10** Ziff. II 5).

a) **RG.** 10. 1. 12, GruchotsBeitr. **56** 887. Verträge, die von einer Ortskrankenkasse mit den von ihr gegen festes Gehalt angestellten, sog. beamteten Ärzten geschlossen worden sind und nach welchen die Tätigkeit der Ärzte für die Krankenkasse, insbesondere die Abhaltung der Sprechstunden, sowie die Bestimmung darüber, in welchem Bezirke die Ärzte ihre Wohnung zu nehmen haben, den Anordnungen des Vorstandes unterliegt, verstoßen nicht gegen die guten Sitten; dies ist selbst dann nicht anzunehmen, wenn der Vorstand auch befugt ist, im Falle einer Verminderung des Mitgliederbestandes das Ärztegehalt im Verhältnisse zur Verminderung prozentual zu kürzen, wogegen dann dem Arzte die sonst verbotene Ausübung einer Privatpraxis bewilligt werden kann.

b) **RG.** 2. 1. 12, DJZ. **12** 514, JW. **12** 294. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Verein freigewählter Kassenärzte früher festbesoldete Kassenärzte nicht aufnimmt und mit Krankenkassen Verträge schließt, welche Nichtvereinsmitglieder ausschließen.

c) OLG. **24** 263 (Hamm). Die Verpflichtung des Kassenarztes zur Rückzahlung des gesamten Honorars bei vorzeitiger Kündigung des fünfjährigen Vertrags verstößt gegen die guten Sitten.

d) Darüber, daß ein mit einem Kassenarzte geschlossener Anstellungsvertrag, wonach ein Schiedsgericht mit Stimmenmehrheit über die Zulässigkeit der Kündigung zu entscheiden hat, nichts Unsittliches darstellt, vgl. NaumburgAK. **12** 57.

e) Darüber, unter welchen Umständen in dem Beschluß eines ärztlichen Standesvereins, wodurch seinen Mitgliedern der berufliche Verkehr mit einem dem Vereine nicht angehörigen Arzte verboten wird, ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken ist, handelt eingehend **RG.** 8. 2. 12, **79** 17 ff.

13. § 138 im Familienrechte (s. zunächst JDR. **10** Ziff. II 11).

a) **RG.** 23. 12. 11, WarnE. **12** 132. Ein Vertrag, der in einer von den gesetzlichen Vorschriften abweichenden Weise die Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Kindes unter den Eltern regelt, kann mit verbindlicher Wirkung von Ehegatten nicht geschlossen werden (vgl. **RG. 60** 266, GruchotsBeitr. **50** 999). Ein Vertrag über die Ausübung des Erziehungsrechts kann sowohl seitens der Eltern mit einem Dritten als auch zwischen den Eltern selbst geschlossen werden.

b) SeuffA. **67** 49, OLG. **24** 259 (München). Ein Vertrag, durch welchen sich die Mutter eines unehelichen Kindes dem Erzeuger gegenüber verpflichtet, seinen Namen geheimzuhalten, kann an und für sich nicht als sittenwidrig erachtet werden. Anders würde die Sache nur liegen, wenn dem Kinde durch die Verschweigung des Namens die Mittel zu seinem Unterhalt entzogen würden. Ein Verstoß gegen die guten Sitten würde auch vorliegen, wenn sich die Mutter durch Vertrag verpflichtet, dem Vormundschaftsrichter zu erklären, sie kenne den Vater ihres Kindes nicht. Denn der Vertrag enthielte dann die Verpflichtung der Mutter zu einer unmoralischen Handlung, zu einer Lüge, welche in jedem Falle verwerflich ist, besonders aber, wenn sie gegenüber einer zur Wahrheitserforschung verpflichteten Behörde vorgebracht wird.

c) BadRpr. **12** 1 (Karlsruhe). Ein auf Ausführung der gewaltsamen Entführung eines Kindes gerichteter Dienst- oder Werkvertrag ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Der Dienstleistende hat keinen Anspruch auf Erfüllung bzw. auf Ersatz des ihm durch die Ausführung der Verrichtung etwa erwachsenen Schadens.

d) Eherecht. α. **RG.** 4. 11. 11, R. **12** Nr. 14. Ein Schweigevertrag über verziehene Verfehlungen der Ehefrau ist auch in Verbindung mit einer Vertragsstrafe nicht unsittlich. Der Ehemann hat die sittliche Pflicht, die früheren Beziehungen seiner Ehefrau zu einem anderen Manne nicht in feindseliger Absicht weiter bekanntzumachen, zumal, wenn er sie ihr ausdrücklich verziehen hat. Deshalb kann von einem Verstoße gegen die guten Sitten keine Rede sein, wenn jene sittliche Pflicht durch besondere Vereinbarung auch zu einer Rechtspflicht gemacht und ihre Erfüllung durch rechtliche Mittel sichergestellt wird. Die Revision erblickt darin eine unreinliche und darum sittenwidrige Verquickung von Geld und Moral. Dies trifft aber schon aus dem Grunde nicht zu, weil die Vertragsstrafe nur auf ein Handeln in feindlicher Absicht gesetzt war. β. Verträge über die rechtlichen Beziehungen nach bevorstehender Scheidung (JDR. **8** Ziff. II B 12 c) **RG.** 12. 10. 12, BayRpflZ. **12** 482, JW. **13** 16. Die Frage, ob es gegen die guten Sitten verstößt, wenn ein Ehegatte sich dem anderen gegenüber für den Fall der Scheidung und Wiederverheiratung zu Geldzahlungen verpflichtet, ist in einem Falle verneint worden, in dem die Klägerin schon vor Abschluß des Vertrags entschlossen war, wegen des ihr zur Seite stehenden vollgültigen Scheidungsgrundes des Ehebruchs die Scheidung durchzuführen und nur deshalb hiervon Abstand nahm, weil sie mit Grund eine Gefährdung des wirtschaftlichen Daseins für sich und ihre Kinder besorgte. Unter diesen Umständen ist es nicht sittenwidrig, wenn ihr der Mann in dem Vertrage die Mittel zum Unterhalte zusichert und ihr die Möglichkeit gibt, ihren Entschluß der Schei-

dung zu verwirklichen. Vgl. auch **RG.** JW. **13** 128. γ. OLG. Hamburg, HansGZ. **12** Beibl. 44, OLG. **24** 261 erklärt einen auf Erleichterung der Ehescheidung abzielenden Vertrag, der die Unterhaltspflicht des Ehemanns für die Zeit nach der Scheidung regelt, für gegen die guten Sitten verstoßend. δ. **RG.** 20. 6. 12, R. **12** Nr. 3037. Verspricht eine Frauensperson einem Manne für den Fall der Eheschließung die Zahlung einer bestimmten Summe, so ist das Versprechen nur dann unsittlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die einer solchen Vereinbarung, welche die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Ehe bezwecken kann, den Charakter eines unsittlichen Geschäftes beilegen. Vgl. auch **RG. 62** 277. ε. SeuffA. **67** 348 (Jena). Ein Abkommen unter Eheleuten, dem Gerichte statt der wirklich vorhandenen Scheidungsgründe andere vorzutäuschen, ist einschließlich der dabei vereinbarten Vermögensauseinandersetzung nichtig.

14. a) **RG.** 25. 11. 11, **77** 419 ff., JW. **12** 134, DJZ. **12** 345. Ein von einem Nationalpolen dem Käufer seines, in den ehemals polnischen Landesteilen des preußischen Staates belegenen Gutes, bei Vermeidung einer Vertragsstrafe auferlegtes Verbot, das Gut an einen anderen als einen Nationalpolen zu verkaufen, verstößt nicht gegen die guten Sitten (vgl. auch **RG. 73** 21). In der preußischen Ansiedelungsgesetzgebung ist ein Niederschlag allgemein gültiger Anschauungen nicht zu erblicken, da es sich um politische Gesetze handelt, die sich gegen eine Klasse von Staatsbürgern richten, denen es von ihrem Standpunkt aus nicht als sittenwidrig verargt werden kann, wenn sie die staatlichen Maßnahmen bekämpfen, vorausgesetzt, daß sie keine gesetzlich verbotenen Mittel anwenden. Anders wäre die Sache zu beurteilen, wenn ein Deutscher eine derartige Bestimmung getroffen hätte.

b) OLG. **24** 336, KGJ. **42** 210 (KG.). Der Vorbehalt des Wiederkaufsrechts bei einem Grundstücke für den Fall der Veräußerung an einen Andersgläubigen verstößt nicht gegen die guten Sitten. Es ist im Wirtschaftsleben nichts Seltenes, daß wirtschaftliche Gesichtspunkte mit idealen, besonders religiösen Anschauungen verquickt werden, ohne daß der Sittenanschauung des Volkes dadurch widersprochen würde.

15. Provisionszusicherungen an bauleitende Architekten (JDR. **10** Ziff. II 15).

a) MschutzuWettbew. **12** 133 ff. (Hamburg). Das Provisionsversprechen seitens eines Bauübernehmers an den bauleitenden Architekten des Auftraggebers ist selbst dann ungültig, wenn der Architekt seinem Auftraggeber von dem Provisionsversprechen Kenntnis gegeben hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Gewährung von Provisionen an bauleitende Architekten allgemein üblich ist und in den beteiligten Kreisen als anstößig nicht empfunden wird, denn einem an sich unsittlichen Rechtsgeschäfte würde durch eine derartige im Baugewerbe allgemein übliche „Unsitte" der Charakter des Unsittlichen nicht genommen.

b) **RG.** 27. 10. 11, MschutzuWettbew. **11** 151. Die Zuwendung eines Rabatts von 5 pCt., die einem Bauleiter von der Lieferantin des Baumaterials zu dem Zwecke versprochen und gewährt wurde, damit die Abnahme der Lieferungen ohne Beanstandung erfolge, verstößt gegen die guten Sitten.

16. a) **RG. 78** 14 ff. Wer sich, um einen Vermögensvorteil zu erlangen, an der Verletzung von Vertragspflichten beteiligt, die einem anderen gegenüber einem Dritten obliegen, verstößt deshalb allein noch nicht gegen die guten Sitten; es müssen vielmehr noch besondere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als sittlich verwerflich erscheinen lassen.

b) **RG.** 24. 4. 12, JW. **12** 789. Die wechselseitige Verpflichtung, sich seinen Vertragspflichten zu entziehen, ist sittenwidrig, auch wenn die Verpflichteten sich über ihre Schadensersatzpflicht im klaren sind und für diesen Fall bereits Deckung zugesichert haben.

17. a) **RG.** 17. 1. 12, R. **12** Nr. 850. Es verstößt wider die guten Sitten, wenn eine unmittelbar der Bankhypothek folgende Privathypothek auf den Namen der Bank gestellt bleibt, um leichter Kredit zu erlangen.

b) **RG.** 19. 9. 11, DJZ. 12 98. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt nicht vor, wenn ein Grundstückseigentümer einen Grundstückskauf mit einer GmbH. abschließt, deren Geschäftsführer (früherer Agent des Verkäufers) verschwieg, daß ihm das Kaufgrundstück zu einem billigeren Preise angestellt war.

18. **RG.** 7. 6. 09, **78** 194 ff. Eine Vereinbarung, nach der ein Kleinhändler Mitgliedern wirtschaftlicher Vereinigungen unter Ausgabe von Rabattmarken Sonderrabatt bei deren Einkäufen zu gewähren hat, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Insbesondere liegt nichts Anstößiges darin, daß nur den Mitgliedern der Vereinigungen der Rabatt geboten wird und nicht den anderen Kunden. Denn dieser Rabatt ist die Gegenleistung dafür, daß die Vereinigungen ihre Mitglieder dem Händler zuweisen, der den Rabatt gewährt, und diesen empfehlen. Da nur solche Vereinigungen diesen Vorteil bieten, so ist es nichts Unbilliges, daß ihnen die entsprechende Gegenleistung in Form einer ihren Mitgliedern zu gewährenden Preisermäßigung zukommt.

19. SchlHolstAnz. **12** 100 (Kiel). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn einem Manne der Schiffsbesatzung für die Eingehung des Heuervertrags von dem Reeder zur Bedingung gemacht wird, daß er Schiffsparten (insbesondere eines anderen Schiffes) dauernd übernimmt.

20. SeuffA. **67** 470 (BayObLG.). Wenn die Gesellschafter einer GmbH. zur Erreichung des Zieles, das den Gegenstand dieser Gesellschaft bildet, eine neue Gesellschaft eingehen und dabei eine Gesellschaftsform wählen, bei der die Steuerbelastung geringer ist, so haben sie lediglich einen Weg beschritten, den die Steuergesetze selbst ihnen offengelassen haben. Von einer bürgerlich-rechtlichen Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags aus § 138 kann deshalb, weil er eine geringere Steuerbelastung bewirken will und bewirkt, nicht die Rede sein.

21. **RG.** 18. 11. 11, JW. **12** 133. Ein Rechtsgeschäft verstößt nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil es durch arglistige Täuschung zustande gekommen ist. Nur wenn das Geschäft nach Inhalt und Zweck auch objektive Merkmale enthält, die mit den guten Sitten unvereinbar sind, kann § 138 Abs. 1 Platz greifen, trotzdem das Geschäft durch arglistige Täuschung zustande kam (vgl. **RG. 56** 231, JW. **11** 642).

22. BayRpflZ. **12** 116 (Nürnberg). Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sich zu bemühen, daß dem anderen Teile eine Auszeichnung zuteil wird, verstößt gegen die guten Sitten, wenn für die Bemühungen eine Vergütung versprochen wird.

23. **RG.** 27. 3. 12, **79** 156 ff., JW. **12** 680, DJZ. **12** 810, GewRschutz **12** 315. Ein Verlagsvertrag, durch den ein Komponist verpflichtet wird, alle seine etwaigen künftigen Kompositionen jeweils zuerst einem Verleger anzubieten, ist wirksam, vorausgesetzt, daß dadurch weder die freie Schaffenskraft des Autors beeinträchtigt, noch die Konkurrenz anderer Bewerber um das Verlagsrecht ausgeschlossen wird.

24. SchlHolstAnz. **12** 326 (Kiel). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Reichsfiskus, der die Schiffe durch den Kaiser-Wilhelm-Kanal wesentlich billiger als ein Privatunternehmer durchschleppen läßt, durch Vertrag die Haftung für ein Verschulden der Kanallotsen und Führer von Kanalschleppern ablehnt.

25. a) BayObLG. **13** 226 ff. (BayObLG.). Die Bestimmung eines Vertrags, wonach der dem Vertrage zuwiderhandelnde Vertragsteil nach Anordnung des Schiedsgerichts eine Vertragsstrafe zu zahlen hat, ist nichtig, wenn sie dahin aufzufassen ist, daß das Schiedsgericht die Vertragsstrafe nach freiem Belieben soll bestimmen können.

b) SchlHolstAnz. **12** 54 (Kiel). Die Vereinbarung in einem Schiedsvertrage, daß die eine Partei die Mehrzahl der Schiedsrichter oder auch alle Schiedsrichter zu ernennen habe, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

26. a) **RG.** 7. 10. 12, JW. **13** 18. In der Geltendmachung eines einwandfrei erlangten rechtskräftigen Urteils kann an und für sich keine unsittliche Schadenszufügung gefunden werden (vgl. **RG. 67** 153, Stein, Anm. IX 2 zu § 322 ZPO.).

b) **RG.** 22. 5. 12, **79** 371 ff., JW. **12** 854. Es ist als ein gröblicher Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen, wenn ein Zeuge sich für seine Entschließung hinsichtlich der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts durch Geld entlohnen läßt. Dabei ist es unerheblich, ob die Entlohnung für die Entschließung bestimmend war (374).

27. Über Abhalten vom Bieten vgl. unten zu § 66 Ziff. 3, 4 und §85 Ziff. 2 ZVG.

§ 138 Abs. 2. 1. OLG. **24** 269 (KG.). Der Einwand des Wuchers greift auch gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek durch, und zwar erscheint es unbedenklich, daß bei einem so engen Zusammenhange zwischen dem wucherischen Geschäft und der Begründung des dinglichen Rechtes wie hier — danach ist die Hypothek unmittelbar auf die Unterzeichnung des das Schuldanerkenntnis enthaltenden Scheines eingetragen worden — in Ansehung der dinglichen Klage nicht nur die zugrunde liegende Forderung, sondern auch die Entstehung des dinglichen Rechtes überhaupt durch die Nichtigkeit des unterliegenden Geschäfts mitgetroffen wird.

2. OLG. **24** 264 (KG.). Auch eine an sich überreichliche Vergütung für ein gewährtes Darlehen ist nicht wucherisch, wenn der Gläubiger durch Hergabe des Darlehens dem in schwierigen Verhältnissen befindlichen Schuldner die Gründung eines neuen Geschäfts ermöglichte, das ihm bei ordnungsmäßiger Geschäftsführung eine genügend sichere Grundlage für seinen Lebensunterhalt und eine dauernde Lebensstellung bot.

§ 139. I. 1. *Fraeb, ZBlFG. **13** 330 ff. Bei einem von sechs zur Hälfte des Nachlasses berufenen Intestaterben mit einem in einem ungültigen Testamente berufenen Testamentsvollstrecker abgeschlossenen Erbschaftsvergleiche, kraft dessen die ersteren das Testament und damit die Alleinerbschaft der darin eingesetzten vier anderen zur anderen Hälfte berufenen Intestaterben anerkennen, könnte man bestenfalls annehmen, daß der nur als wirtschaftlich zugunsten der vier Erben gewollte Erbschaftsveräußerungsvertrag dem legitimierten Testamentsvollstrecker gegenüber die obligatorische, auch nicht formbedürftige Verbindlichkeit der sechs Erben enthielt, ihm gegenüber jedenfalls mit der vereinbarten Abfindung zufrieden sein zu wollen. Aber auch dann müßte man zu dem Schlusse kommen, daß bei der zweifellosen Formnichtigkeit des das Hauptgeschäft bildenden Erbschaftsveräußerungsvertrags nach § 2385 BGB. auch diese Nebenabrede gemäß § 139 der Rechtsbeständigkeit entkleidet ist, weil nicht anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den formnichtigen Teil vorgenommen sein würde. Da gegen einen von den sechs Erben die Rechtsgültigkeit des Erbschaftsvergleichs (zu Unrecht) rechtskräftig festgestellt war, so empfiehlt es sich für die übrigen, Antrag auf Erbschein zu stellen und die Anhängigmachung eines Rechtsstreits von ihren vier Gegnern abzuwarten. Würde in diesem neuen Prozesse rechtskräftig die Nichtigkeit des Erbschaftsvergleichs zwischen den fünf Geschwistern des früheren Klägers einerseits und den vier übrigen Erben andererseits festgestellt, so würde diese Nichtigkeit den ganzen Erbschaftsvergleich ergreifen nach dem Grundsatze, daß, falls auf der einen Seite eines Vertrags mehrere Kontrahenten stehen, und nur in der Person eines von ihnen ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, die Nichtigkeit den ganzen Vertrag ergreift, sofern nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den betreffenden Kontrahenten abgeschlossen worden wäre (vgl. §§ 125, 133, 178, 1919, 1960 Abs. 2, 2018, 2027, 2033, 2042, 2048, 2065 Abs. 2, 2084, 2085, 2197 ff., 2202 bis 2205, 2224, 2241, 2360, 2385 BGB., Art. 11 EGBGB., §§ 253, 254, 256, 322 ZPO., § 161 HGB., §§ 86 ff., 171 FGG.).

2. Über die Anwendung des § 139 bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft Goldmann, GruchotsBeitr. **56** 161 ff.: Die Anwendbarkeit des § 139 für den Fall, daß das Kausalgeschäft ungültig ist, ergibt sich aus der

Natur des abstrakten Verfügungsgeschäfts. Aber nicht deshalb, weil die Verknüpfung von Kausal- und Verfügungsgeschäft kein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB. darstellt, sondern umgekehrt, weil im Verhältnisse von Kausal- und Verfügungsgeschäft jene Einheitlichkeit, welche allein die ratio für die Anwendung des § 139 BGB. bilden könnte, nämlich der Zusammenhang und die Abhängigkeit der beiden Geschäfte nach dem Parteiwillen, bei ihrer zeitlichen Trennung in der nämlichen Weise wie bei ihrer gleichzeitigen Vornahme gegeben ist. Würde man deshalb in letzterem Falle § 139 BGB. anwenden und die Verfügung trotz ihrer abstrakten Natur von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts abhängig machen, so würde man gleichartig gelagerte Fälle verschieden behandeln (172). Vgl. auch o. Ziff. I 1 a zu § 138.

3. *Bourier, DNotZ. **12** 649 ff. Die Vollmacht, einen bestimmten Vertrag notariell protokollieren zu lassen, ist unmöglich „Teil" dieses Vertrags, wohl aber kann sie Teil eines auf den Vertragsabschluß gerichteten Vorvertrags sein, der ebenfalls der für den Vertrag geltenden Form unterliegt. Bei Formmangel wird regelmäßig anzunehmen sein, daß die Vollmacht auch ohne den Vorvertrag gelten soll, daß sie also, wenn auch nicht bindend (unwiderruflich), so doch gültig ist.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** **78** 43, JW. **12** 189. Der § 139 setzt voraus, daß ein Rechtsgeschäft aus mehreren Teilen zusammengesetzt ist; die Zusammenfügung der mehreren Teile können sowohl subjektive als objektive Tatsachen herbeiführen. Daß die mehreren Teile zusammen ein Rechtsgeschäft von einheitlichem juristischen Typus bilden müßten, ist nicht erforderlich; es genügt auch eine wirtschaftliche Einheit, sofern die Vermögensverschiebung als ein zusammenhängender Gesamtvorgang gewollt ist.

2. **RG.** 25. 6. 12, **79** 434 ff., JW. **12** 854 ff. Für die Frage der gegenseitigen Abhängigkeit mehrerer Verträge kommt es auf die Feststellung und die Auslegung des Vertragswillens der Vertragschließenden an; nicht darf diese Frage lediglich vom einseitigen Interessenstandpunkte einer Partei beurteilt werden (438). — Wenn mehrere Geschäfte rechtlich und tatsächlich voneinander unabhängig bestehen können und diese von den Kontrahenten auch äußerlich als mehrere Geschäfte in verschiedenen Urkunden behandelt worden sind, dann spricht die allgemeine Lebenserfahrung und Vermutung dafür, daß sie auch nach dem Vertragswillen der Parteien als verschiedene selbständige Geschäfte gelten sollen. Die Beweislast dafür, daß hiervon abweichend die mehreren Geschäfte dennoch als Ganzes, nur als ein einheitliches Geschäft gewollt sind, trifft diejenige Partei, welche dies behauptet.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1130. Legen die Parteien bei einem im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung getroffenen Abkommen über Kindererziehung, Unterhalt und Vermögensteilung das Hauptgewicht auf die vermögensrechtliche Seite, so ist zu prüfen, ob letztere nicht selbst dann in Kraft bleiben sollte, wenn der übrige Teil des Abkommens nichtig ist.

4. **RG.** DJZ. **12** 457. Wird bei einem Rechtsgeschäft in erster Linie ein nicht unsittliches Ziel verfolgt und ein anderweitiges widersittliches Ziel nur nebenher als ein entfernt als möglich gedachter Fall mit in Berücksichtigung gezogen, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß die Beteiligten das Rechtsgeschäft auch abgeschlossen hätten, wenn sie sich bewußt gewesen wären, daß der nur hilfsweise in Aussicht genommene Zweck aus rechtlichen Gründen nicht erreichbar sei. Es greift daher die Ausnahmebestimmung Platz, daß die Nichtigkeit sich auf den an sich nichtigen Teil beschränkt.

5. **RG.** 27. 4. 12, **79** 303 ff. handelt darüber, wann anzunehmen ist, daß ein Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

§ 140. 1. **RG.** 30. 4. 12, **79** 308 ff., DJZ. **12** 1130, JW. **12** 789. Die Konversion des § 140 bezieht sich nur auf nichtige, nicht aber auf die sog. unwirksamen

Geschäfte, die zwar zunächst die beabsichtigte Rechtswirksamkeit nicht haben, aber beim Hinzutreten eines gewissen Tatbestandes nachträglich wirksam werden können.

2. OLG. **24** 286 (Posen). Konversion ist immer oder wenigstens für die Regel nur anzunehmen, wenn beide Rechtsgeschäfte denselben wirtschaftlichen Erfolg haben. Es ist nicht erforderlich, daß die Parteien eventuell ein anderes Rechtsgeschäft gewollt haben, es genügt vielmehr, daß sie, wenn sie an die Nichtigkeit des abgeschlossenen Geschäfts gedacht, das andere Geschäft gewollt hätten.

3. **RG.** SeuffA. **67** 152 bereits JDR. **10** Ziff. 1.

§ 141. 1. OLG. **24** 288 (Naumburg). Hat der Käufer eines Grundstücks den durch Auflassung erfüllten Hauskauf wegen Täuschung über Schwamm angefochten, so kann, wenn die Täuschung erwiesen, und anzunehmen ist, daß der Käufer durch sie zum Vertragsschlusse bestimmt wurde, der Vertrag nur durch beiderseitige Bestätigung, die der Formvorschrift des § 313 entsprechen muß, wieder gültig werden. Vgl. auch HansGZ. **12** Beibl. 4 (Hamburg).

2. OLG. **24** 266 (München). Wenn auch die Bestätigung eines nichtigen Vertrags nach § 141 als erneute Vornahme zu beurteilen ist und die Erfordernisse des Vertrags dadurch erfüllt werden müssen, insbesondere die Willensübereinstimmung der Vertragsteile zum Ausdrucke kommen muß, so ist damit nicht sofort eine Wiederholung aller einzelnen früheren Handlungen erforderlich, sondern es kann unter Umständen auch aus einer Anknüpfung an das früher Geschehene die erforderliche Willensübereinstimmung zutage treten, bei formlosen Geschäften aus schlüssigen Handlungen.

§ 142. 1. Kipp, Doppelwirkungen im Rechte, Festschrift für Martitz 224. Es ist nicht richtig, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht angefochten werden könnte. Ist ein Rechtsgeschäft nichtig, so heißt das, daß eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung die Wirkungen, die sie ihrem Inhalt entsprechend hervorbringen möchte, aus einem bestimmten Grunde nicht hervorbringen kann. Ist ein Rechtsgeschäft anfechtbar, so bedeutet das im BGB.: der Anfechtungsberechtigte kann durch seine Willenserklärung die Wirkung hervorrufen, daß das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig angesehen wird. Es steht nicht einmal im Gesetze, daß die Anfechtung die Wirkungen des Rechtsgeschäfts mit rückwirkender Kraft beseitigt. Die Anfechtbarkeit ist nach der Formel des Gesetzes eine bedingte Nichtigkeit, die durch die Anfechtung unbedingt wird. So gut wie nun zwei von Anfang an unbedingt bestehende Nichtigkeiten sich miteinander vertragen, so gut wie es möglich ist, daß jemand privatrechtlich seine Verbindlichkeit bestreitet, weil 1. eine Form nicht beachtet sei, 2. es an der Geschäftsfähigkeit gefehlt habe, 3. der Inhalt des Rechtsgeschäfts in einem Punkte gegen die guten Sitten, 4. in einem anderen Punkte gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, so gut ist privatrechtlich möglich, daß jemand seine Verpflichtung bestreitet, weil ein oder mehrere der soeben angeführten Gründe vorliegen, und außerdem, weil er in einem wesentlichen Irrtume gewesen sei und unverzüglich angefochten habe, oder weil er zu dem Rechtsgeschäfte durch arglistige Täuschung oder durch Drohung bewogen worden sei und innerhalb der gesetzlichen Frist die Anfechtungserklärung abgegeben habe. Es handelt sich auch in diesem Falle nur um eine Mehrheit von Gründen für die Nichtexistenz der Verbindlichkeit.

2. **RG.** 5. 12. 11, **78** 57 ff., JW. **12** 245. Wird lediglich die Rückgabe des zwecks Erfüllung des Vertrags Geleisteten wegen eines Irrtums und der aus der Anfechtung sich ergebenden Nichtigkeit des Vertrags verlangt, so handelt es sich nicht um einen Anspruch aus der unerlaubten Handlung, auch dann nicht, wenn der Irrtum durch eine unerlaubte Handlung des Vertragsgegners hervorgerufen wurde.

3. **RG.** 28. 6. 12, SeuffA. **68** 5, R. **12** Nr. 3039. Der anfechtende Teil kann mit dem Vertragsgegner das Rechtsverhältnis, wie es sich nach der Anfechtung ergeben soll, abweichend von der gesetzlichen Regelung vereinbaren.

§ 144. 1. *Walsmann, Verzicht 104 ff. Die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist kein Verzicht auf die Anfechtbarkeit, sondern eine Willenserklärung mit dem positiven Inhalt, daß der Berechtigte das Geschäft als vollwirksam gelten lassen will. Das wird praktisch bedeutsam für die Beschränktgeschäftsfähigen (vgl. 302 f., 305, auch 280).

2. **RG.** 9. 3. 12, R. **12** Nr. 1275. Maßnahmen zur Abwendung noch größeren Vermögensverlustes begründen den Einwand der Bestätigung nicht.

Dritter Titel. Vertrag.

Literatur: Danz. Die neue realistische Auslegung der Rechtsgeschäfte, JW. **12** 2—8. — Pfeiffer, Können Rechte aus einem Vertragsantrag übertragen werden? PosMSchr. **12** 53 ff.

§ 145. 1. *Pfeiffer, PosMSchr. **12** 53 ff. legt dar, daß „Rechte aus Vertragsanträgen" nicht abtretbar sind: 1) Der Vertragsanspruch erzeugt keinen Anspruch, auch keinen bedingten Anspruch (aA. **RG.** LeipzZ. **09** 856, JW. **09** 11). 2) Es entsteht nur eine „Rechtslage" und ein zukünftiger Anspruch, der jedoch ebenfalls nicht zessibel ist. 3) Auch ein „Gestaltungsrecht" nach § 413 wird nicht erzeugt (im Ergebnis ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **53** 835). 4) Hat jedoch der Antragende die Abtretung der „Rechte aus dem Vertragsantrage" gestattet, so läßt dies die Auslegung zu, daß der Antrag von vornherein dem Antragsempfänger und jedem beliebigen Dritten gemacht ist (alternative Offerte). 5) Vormerkungen für den zukünftigen Anspruch gehen, obwohl keine Zession vorliegt, auch auf den Dritten über, da § 401 BGB. analog anzuwenden ist.

2. *Bourier, DNotZ. **12** 649 ff. Das pactum de contrahendo unterliegt der für den Vertragsabschluß geltenden Form. Ein solches pactum liegt bei der „unwiderruflichen" Vollmacht zum Vertragsabschlusse (zur notariellen Verlautbarung) regelmäßig vor. Vgl. auch o. Ziff. I 3 zu § 139.

3. *Leo Raape, Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte 43, 75 ff. über die Abtretung des Rechtes aus einer Offerte, insbesondere aus einer vertragsmäßig gemachten, ferner über die Abtretung des Rechtes aus einem einseitigen Austauschvertrage (vgl. unten Ziff. 2 zu §§ 320 ff.).

§ 147. Hackenberger, GruchotsBeitr. **56** 649 wendet sich bei der Besprechung von Jacobis Theorie der Willenserklärungen gegen dessen Ausführungen aaO. 52, daß, wer einem ankommenden Briefe traut, ohne zu sehen, ob er ihm durch eine Handlung des Erklärenden zugegangen ist, auf eigene Gefahr handele. Man müsse von einem im Verkehrsleben stehenden Manne doch verlangen, daß er einen Brief, dessen Absendung er noch nicht beabsichtigt, so verwahrt, daß ohne seinen Willen seine Absendung ausgeschlossen ist. Tue er das nicht, so handele er fahrlässig und müsse die durch den Rechtsschein herbeigeführten Folgen tragen. Nur so könne der Vorschrift des § 147 volle Rechnung getragen werden. Vgl. auch Hölder, JheringsJ. **55** 464.

§ 148. OLG. **25** 1 (Stuttgart). Bei Setzung einer Annahmefrist durch den Fernsprecher ist anzunehmen, daß auch die Annahme noch innerhalb dieser Frist durch den Fernsprecher erfolgen soll.

§ 149. Über Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung s. unten vor § 241.

§ 151. 1. *Fraeb, JW. **12** 777. Stillschweigen auf Mahnschreiben ist nicht nur im Handelsverkehr, sondern auch im bürgerlichen Leben in der Regel als Anerkennung der Schuld aufzufassen. Durch solches Schweigen oktroyiert der Schuldner dem Gläubiger einen Stundungsvertrag auf. ➵ Nach der sich auf diesem Gebiete gebildeten Verkehrssitte kommt durch die Annahme dieses Antrags des Schuldners auf Abschluß eines Stundungsvertrags ein solcher zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, weil eine solche ausdrück-

liche Annahmeerklärung nicht zu erwarten ist. ← Vgl. zu §§ 157, 202, 208, 242, 284, 286 BGB. u. §§ 688 ff. ZPO.

2. *Walsmann, Verzicht S. 27 f., 201. Der hier vom Gesetz genannte Verzicht ist ein Verzicht auf die Befolgung von Verfahrensvorschriften. Ein solcher Verzicht fällt geradeso wie der Verzicht auf das Recht unter den Begriff des echten Verzichts.

§ 152. OLG. Stuttgart, BoschersZ. **12** 295 ff. erörtert eingehend, unter welchen Umständen die Regelvorschrift des § 152 als aufgehoben anzusehen ist.

§ 157. I. 1. *Cahn, Ehrenwort und Reichsgericht, BayRpflZ. **12** 275 ff. (vgl. o. Ziff. II 10 b zu § 138). Die heutige Verkehrssitte schaltet den Satz: „ein Mann — ein Wort" grundsätzlich für das Vertragsleben aus. Das Rechtsleben unserer Tage hat daher auch die gemeinrechtliche eidliche Bestärkung der Verträge zu mißbilligen begonnen. Folgerichtig verstößt die Klausel, der Angestellte verpflichte sich zur Einhaltung des Wettbewerbsverbots auf Manneswort, gegen die guten Sitten (so **RG. 78** 258 ff., s. o. Ziff. II 10 a zu § 138). Allein die Einzeleigenschaft des Vertrags darf für den Begriff des Unsittlichen nicht entscheidend sein. Die Zulässigkeit der ehrenwörtlichen Verstärkung müßte daher schlechthin und für die Regel verneint werden.

2. *Fraeb, JW. **12** 777. Der auf Mahnschreiben Schweigende ist mit Rücksicht auf Treu und Glauben verpflichtet, den anderen nicht im Ungewissen zu lassen und er muß es sich deshalb gefallen lassen, daß sein Schweigen als eine Anerkennung durch Nichtbestreiten aufgefaßt wird (778). Bei dem durch üble Gewohnheit zur Verkehrssitte gewordenen Kreditieren und den als Schutzmittel gegen daraus für den Gläubiger drohende Gefahren gleichfalls zur Verkehrssitte gewordenen wiederholten Mahnungen handelt es sich um durch stillschweigende Erklärungen oder durch konkludente Handlungen zum Abschlusse gebrachte Nebenverträge über die Bewirkung der Leistung des Schuldners (vgl. zu §§ 151, 202, 208, 242, 284, 286 BGB. u. § 688 ZPO.).

3. Danz, JW. **12** 5. Da der Richter jede einzelne Entscheidung auf einen Rechtssatz stützen muß, so muß er also auch für jedes einzelne Rechtsgeschäft, welches er zu entscheiden hat, einen entsprechenden Rechtssatz haben. Die Ermächtigung und die Verpflichtung für den Richter, solche auslegende Rechtssätze aufzustellen und danach zu entscheiden, gibt der § 157, indem er ihn anweist, solche aus Verkehrssitten, also bei Worten aus den Sprachgewohnheiten zu ziehen; sie sind Rechtssätze, genau wie die als „Auslegungsvorschriften" vom Gesetze selbst bezeichneten §§ 186 ff., in denen bestimmt wird, wie Termins- oder Fristbestimmungen in einem Rechtsgeschäft („rückzahlbar in einer Woche, in einem Monat" usw.) gedeutet werden sollen. Dieses Richterrecht, Richterrechtssätze sind vom BGB. sanktionierte Gewohnheitsrechtssätze.

4. *Bendix, LeipzZ. **12** 368. a) Die Vereinbarung der Übersendung der Ware unter Nachnahme besagt wortdeutlich und nach der Absicht der Parteien nichts anderes, als daß der Verkäufer berechtigt sein solle, den Preis gegen Ablieferung der verpackten Ware ohne Gewährung der Gelegenheit zur Vornahme der Untersuchung von dem Käufer einzuziehen, und daß dieser verpflichtet sein sollte, ihn gegen bloße Aushändigung des Warenpakets vor Prüfung seines Inhalts zu bezahlen. Die Verpflichtung und das Vertrauen des Käufers gegenüber dem Verkäufer reicht mithin in diesem Falle lange nicht soweit, wie in dem der eigentlichen Vorleistung, wobei der Käufer vor der Ausantwortung der Ware den Preis zu entrichten hat; hier erfolgt Zahlung ohne Ware und ohne Prüfungsmöglichkeit, dort nur ohne Prüfungsmöglichkeit. b) Die Vereinbarung der Sendung unter Nachnahme schloß die Geltendmachung von Ausstellungen gegen die Beschaffenheit der nicht angenommenen Ware nicht aus. Kann der Käufer, der auf Grund der Klausel: „Kasse gegen Verladungsdokumente" vorzuleisten hat, die Zahlung verweigern, weil

die von dem Verkäufer zur Vertragserfüllung bestimmte Ware die vertragsmäßige Beschaffenheit vermissen läßt und sich als ein aliud oder eine unvollständige (mangelhafte) Leistung darstellt, so kann dem Käufer, dem die Ware selbst unter Nachnahme zuzusenden ist, die Einlösung erst recht nicht zugemutet werden, wenn er solche Ausstellungen geltend zu machen hat.

5. *Siehr, GruchotsBeitr. **56** 203, 204. Ob Genehmigung der Landung des Luftfahrers durch den Grundeigentümer eine Vereinbarung der Pflicht zum Ersatze durch die Landung entstehenden Schadens darstellt, ist quaestio facti. AM. Bodenheim, D. LuftschZ. v. 23. 8. 11.

II. Aus der Praxis (vgl. zunächst o. Ziff. 3—6 zu § 133). 1. Allgemeines. (JDR. **7, 8, 9** Ziff. II 1, **10** Ziff. 1). a) **RG.** 29. 1. 12, LeipzZ. **12** 386. Zur Bildung einer Observanz gehört die Überzeugung der Beteiligten, daß dasjenige, was sie üben und befolgen, ein vom gesetzlichen Rechte unabhängiges, selbständiges Gewohnheitsrecht, also objektive Rechtsnorm sei. Die Bildung einer Observanz ist also ausgeschlossen, wenn die Übung sich nicht als die Anwendung eines solchen selbständigen Gewohnheitsrechts, sondern lediglich als Befolgung eines als bestehend angenommenen Gesetzes darstellt. b) **RG.** 10. 2. 12, R. **12** Nr. 1131. Die Vermutung, daß eine Vertragsurkunde den Vertragsinhalt vollständig wiedergebe, hat Bedeutung vornehmlich gegenüber solchen Abreden, die mit dem Inhalte der Urkunde nicht vereinbar sind. Dagegen erstreckt sie sich für gewöhnlich nicht auf Abreden, die man, wie z. B. die Übernahme der Haftung für eine Arglist des Vertreters, in den Vertrag nicht hineinzuschreiben pflegt. c) **RG.** 5. 12. 11, JW. **12** 190. Nach § 157 BGB. ist nicht bloß zu beurteilen, wie eine Vertragserklärung zu deuten ist, sondern auch als Vertragswille der Beteiligten festzustellen, was sie nach Treu und Glauben gewollt und erklärt haben würden, wenn sie ihren Willen über den fraglichen Punkt überhaupt geäußert hätten. d) α. **RG.** 28. 10. 11, R. **12** Nr. 19, WarnE. **12** 7. Die vertragsmäßige Gewährung befristeter Teilzahlungen ist für gewöhnlich mangels einer anderen Abmachung an die Voraussetzung der pünktlichen Einhaltung gebunden. β. SächsRpflA. **12** 436 (Dresden). An eine Stundungszusage ist der Gläubiger nicht mehr gebunden, sobald eine wesentliche, den Anspruch gefährdende Verschlechterung in der Vermögenslage des anderen Teiles eintritt. e) DJZ. **12** 1535 (BayObLG.). Ein wesentlicher Auslegungsbehelf ist das Verhalten der Parteien sofort nach dem Vertragsabschlusse (vgl. Danz, Auslegung 67). Die Auslegung ist auch dazu berufen, Lücken einer Vereinbarung zu ergänzen, die sich im Laufe der Dinge gezeigt haben. f) R. **12** Nr. 368 (BayObLG.). Wenn auch das BGB. die clausula rebus sic stantibus als allgemeinen Rechtssatz nicht kennt, so kann doch die Auslegung eines Vertrags nach § 157 dazu führen, daß eine Vertragsbestimmung infolge veränderter Umstände nicht mehr als bindend zu erachten ist. g) Zur Anwendung des § 157 vgl. **RG.** 3. 5. 12, LeipzZ. **12** 770, SeuffA. **67** 351, im wesentlichen wie GruchotsBeitr. **54** 386, JDR. **9** Ziff. II 1 a.

2. Schriftlicher Verkehr unter Kaufleuten. Kaufverträge (JDR. **8** Ziff. II 7, **9** Ziff. II 4, **10** Ziff. 2). a) **RG.** 28. 9. 11, SeuffBl. **12** 165 ff. Ein Schreiben, welches ersichtlich dem Zwecke dient, ein nach der Überzeugung des Schreibenden mündlich oder telephonisch abgeschlossenes Geschäft zu bestätigen, kann auch dessen Willen zum Ausdrucke bringen, den in dem Schreiben niedergelegten Vertragsinhalt schlechthin gelten zu lassen, selbst für den Fall, daß der vorausgesetzte Vertragsabschluß nicht erfolgt war. Eine solche Erklärung würde ein erneutes Vertragsangebot darstellen. Wird es angenommen, so kommt ein Vertrag zustande, auch wenn die Verhandlungen vorher zu einem Vertragsabschlusse nicht geführt haben. Die Annahme kann aber nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch schlüssige Handlungen, unter besonderen Umständen auch durch Stillschweigen erfolgen. So ist namentlich für den Handelsverkehr unter Kaufleuten in der Recht-

sprechung (vgl. **RG. 54** 176, **58** 69) anerkannt, daß ein Vertrag durch Stillschweigen auf ein Vertragsanerbieten zustande kommen kann, wenn der Empfänger des ein solches Angebot enthaltenden Schreibens nach den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten (§ 346 HGB.) oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 157 BGB.) im Falle seines Nichteinverständnisses mit dem Inhalte des Schreibens zu dessen alsbaldiger Beantwortung verpflichtet war. **b)** SeuffA. **67** 159, OLG. **24** 315 (Hamburg). Hat sich der Verkäufer verpflichtet die Ware „frei Schiffsseite" zu liefern, so hat er sie nur an das Schiff heranzuliefern; er hat aber nicht die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß das Schiff die Ware aufnimmt und mitnimmt.

3. **RG.** 12. 1. 12, **78** 255, JW. **12** 353. Es besteht kein Anlaß, den Agenturvertrag dahin auszulegen, daß dem Agenten eine Provision für die erst nach Ablauf des Agenturverhältnisses bestellten Lieferungen dann zustehen soll, wenn die Bestellung auf Grund eines für längere Dauer bestimmten Vertretungsverhältnisses erfolgt, das der Agent selbst noch während der Dauer seines Agenturverhältnisses zustande gebracht hat.

4. **RG.** 19. 1. 12, R. **12** Nr. 974. Hat sich bei dem Verkauf einer ärztlichen oder zahnärztlichen Praxis der Verkäufer das Recht zur Wiederaufnahme seiner Praxis (unter den vertragsmäßigen Beschränkungen) gewahrt, so hat der Käufer die vertragsmäßige Verpflichtung, alles zu unterlassen, was den Verkäufer an der Wiederaufnahme der Praxis hindern könnte.

5. **RG.** 22. 1. 12, GruchotsBeitr. **56** 889 ff. Der klagende Hypothekengläubiger hatte sich die unpünktlichen Zinszahlungen zunächst über 5 Jahre lang gefallen lassen, er hatte dann im Jahre 1908 zwar zweimal gekündigt, aber hieraus nicht nur nicht die Folgerung der Einklagung der Hauptsumme gezogen, sondern sich vielmehr wieder 1¾ Jahre lang bis zum Juni 1910 die unpünktlichen Zinszahlungen gefallen lassen. Der Beklagte mußte aus diesem Verhalten bis zum Jahre 1908 entnehmen, daß der Kläger auf die Innehaltung der pünktlichen Zinszahlung keinen Wert lege, und daß er, wenn er weitere Nachsicht nicht mehr üben wolle, ihm dies vor Geltendmachung des Kündigungsrechts wegen verspäteter Zinszahlung zu erkennen geben werde. Aus diesem Grunde hat die Kündigung vom 1. Februar 1908 nicht als solche, sondern nur als Mahnung zu künftiger Pünktlichkeit wirken können.

6. **RG.** 18. 10. 11, JW. **12** 28, BankA. **12** 169. Wenn ein Bankier sich einem anderen gegenüber verpflichtet, das Konto eines Schuldners des letzteren „abzulösen", so will er damit regelmäßig unter Befriedigung des bisherigen Gläubigers als neuer Gläubiger an dessen Stelle treten. Wenn er nun vollends die für das Schuldverhältnis laufenden Wechsel von dem bisherigen Gläubiger auf sich indossieren, die Wechsel sich aushändigen und die bestellten Sicherheiten sich übertragen läßt, so wird damit in eklatanter Weise dargetan, daß die Befriedigung des bisherigen Gläubigers nicht eine objektive Tilgung der Wechselobligation bezweckt, sondern daß diese im Gegenteile fortbesteht.

7. **RG.** 30. 9. 11, R. **12** Nr. 1276. Ist in einem Syndikatsvertrage den Werksbesitzern das Recht eingeräumt, die Zuweisung von Aufträgen für bestimmte Zeit durch Kündigung zu verhindern, derart jedoch, daß die vor der Kündigung zugewiesenen Aufträge auszuführen sind, so kann ein Werkbesitzer bei der Kündigung bereits erfolgte, sich innerhalb der Jahresbeteiligungsziffer haltende Aufträge nicht mit der Begründung zurückweisen, daß die von ihm in dem abgelaufenen Teile des Jahres bewirkten Lieferungen bereits den entsprechenden Teil seiner Beteiligungsziffer erreichen.

8. **RG.** 23. 12. 11, R. **12** Nr. 554. Die Bestimmung bei der vertraglichen Regelung einer Unterhaltspflicht, daß es beiden Teilen vorbehalten bleibe, eine Änderung des Unterhaltsvertrags gerichtlich zu erwirken, ist für gewöhnlich dahin zu verstehen, daß nur aus besonderen Gründen, die beim Vertragsschlusse noch nicht berücksichtigt

werden konnten, eine Änderung der vertraglichen Abmachungen durch das Gericht sollte eintreten dürfen.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel sind die beiden wertvollen Arbeiten aus dem Rechtsgebiet der Bedingung von Brecht und Raape hervorzuheben. Über die Ergebnisse ihrer Untersuchungen unterrichten die bei den §§ 158, 162 sowie an verschiedenen anderen Stellen des Jahrbuchs aufgenommenen Selbstberichte. Aus der Praxis sei auf RG. **79** 96 ff. über die Verhinderung des Eintritts einer Bedingung hingewiesen.

Literatur: Brecht, Bedingung und Anwartschaft (Das aufschiebend bedingte Eigentum, seine Bestellung, Weiterübertragung und Pfändung), JheringsJ. **61** 263—342. — Leo Raape, Die Wollensbedingung, zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte. Halle a./S. 1912.

§ 158. I. 1. Form der Rechtsgeschäfte unter aufschiebende Bedingung. *Brecht, JheringsJ. **61** 263 ff. A. Bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts unter aufschiebender Bedingung müssen die für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vorgeschriebenen Erfordernisse sofort und ebenso gewahrt werden, wie wenn keine aufschiebende Bedingung zugefügt würde; nur die rechtliche Wirkung des formgerecht vorgenommenen Geschäfts kann zurückgehalten werden. Es muß also insbesondere bei der Eigentumsübertragung unter aufschiebender Bedingung die in den §§ 929 ff. vorgeschriebene Verschiebung des Besitzverhältnisses sofort und unbedingt erfolgen (263 f., 282, 285, gegen Wolff, Stintzing u. a.). B. Soweit zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts eine Übergabe gehört, z. B. bei der Eigentumsübertragung nach § 929, muß folgender Grundsatz gelten: Die bloß momentane Übergabe genügt nicht; der Besitz muß vielmehr in einer Weise übertragen werden, daß der Erwerber ihn sich bis zur Entscheidung der Bedingung wahren kann. Das ergibt sich aus der ratio der in den §§ 929 ff. vorgeschriebenen Verschiebung des Besitzverhältnisses; auch würde andernfalls der § 930 umgangen werden. — Das Recht des Anwärters auf den Besitz ist also nicht als Folge der bedingten Eigentumsübertragung zu erklären, sondern seine Bestellung ist eine Voraussetzung für die Wirksamkeit dieser Übertragung. — Aus dem „Grundsatze" folgt: Dem Veräußerer darf ein Rückforderungsrecht nur in der Weise vorbehalten werden, daß im Falle seiner Ausübung die Bedingung als ausgefallen gelten soll. In diesem engeren Umfange bleibt beim Vorbehalt eines Rückforderungsrechts aber das Geschäft nach § 139 BGB. auch dann wirksam, wenn die Einschränkung nicht ausdrücklich hinzugefügt ist; Voraussetzung ist gemäß § 139, daß die Parteien das Geschäft auch mit der Einschränkung vorgenommen haben würden. — Dem Erwerber braucht kein dingliches Recht auf den Besitz für die Schwebezeit bestellt zu werden; ein obligatorisches, wie Miete, genügt (276 ff., 337).

Wesen der Anwartschaft (269 ff.). Die Anwartschaft ist kein gegenwärtiges Recht, sondern ein einfacher Wartezustand, der durch das Zusammentreffen einer Reihe von Befugnissen sein charakteristisches Gepräge bekommt, ohne daß doch diese Befugnisse rechtlich aus dem Zustande selbst abgeleitet werden dürften. Es läßt sich nur feststellen: 1. ein künftiges Recht, das von einem festgelegten Tage oder Ereignis an für eine bestimmte Person bestellt ist; das als solches (nämlich künftiges) schon jetzt von der Rechtsordnung anerkannt und gegen Gefährdung geschützt ist; 2. die Befugnis des Inhabers dieses künftigen Rechtes, schon jetzt weiter darüber zu verfügen; 3. bei allen Übergabegeschäften endlich ein Recht zum gegenwärtigen Besitz, das aber nicht aus einem Rechte der Anwartschaft abzuleiten ist (oben 1 B). — Verfügung unter aufschiebender Bedingung oder Befristung ist nach alledem gleich Verfügung über zukünftige Rechte oder Rechtsteile. Hierüber ausführlich 263—275,

→→ vgl. die vom Verf. übersehenen Ausführungen bei Raape, Veräußerungsverbot (1908) 137, 144. ←←

Die sog. Abtretung der Anwartschaft ist nur vorzustellen im Sinne der Weiterübertragung des bedingt erworbenen Rechtes. Zur Weiterübertragung ist beim aufschiebend bedingten Eigentume grundsätzlich Zustimmung des gegenwärtigen Eigentümers erforderlich; denn im Falle eigenmächtiger Weitergabe des dem Anwärter einstweilen nur obligatorisch zustehenden Besitzes würde der gegenwärtige Eigentümer von dem Dritten die Herausgabe erwirken können (§§ 549, 986, vgl. den Grundsatz oben 1 B). Auch ohne Zustimmung bleibt die Weiterübertragung jedoch rechtsgültig, wenn die Herausgabe tatsächlich nicht betrieben wird; Voraussetzung ist, daß die Parteien das Geschäft auch unter dieser Beschränkung vorgenommen haben würden (288—294, 337, vgl. oben 1 B).

Schutz des guten Glaubens bei Verfügungen unter aufschiebender Bedingung oder Befristung (285—288). Über die Pfändung aufschiebend bedingten Eigentums s. unten bei § 857 ZPO.

2. *Leo Raape, Wollensbedingung. Verf. untersucht zunächst die von ihm sog. Willkürbedingung (si capitolium ascendero); prüft die Gründe ihrer Beifügung (Motiv, Strafe, Zaudern), die äußere Beschaffenheit des zur Bedingung gemachten Verhaltens, stellt fest, daß sie die Gebundenheit des Erklärenden an seine Erklärung niemals aufhebt. An der Zulässigkeit dieser Bedingung besteht kein Zweifel. — Von ihr wendet sich Verf. zur Wollensbedingung (si voluero), untersucht die verschiedenen Arten ihrer Formulierung, den Grund ihrer Beifügung, bestimmt ihren Begriff genauer, stellt fest, daß sie die Gebundenheit des Erklärenden aufhebt, und sucht den meist nicht erkannten Grund dafür auf. Auf Grund alles dessen weist er dann die Unzulässigkeit der Wollensbedingungen nach, im Gegensatze hauptsächlich zu Hölder und Walsmann. Und zwar ist die Wollensbedingung, weil die der Willenserklärung wesentliche Willensunterworfenheit aufhebend, mit jeglicher Willenserklärung unverträglich, sowohl mit dem Versprechen als mit der Versprechensannahme, sowohl mit dem einseitigen als mit dem gegenseitigen Vertrage. Der § 2 behandelt die Wollensbedingung nach der praktischen Seite. Die Praxis bedarf ihrer nicht; Verträge unter einer sog. Wollensbedingung sind als vertragsmäßige Offerten (Offert- oder Angebotsverträge) zu konstruieren; bei den gegenseitigen Verträgen insbesondere kommt neben dieser Konstruktion noch eine andere in Betracht, nämlich die eines einseitigen Vertrags unter der Bedingung eines Gegenversprechens. Dieser vom Verf. sog. einseitige Austauschvertrag ist vom bedingten gegenseitigen Vertrage streng zu scheiden, namentlich stempelrechtlich ist das von allergrößter Bedeutung. Verf. erörtert ihn eingehend und weist auf seine praktischen Vorzüge hin. — § 3 zeigt dann, daß das positive Recht grundsätzlich mit dem Gesagten im Einklange steht. Verf. erörtert den Kauf auf Probe, bei dem eine nicht unüberwindliche Anomalie vorliegt, und die Vorschriften über Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Rücktrittsrecht. Er zeigt an mehreren Punkten, daß die Konstruktion der Wollensbedingung des einen Vertragsteils bei diesen Rechtsverhältnissen unhaltbar ist. Anderseits ist hier auch nicht die Konstruktion eines bedingten einseitigen Austauschvertrags am Platze, sondern die Konstruktion eines Kannrechts. Sie erscheint als eine Ausnahme; ihre praktischen Folgen werden S. 57 ff. erläutert. — Im § 4 zieht dann Verf. die Folgen seiner Auffassung für das Stempelrecht. Gerade da zeigt sich, wie verkehrt und wie unpraktisch die Lehre von der Wollensbedingung ist. Wäre der Kauf unter dem Vorbehalte der Bestätigung des einen Teiles ein bedingter Kauf im üblichen Sinne des Wortes, wie es so ziemlich die gesamte Meinung ist, so unterläge er dem vollen Kaufstempel und nicht, wie es zweifellos richtig ist, nur dem allgemeinen Vertragsstempel von drei Mark. Der bisher nicht aufgedeckte praktische Unterschied der Ansichten geht also bei größeren Objekten in die Tausende,

und vorzüglich die Kaufverträge über größere Objekte sind es, bei denen die sog. Wollensbedingung hauptsächlich zur Anwendung kommt. Verf. erörtert hierbei sowohl das preußische Stempelgesetz als auch das Reichsstempelgesetz; er prüft die Stempelpflicht bei Kauf unter einer Wollensbedingung, bei Abtretung des „Kaufrechts" aus solchem Kaufe, bei Vorkauf und Wiederkauf, dabei gegen die Stempelkommentare polemisierend, und endlich bei Anschaffungsverträgen über Wertpapiere unter einer Wollensbedingung. Vgl. auch unten zu den §§ 495, 496, 497.

3. *Fraeb, ZBlFG. **12** 622 f behandelt die logische Gleichstellung zwischen den rechtsgeschäftlichen und den gesetzlichen Bedingungen der Unwirksamkeit und spricht in den Fällen der §§ 135, 136 BGB. von einer resolutiv bedingten Nichtigkeit (vgl. oben zu §§ 135, 136.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 4. 11. 11, JW. **12** 135. Durch den fiduziarischen Vertrag wird ein Recht auf Rückgewähr des zur Sicherung Übereigneten nur und erst für den Fall begründet, daß die zu sichernde Forderung erlischt (**RG.** GruchotsBeitr. **51** 374, **54** 1176), und mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß diese Voraussetzung für die Entstehung des Rechtes auf Rückgewähr erst mit dem Erlöschen der ganzen zu sichernden Forderung gegeben ist, und daß mangels einer entgegenstehenden Abrede im vorliegenden Falle die Tilgung eines Teiles der Darlehnsforderung der Klägerin durch die Zahlung von 10 000 M. nicht etwa das Recht auf Rückabtretung eines entsprechenden Teiles der Grundschuld zur Entstehung gebracht hat. Es entspricht dies dem auch im BGB. (§§ 1210, 1222) anerkannten Grundsatze von der ungeteilten Haftung des Pfandes und dem zu vermutenden entsprechenden Vertragswillen der an der Sicherungsübereignung Beteiligten. Ob es sich dabei um einen zum gesetzlichen Entstehungstatbestande des in Rede stehenden Rechtes gehörigen Umstand oder um eine aufschiebende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 handelt, kann dahingestellt bleiben; denn auch in diesem Falle hängt vom Erlöschen der ganzen zu sichernden Forderung — als von dem Eintritte der Bedingung — die Entstehung des Rechtes ab.

2. **RG.** JW. **12** 192. Einen Vertrag auf seiten des Berechtigten von einer Potestativbedingung abhängig zu machen, ist zulässig.

§ 162. 1. *Brecht, JheringsJ. **61** 308—313. § 162 Abs. 1 setzt ein doloses Verhalten gegen den voraus, zu dessen unmittelbaren Gunsten die Rechtsverschiebung beim Bedingungseintritte stattfindet. Das Eigentum geht daher grundsätzlich nicht schon dann über, wenn der gegenwärtige Eigentümer gegen einen Gläubiger des Anwärters dolos handelt. Wenn aber der Gläubiger durch Pfändung des dem Anwärter zustehenden Rechtsteils selbst ein aufschiebend bedingtes unmittelbares Recht an der Sache (Pfandrecht) erworben hat, verwirklicht sich dieses Recht auch bei einer nur dem Gläubiger gegenüber dolosen Hinderung des Bedingungseintritts (s. unten bei § 857 ZPO.).

2. **RG.** 16. 3. 12, **79** 96 ff., JW. **12** 633. Die wider Treu und Glauben erfolgende Verhinderung des Eintritts einer Bedingung setzt nicht voraus, daß der bedingt Verpflichtete sich unredlich einer vertraglichen Verpflichtung entzogen habe; entscheidend ist nur, ob er den Eintritt desjenigen Ereignisses verhindert hat, das zur Bedingung gestellt war. War der Eintritt des Ereignisses davon abhängig, daß der bedingt Verpflichtete eine Handlung vornahm, so genügt es zur Anwendbarkeit des § 162 schon, wenn die Vornahme der Handlung nach den Geboten von Treu und Glauben erforderlich war. Diese Annahme wird aber nur dann unzulässig sein, wenn es nach der Absicht der Vertragsparteien in das freie Belieben des bedingt Verpflichteten gestellt sein sollte, wie er sich verhalten wolle, nicht auch dann, wenn die Parteien gerade davon ausgegangen sind, die Entscheidung über den Eintritt oder über den Ausfall der Bedingung sei unter allen Umständen herbeizuführen. Auch in derartigen Fällen dem bedingt Verpflichteten die Ausflucht zu gestatten.

daß er sich zur Vornahme der Handlung im Vertrage nicht verpflichtet habe, wäre mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar. Dies wird namentlich dann zutreffen, wenn die Bedingung allein zugunsten des bedingt Verpflichteten vereinbart wurde und mithin anzunehmen ist, daß sich der Gegner zur Bewilligung der Bedingung lediglich im Vertrauen darauf verstanden hat, der andere Teil werde die Entscheidung redlicherweise herbeiführen. In Fällen dieser Art wird der bedingt Verpflichtete so handeln müssen, wie es der bedingt Berechtigte nach Lage der Sache billigerweise erwarten konnte (98).

§ 163. Walsmann, Verzicht 216. Die Aufhebungswirkung des Verzichts kann nicht auf eine bestimmte Dauer beschränkt werden. Daher ist ein Endtermin für den Verzicht ausgeschlossen.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Literatur: Burth, Beseitigung der Teilungspfleger-Kalamität, DNotV. **12** 149—156. — Bourier, Umgehung der notariellen Form durch schriftliche Vollmacht, DNV. **12** 649—683. — Leiling, Auslegung der §§ 181, 182 BGB., BayNotZ. **12** 307—318.

§§ 164 ff. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, Hirths Ann. **11** 904. Dem Begriffe der Vertretung ist gegenüber zu stellen der Begriff der Repräsentation. Der Vertreter handelt im Namen des Vertretenen, der Repräsentant im eigenen. Die Rechtsstellung des Repräsentanten ist unabhängig von dem an sich wirksamen, aber an dem Rechte des Repräsentanten eine Schranke findenden Willen des Repräsentierten, die des gewillkürten Vertreters abhängig von dem Willen des Vertreters und die des gesetzlichen Vertreters von diesem nur um deswillen unabhängig, weil dem Vertretenen vom Gesetze die Willensfähigkeit (ganz oder teilweise) abgesprochen ist. — Die Repräsentation ist entweder Repräsentation mit Parteicharakter oder Repräsentation mit Amtscharakter. Bei der ersten (Prozeßstandschafter) tritt der Repräsentant selbst als Partei auf und kann aus der Repräsentation persönlich verpflichtet werden (Prozeßkosten). Bei der zweiten (Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Zwangsverwalter) handelt der Repräsentant zwar ebenfalls für fremde Rechtssubjekte im eigenen Namen, wird aber niemals persönlich verpflichtet, vielmehr treffen alle persönlichen Verpflichtungen lediglich das Vermögen, dessen Verwaltung von dem Repräsentanten geführt wird.

§ 164. 1. R. **12** Nr. 371 (BayObLG.). Tritt der Ehemann in der irrigen Meinung, er lebe in allgemeiner Gütergemeinschaft statt im gesetzlichen Güterstande, nach außen als Alleinkäufer auf, so erwirbt die Ehefrau an dem gekauften Grundstücke keinerlei Recht, obwohl der kaufende Ehemann Gesamtgut zu erwerben glaubte.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1132. Hat bei Vertragsverhandlungen sich der eine Teil vertreten lassen, hat er aber der Gegenseite erklärt, diese möge sich nur an seinen Vertreter halten, was der erkläre, damit sei er einverstanden, so muß der Vertretene auch für arglistige Handlungen seines Vertreters einstehen, die dieser bei Gelegenheit des Vertragsschlusses begangen hat.

3. Strucksberg, LeipzZ. **12** 52 ff. Wird jemand als Vertragspartei in Anspruch genommen und behauptet, er habe nicht im eigenen Namen gehandelt, so trifft den Kläger die Beweislast dafür, daß der in Anspruch Genommene im eigenen Namen aufgetreten sei (gegen Brach, JDR. **10** Ziff. 3 d). § 164 Abs. 2 stelle keine Vermutung für ein Handeln im eigenen Namen auf, sondern setze nur als unstreitig voraus, daß der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervorgetreten ist.

§ 165. *Thießen, Person und Vermögen 50. Ein Handlungsunfähiger kann sich nicht vertreten lassen und ein Handlungsunfähiger kann nicht Vertreter sein. Wenn das Gesetz den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten als Vertreter zu-

läßt, so heißt das eben: als Vertreter bist du nicht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, da bist du handlungsfähig. Stellvertretung liegt also nur da vor, wo ein handlungsfähiger Mensch die Geschäfte eines handlungsfähigen Menschen wahrnimmt. Bei der Vertretung von Kindern (§ 1630), Mündeln (§ 1793), Vereinen (§ 26) haben wir es mit einer wahren Stellvertretung nicht zu tun. Kinder, Mündel, Vereine haben keine Rechte, ihr „Vertreter" (Vater, Vormund, Vorstand) übt eigene Rechte aus.

§ 166. 1. *Herrmann, Die Rechte des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft, die ihm eigene Aktien betrügerisch verkauft hat, HoldheimsMSchr. **12** 207. § 166 BGB. behandelt nicht den Fall, in dem der Vertreter täuscht. Denn in diesem Falle liegt weder in der Person des Vertreters, noch in der des Vertretenen ein Willensmangel vor.

2. Über Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung s. unten vor § 241.

§ 167. 1. *Bourier, DNotZ. **12** 649 ff. Die „unwiderruflich" erteilte Vollmacht zu einem formbedürftigen Vertrag ist gültig, aber widerruflich, wenn die Form nicht eingehalten ist. — Die Vorschrift ist allgemein dem Formzwecke abträglich; die Ungültigkeit der formlosen Vollmacht kann deshalb aus dem Formzweck und seiner Vereitelung durch die Vollmacht nicht abgeleitet werden.

2. **RG.** 17. 2. 12, JW. **12** 526. Für die Vollmacht fehlt es zwar an einer dem § 664 BGB. entsprechenden Vorschrift, wie sie z. B. für das Gebiet des Handelsrechts in den §§ 52, 58 HGB. enthalten ist; mit Rücksicht auf das in einer Bevollmächtigung zum Ausdrucke gelangende Vertrauensverhältnis ist aber auch die Übertragung einer Vollmacht im Zweifel für unzulässig zu erachten.

3. OLG. **24** 271 (KG.). Läßt der Inhaber eines geschäftlichen Betriebs zu, daß jemand Dritten gegenüber als sein Bevollmächtigter auftritt, so ist darin eine stillschweigende Bevollmächtigung zu erblicken (§ 54 HGB.).

§ 168. 1. *Walsmann, Verzicht 227 ff. Der Verzicht auf das Recht zum Widerruf der Vollmacht ist ausgeschlossen. Die Lücke, die sich damit für praktische Bedürfnisse ergibt, wird gedeckt durch die Abhängigkeit vom Grundverhältnis, welche zeitweisen Ausschluß der Widerruflichkeit zuläßt.

2. a) **RG.** 21. 9. 12, JW. **12** 1102, BayNotZ. **12** 514, BayRpflZ. **13** 19. Liegt einer in Form einer Generalvollmacht erteilten Vollmacht ein bestimmtes Rechtsverhältnis zugrunde, dann ist aus diesem zu ermitteln, welchen Zwecken die Generalvollmacht dient und danach festzustellen, ob sie innerhalb und nach Maßgabe dieses Rechtsverhältnisses widerrufen werden kann. Nur insofern es sich um einen Gebrauch der Generalvollmacht außerhalb des fraglichen Rechtsverhältnisses handelt, ist sie durch das letztere nicht gedeckt und insoweit jederzeit widerruflich. b) OLG. **24** 267 (Hamburg). Der Grundsatz des § 168 führt dazu, daß eine Generalvollmacht ausnahmlos widerruflich und daß bei ihr ein Verzicht auf Widerruf unzulässig ist.

3. **RG.** 11. 10. 12, R. **12** Nr. 3327. Mit dem Tode des Vollmachtgebers verwandelt sich die von ihm erteilte Vollmacht in eine solche der Erben, und wenn die Witwe auf Grund dieser von ihrem Ehemann ihr erteilten Vollmacht handelt, so handelt sie namens der Erben.

§ 170. OLG. **24** 268 (Hamburg). Trotz des § 170 kann unter Umständen eine Ermächtigung, die einem Dritten gegenüber erklärt ist, ihre Kraft auch vor der Anzeige ihres Erlöschens verlieren, wenn nämlich nach verständiger Verkehrsauffassung anzunehmen ist, daß der Vollmachtgeber von vornherein nur für eine den Verhältnissen im Einzelfall entsprechende angemessene Zeit die Ermächtigung hat erteilen wollen und dies dem Erklärungsempfänger klar sein konnte und mußte.

§ 172. OLG. **24** 279 (Braunschweig). Die bloße Bezugnahme auf eine zwar vorhandene, aber dem Dritten niemals zu Gesicht gekommene Urkunde genügt nicht

(RG. **56** 66, JDR. **3**). Hat aber der Dritte die Urkunde gesehen und dadurch von ihrem Inhalte Kenntnis genommen, so ist die Bezugnahme auf sie nicht ausgeschlossen.

§ 178. *Fraeb, ZBlFG. **13** 322. Weil der Testamentsvollstrecker vor der Annahme des Amtes zu Amtshandlungen nicht befugt ist, so sind solche unheilbar ungültig. Hat also der Testamentsvollstrecker eine Vollmacht ausgestellt, bevor er dem Nachlaßgerichte gegenüber die Annahme des Amtes gemäß § 2202 erklärt hatte, und hat der Bevollmächtigte einen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen, der den Mangel dieser Vertretungsmacht beim Abschlusse des Vertrags nicht kannte, so ist der Dritte unter den Voraussetzungen des § 178 zum Widerrufe berechtigt (vgl. §§ 125, 133, 139, 1919, 1960 Abs. 2, 2018, 2027, 2033, 2042, 2048, 2065 Abs. 2, 2084, 2085; 2197 ff., 2202—2205, 2224, 2241, 2360, 2385 BGB., Art. 11 EGBGB., §§ 253, 254, 256, 322 ZPO., § 161 HGB., §§ 86 ff., 171 FGG.).

§ 179. Über Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung s. unten vor § 241.

§ 181. 1. *Burth, DNotV. **12** 149. Wenn minderjährige Kinder bei einer Nachlaßauseinandersetzung eine Verteilung der einzelnen Nachlaßgegenstände unter sich vornehmen wollen, kann unter Benutzung der reichsgerichtlichen Auffassung über die Folgen eines Verstoßes gegen § 181 BGB. die Bestellung je eines besonderen Pflegers für jedes Kind dadurch umgangen werden, daß der Erbteilungsvertrag vom gesetzlichen Vertreter namens aller Kinder allein geschlossen, aber durch einen einzigen, zu diesem Zwecke für alle Kinder bestellten Pfleger nacheinander für jedes Kind gegenüber allen anderen, durch den Vormund bzw. Gewalthaber vertretenen Kindern sofort — in gleicher Verhandlung — genehmigt wird. Diese nachfolgende Genehmigung ist nur ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, bei dem nicht alle Kinder unter sich einen Vertrag schließen, bei dem vielmehr für jedes Kind einzeln gegenüber den anderen als Gesamtheit gehandelt wird, wobei jedes durch den gleichen Pfleger vertreten werden kann, wie auch der Vormund bzw. Gewalthaber nicht gehindert ist, die Genehmigungserklärung jedesmal namens aller übrigen Kinder entgegenzunehmen. ➼ In WürttZ. **12** 105 ist diese Behandlungsweise für unzulässig erklärt, 1. weil der gesetzliche Vertreter seine Pflichten verletze, wenn er einen solchen Vertrag, zu dem er nicht befugt sei, schließe, 2. weil das Vormundschaftsgericht verpflichtet sei, für jedes Kind einen Vertreter zu bestellen, 3. weil das Nachlaßgericht sich in das Vermittlungsverfahren nur einlassen dürfe, wenn jedes Kind seinen besonderen Vertreter habe, 4. weil auch nur im letzteren Falle die Interessen der Kinder voll gewahrt werden können. Zu entgegnen ist aber: zu Ziff. 1, daß es dem Vormunde nicht verwehrt ist, auch auf solche Art einen Vertrag zustande zu bringen (müßten seine Handlungen immer gleich vollwirksam sein, so könnte er ja keinen bedingten, keinen unter § 1396 ff. BGB. fallenden Vertrag abschließen), und daß in der Wahl einer etwas ungewöhnlichen Form noch keine Pflichtverletzung liegt; zu Ziff. 2, daß nur insoweit ein Bedürfnis vorliegt, Pfleger zu bestellen sind, vorliegendenfalls es aber an einem Pfleger genügt; zu Ziff. 3, daß die amtlich vermittelte Auseinandersetzung durch ausdrückliche oder als Versäumnisfolge angenommene einseitige Einverständniserklärungen (§§ 93 und 91 Abs. 3 FGG.), also auf gleiche Art zustande kommt (vgl. auch DNotV. **12** 143 ff.), mithin auch nicht mehrere Pfleger erfordert; zu Ziff. 4, daß die Interessen ebensogut gewahrt werden können und auch werden gewahrt werden, denn das Verantwortlichkeitsgefühl wächst erfahrungsgemäß nicht dadurch, daß sich die Verantwortung auf mehrere Personen verteilt. ⬻

2. *Leiling, BayNotZ. **12** 307 ff. Wenn jemand eigenen Namens (z. B. als Vorerbe) mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft abschließt, sodann als Vertreter eines anderen (z. B. des Nacherben) für diesen die Zustimmung zu dem Rechtsgeschäfte dem Dritten gegenüber erklärt, so gilt diese Erklärung als Zustimmung

sich selbst gegenüber, als Vornahme des Rechtsgeschäfts mit sich selbst, und fällt unter § 181 (BayObLG. 26. 1. 12 s. u. Ziff. 4).

3. **RG.** 19. 12. 11, GruchotsBeitr. **56** 893 ff., JW. **12** 236, SächsRpflA. **12** 76, LeipzZ. **12** 471. Wenn es sich um Vornahme eines Erfüllungsgeschäfts, das in der Welt der Erscheinungen vor sich geht, wie Besitz- und Eigentumsübertragungen, handelt, so muß dieses auch äußerlich durch die Tat für andere erkennbar, der Dritten gegenüber gewollte Zustand auch augenfällig gemacht werden, wenn die Vornahme durch den beiderseitigen Bevollmächtigten erfolgt (**RG. 52** 130, **63** 16). Wenn aber die Verknüpfung rein obligatorischer, nur zwischen den Parteien wirksamer Verbindlichkeiten durch Willenseinigung der Vertragschließenden vorgenommen wird, so genügt hierzu die W i l l e n s e i n i g u n g, die innerhalb des Vertreters beider vor sich geht, ebensogut wie dort, wo sich die Vertragschließenden persönlich gegenüberstehen. Einer W i l l e n s e r k l ä r u n g bedarf es im letzteren Falle auch nur zu dem Zwecke, um gegenseitig den Willensinhalt zur Kenntnis zu bringen. Erfolgt aber die Willensbildung für beide durch ihren gemeinsamen Vertreter in sich, so fällt das Erfordernis einer Erklärung des Willens von selbst fort. Es muß dann ausreichen, wenn überhaupt die Tatsache, daß der Vertreter für seine Vollmachtgeber einen beide bindenden Willensentschluß gefaßt hat, feststellbar wird, und das kann durch Rückschluß auch aus später vorgenommenen Handlungen des Vertreters ermöglicht werden, namentlich, wenn solche sich als Ausführungen des früher gefaßten Willens darstellen.

4. BayObLG. 26. 1. 12, **13** 22 ff., SeuffBl. **12** 267 ff. (BayObLG.). Der § 181 ist dahin auszulegen, daß, wenn der Vertreter zu einem von ihm mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte namens des Vertretenen die Zustimmung dem Dritten gegenüber erklärt, dies als Zustimmung sich selbst gegenüber, als Vornahme des Rechtsgeschäfts mit sich selbst zu gelten hat. In Abweichung von BayObLG. **5** 549, **6** 435 (BayObLG.) und von **RG. 76** 89, s. JDR. **10** Ziff. 6. — Das RG., dem diese Sache vorgelegt worden war, hat am 15. 5. 12 erklärt, daß es bei dem tatsächlich gegebenen Sachverhalt auf die Entscheidung dieser Rechtsfrage nicht ankomme.

5. KGJ. **41** 168 ff. (KG.). Ist ein Bevollmächtigter nicht zum Geschäftschließen mit sich selbst besonders ermächtigt und deshalb nicht befähigt, eine Hypothek des Machtgebers an sich selbst abzutreten, so ist er nach dem Sinne der ihm erteilten Vollmacht auch nicht ermächtigt, die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch dem Grundbuchamte gegenüber zu bewilligen (vgl. auch KGJ. **39** A 235).

6. BayObLG. **13** 13 ff., BayRpflZ. **12** 139, SeuffBl. **12** 338 (BayObLG.). Ein Vertrag, durch den die Erben einem von ihnen ein Nachlaßgrundstück aufla sen, besteht dann nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn das Grundstück dem Miterben zur Befriedigung der Erbansprüche übereignet wird. Denn ein Miterbe kann als solcher von den anderen Miterben nach §§ 2042, 2047 nur Auseinandersetzung des Nachlasses und den seinem Erbteil entsprechenden Teil des Überschusses, nicht aber einen bestimmten Nachlaßgegenstand oder einen Teil eines Nachlaßgegenstandes verlangen. Anders liegt es, wenn das Grundstück dem Miterben als Vorausvermächtnis zugewendet worden ist. Als Vermächtnisnehmer kann er nach § 2174 BGB. von den Erben die Leistung des vermachten Gegenstandes fordern. Diesem Anspruch entspricht die Verbindlichkeit der Erben, ihm das Grundstück zu übereignen.

7. **RG.** 8. 10. 12, **80** 180 ff, JW. **13** 50. Bei der Bevollmächtigung e i n e s Vorstandsmitglieds einer Genossenschaft zum Abschlusse von Rechtsgeschäften kommt § 181 nicht zur Anwendung.

8. **RG.** 26. 4. 12, **79** 282. Der § 181 findet allgemein bei Rechtsgeschäften, also auch bei familienrechtlichen, Anwendung, sofern bei diesen eine Vertretung durch Bevollmächtigte zulässig ist.

9. BadNotZ. **12** 164 (LG. Konstanz). Die Befreiung von der Beschränkung des § 181 kann auch stillschweigend geschehen. Vgl. **RG. 68** 172, Komm. d. RGR. Anm. 2 zu § 181.

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

§ 182. 1. *Leiling, BayNotZ. **12** 307 ff. Der § 182 findet auch auf die Zustimmung des Nacherben zu Verfügungen des Vorerben Anwendung (vgl. BayObLG., oben Ziff. 4 zu § 181). Die Zustimmung des Nacherben zu einer Verfügung des Vorerben wird dadurch ersetzt, daß der Nacherbe und der Vorerbe zusammen die Verfügung vornehmen; es kann daher auch ein Vorerbe zugleich als gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Nacherben — die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorausgesetzt — ein Grundstück mit der Wirkung verkaufen und auflassen, daß der Vermerk der Nacherbfolge im Grundbuche nicht mitüberschrieben wird.

2. **RG.** 25. 9. 12, R. **12** Nr. 3172, JW. **13** 20. Schließt jemand im eigenen Namen einen Mietvertrag über Räume eines Dritten, von dem er Abschlußvollmacht hat, so bewirkt die formlose Zustimmung des Dritten, daß auch er materiell an den Vertrag gebunden wird, z. B. wenn sein Verhältnis zum Vermieter vor Ablauf der Mietzeit endet. Dies gilt z. B. auch für den Mietvertrag, den ein Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft im eigenen Namen über ein Haus der Gesellschaft schließt.

3. SeuffBl. **12** 267 ff. (BayObLG.). Eine vom Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben über ein Grundstück getroffene Verfügung ist ohne die Zustimmung des Nacherben nicht unbedingt wirksam (vgl. § 2113). Der Zweck und der Wortlaut der Vorschrift des § 182 sprechen für die Anwendbarkeit desselben in einem solchen Falle.

§ 185. 1. **RG.** 6. 11. 11, R. **12** Nr. 22. Hat ein Ehemann über eine Forderung seiner Ehefrau ohne deren Zustimmung zu seinen Gunsten mit dem Schuldner eine Novation vereinbart und dann die Forderung abgetreten, so wird die Abtretung wirksam, wenn nachträglich die Frau den Anspruch ihrem Manne behufs Verwertung für seine Rechnung zur Verfügung stellt.

2. KGJ. **41** 234, PosMSchr. **12** 25, RJA. **11** 292 ff. (KG.). Der § 185 Abs. 1 ist grundsätzlich auch auf den Fall anwendbar, daß eine Briefhypothek ohne Übergabe des Briefes abgetreten wird.

3. Über das Verhältnis des § 185 Abs. 2 zur Verfügung unter aufschiebender Bedingung *Brecht, JheringsJ. **61** 268.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§§ 187 ff. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, Hirths Ann. **12** 121. Die Vorschriften des BGB. über die Zeitberechnung bei Fristen und Terminen gelten mangels gesetzlicher Sondernormen für das gesamte öffentliche Reichs- und Landesrecht, insbesondere das Verwaltungsrecht.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

§ 194. 1. *Thießen, Person und Vermögen 27/28. Die „Anspruchs"-verjährung des BGB. ist falsch, da ein Recht nicht verjähren kann (arg. § 222 Abs. 2 BGB.), verjähren kann nur die Pflicht (§ 222 Abs. 1). Wenn die Anspruchsverjährung des BGB. demnach unhaltbar ist, so liegt ihr doch etwas Wahres zugrunde. Mit der Verjährung der Pflicht des Schuldners hat die actio des Gläubigers ihre Kraft verloren, so daß man auch sagen kann, die Verjährung sei eine Klageverjährung. So wird die Sache von den Römern angesehen; die Anspruchsverjährung des BGB. ist nur eine Folge der unklaren Gleichsetzung von Anspruch und actio. Denn was ist die actio? Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi. — Wir hätten hier zwar für actio wieder ius, also ein „Recht", und es

könnte scheinen, als ob die Anspruchsverjährung des BGB. nun dennoch gerechtfertigt wäre. Aber der Unterschied zwischen Anspruch und actio liegt darin, daß jener ein „Recht“ auf fremde Handlung sein soll, während diese ein Recht zu eigener Handlung ist. Und nunmehr wird ersichtlich, warum wir den Anspruch des BGB. nicht als ein Recht anerkennen: ein „Recht“ auf fremde Handlung ist kein Recht.

2. *Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Über das Verhältnis des Anspruchs zum subjektiven Rechte und zur Befugnis (Gestaltungsrecht) vgl. 29 ff.

3. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, HirthsAnn. **12** 121 ff. Die Verjährungsvorschriften des BGB. sind nicht spezifisch privatrechtlicher Natur, gelten daher mangels öffentlich-rechtlicher Sonderformen auch für vermögensrechtliche Ansprüche des öffentlichen Rechtes.

4. **RG.** 2. 1. 12, R. **12** Nr. 555. Der Verjährungseinrede kann die Replik der Arglist nur dann entgegengesetzt werden, wenn der Verpflichtete durch sein Verhalten dem Anspruchsberechtigten begründeten Anlaß gegeben hat, während der Verjährungszeit von der gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs abzusehen.

§ 195. SeuffA. **67** 105 (Dresden). Der Anspruch eines Gesellschafters auf Vertragsstrafe ist im Verhältnis zu Ansprüchen gegen die Gesellschaft auf Schadensersatz selbständiger Natur. Denn die Vereinbarung einer Vertragsstrafe hat in erster Reihe den Zweck, dem Gläubiger gegen den Schuldner durch den drohenden Nachteil ein Zwangsmittel zur ordnungsmäßigen Erfüllung der Verpflichtung zu gewähren, und kann außerdem den Zweck haben, ihm den Beweis des erlittenen Schadens zu ersparen. Sie verfolgt mithin einen vom Schadensersatz unabhängigen eigenen Hauptanspruch, der der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegt.

§ 196. I. Nr. 1. 1. **RG.** 5. 12. 11, **78** 275 ff., JW. **12** 344. Es kann gegenüber dem klaren Wortlaute der Nr. 1 nicht, wie es der Berufungsrichter tut, aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes gefolgert werden, daß die Worte „für den Gewerbebetrieb des Schuldners“ nichts anderes bedeuten als „für den Gewerbebetrieb des Empfängers“. Das Gesetz ergibt nirgends zwingende Gründe dafür, daß die Anwendung der Vorschrift der Nr. 1 auszuschließen sei, wenn beim Vorhandensein mehrerer Schuldner, die Gesamtschuldner sind, die Leistung nur für den Gewerbebetrieb des einen von ihnen erfolgt ist.

2. HansGZ. **13** Hptbl. 9 (Hamburg). In Übereinstimmung mit **RG. 74** 161 ist anzunehmen, daß Wertpapiere nicht zu den Waren im Sinne von Nr. 1 gehören. Für diese Auslegung spricht neben dem allgemeinen Sprachgebrauch auch der für die Einführung der kurzen Verjährung des § 196 Abs. 1 leitende Gedanke (wird näher dargelegt). Wenn aber im Sinne des § 196 Abs. 1 unter Waren nicht auch Wertpapiere verstanden werden können, so läßt sich eine dahingehende Auslegung auch nicht in den erst nachträglich auf Anregung des Bundesrats in das Gesetz eingeführten Abs. 2 des § 196 hineinbringen, da dieser der Art nach dieselben Ansprüche im Auge hat.

3. OLG. **24** 272 (Celle). Die kurze Verjährung des § 196 Nr. 1 ist auch dann anwendbar, wenn der Anspruch des Verkäufers nicht auf den Kaufpreis, sondern nach § 326 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geht. Handelt es sich doch bei diesem Anspruch lediglich um einen solchen, welcher auf dem erwähnten Erfüllungsanspruche beruht und an dessen Stelle tritt. Dabei kann es keinen Unterschied machen, wenn als Schaden nach § 252 der entgangene Gewinn verlangt wird.

4. R. **12** Nr. 2635 (Colmar). Der zweijährigen Verjährung unterliegt auch die Forderung, die ein unter seiner Oberleitung eine Werkstätte mit Dampfmaschinenbetrieb und ein zahlreiches Arbeitspersonal unterhaltender Schreiner gegen den Bau-

herrn auf Zahlung des Preises für Herstellung von Türen und Fenstern und deren Anbringung in dem Neubaue geltend macht.

5. Forderungen der Bauunternehmer (JDR. **5**, **6**, **7** Ziff. III, **9** Ziff. I 2, **10** Ziff. I 5). a) KGBl. **12** 93 (KG.). Ansprüche aus einem Bauentreprisevertrag unterliegen der zweijährigen Verjährung. b) SeuffA. **67** 434 (Jena). Der Honoraranspruch eines Architekten für Ausarbeitung eines Bauplans verjährt weder nach Nr. 1 noch nach Nr. 7.

6. Gewerbebetrieb (JDR. **10** Ziff. I 6). a) **RG.** DJZ. **13** 234. In zwei Jahren verjähren Forderungen aus einem Werkvertrage gegenüber einer GmbH., deren Zweck ein einmaliger Erfolg, nämlich der günstige Verkauf eines Grundstücks ist. Die Vermietung der Gebäude in der Zwischenzeit ist mithin in solchem Falle nur etwas Vorübergehendes. Wolle man aber auch die beabsichtigten Mietnutzungen trotz ihrer nebensächlichen Bedeutung mitheranziehen, so würde es doch noch an der für den Begriff des Gewerbebetriebs erforderlichen berufsmäßigen Gewerbetätigkeit des Unternehmers fehlen. Ein Eigentümer, der sein Grundstück, weil er selbst für die Räume keine Verwendung habe, vermietet, betreibt hierdurch noch nicht ein Gewerbe, nur beim Vorliegen besonderer Umstände ist auf eine beruflich ausgeübte Gewerbetätigkeit des Eigentümers zu schließen. b) OLG. **24** 273 (Posen). Zwar gelten nach § 344 HGB. im Zweifel die sämtlichen Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig; die vierjährige Verjährungsfrist findet aber nur auf diejenigen Rechtsgeschäfte Anwendung, die tatsächlich im Interesse des Gewerbes vorgenommen sind. c) OLG. **24** 273 (Hamburg). Die Beweislast dafür, daß die Leistungen für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt seien, liegt dem Gläubiger ob.

II. Nr. 8. *Kiefe, Ansprüche des commis intéressé und ihre Verjährung, R. **12** 703. Der Anspruch des c. i. auf Mehrgewinnanteil bei unrichtiger Gewinnberechnung ist Gehaltsanspruch und verjährt in zwei Jahren. Der Anspruch des c. i. auf Mehrgewinnanteil bei richtiger Gewinnberechnung, aber infolge Vertragsverletzungen des Prinzipals zu geringem Gewinnergebnis ist Schadensersatzanspruch und verjährt nach § 195 BGB. in 30 Jahren.

§ 197. 1. **RG.** 7. 5. 12, JW. **12** 791, BayRpflZ. **12** 309. Wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 197 sind in regelmäßig wiederkehrenden Fristen, wenn auch nicht notwendig in durchweg gleichem Betrage zu entrichtende Leistungen.

2. Rückständige Alimente (JDR. **4** Ziff. 2, **6** Ziff. 1, **9** Ziff. 3). OLG. **24** 275 (München). Wie der Anspruch des Kindes gegen den unehelichen Vater auf Rückstände von Unterhaltsbeiträgen, unterliegt auch der gemäß § 1709 der Mutter zustehende Anspruch der kurzen Verjährung des § 197. Diese beginnt mit dem Schlusse des Kalenderjahrs, in welchem die betreffende Unterhaltsrente fällig geworden ist.

§ 198. **RG.** 27. 10. 11, JW. **12** 29. Ist zwischen den Parteien vereinbart, daß die Richtigkeit einer Abrechnung anerkannt werden müsse, ehe Zahlung verlangt werden kann, so beginnt die Verjährung des Anspruchs erst mit dem Zeitpunkte, zu welchem die Anerkennungserklärung ohne Verzug des Anerkennenden abgegeben wird.

§ 202. 1. *Aubele, BayNotZ. **12** 370. Eine Kaufpreisforderung wird durch Stundung keine Darlehnsforderung. Auf eine gestundete Kaufpreisforderung werden die für das Darlehen geltenden Rechtsgrundsätze, insbesondere hinsichtlich der Kündigung auch nicht analog anwendbar. Stundung ist eine Einwilligung in das Stehenbleiben einer Schuld. Sie beendet regelmäßig den Verzug des Schuldners, berührt aber nicht den Charakter der Forderung. Bei einer hypothekarisch gesicherten Kaufpreisforderung muß ein Parteiwille auf Änderung des Charakters der Kaufpreisforderung in der Eintragung im Grundbuch oder in einer nicht eingetragenen Nebenabrede zum Ausdrucke kommen. Bezüglich der zur Feststellung des Forderungsinhalts gehörenden Bestimmungen über Rückzahlung einer Forderung

hat es daher auf das Recht derjenigen Forderung anzukommen, zu deren Sicherung die Hypothek bestellt worden ist. Vgl. auch unten zu § 1141.

2. *Fraeb, JW. 12 777. In der Mahnung des Gläubigers nach Fälligkeit kann unter Umständen ein Verzicht auf die bereits entstandenen Verzugsfolgen und eine nachträgliche Genehmigung der vom Schuldner de facto herbeigeführten Stundung erblickt werden, so daß durch eine solche vorläufige, zeitlich nicht abgegrenzte Stundung die Verjährung der Forderung gemäß § 202 gehemmt ist. Der Schuldner oktroyiert seinem Gläubiger die Stundung auf, so daß bei Genehmigung durch diesen der Stundungsvertrag zustande kommt (vgl. zu §§ 151, 157, 208, 242, 284, 286 BGB., §§ 688 ff. ZPO.).

§ 203. Höhere Gewalt (JDR. **4**, **7** u. **10**). a) **RG.** 22. 1. 12, JW. **12** 384, LeipzZ. **12** 386, GruchotsBeitr. **56** 895 ff. Wenn Planck (Anm. 1 Abs. 4 zu § 203) annimmt, daß eine schwere Erkrankung des Anspruchsberechtigten niemals als höhere Gewalt angesprochen werden könne, weil sie nicht ein von außen auf ihn einwirkendes Ereignis sei, sondern in seiner Person selbst sich entwickle, so kann dem nicht beigetreten werden. Nicht jede schwere Erkrankung freilich, wohl aber die jäh und unerwartet über den Menschen hereinbrechende, ist den Einwirkungen von außen durchaus beizuzählen und auf den rein äußerlichen Unterschied, ob der Anspruchsberechtigte von einer Massenkrankheit (Epidemie) ergriffen wird, oder ob die Krankheit als einzelne und besondere ihn befällt (Oertmann, Anm. 2 b zu § 203), kann es nicht ankommen. Eine schleichend sich im Menschen entwickelnde Krankheit, deren Entstehen und Fortschreiten beobachtet werden kann, stellt allerdings niemals eine höhere Gewalt dar, die immer in einem überwältigenden, äußerlich hervortretenden Ereignis in die Erscheinung treten muß. Der § 203 erfordert weiter, daß durch die höhere Gewalt der Anspruchsberechtigte an der Rechtsverfolgung gehindert ist. Der Regel nach hindert aber eine schwere Erkrankung den Betroffenen nicht schlechthin an der Besorgung seiner Rechtsangelegenheiten; sie erschwert sie nur, wie denn auch ein sehr wichtiges und oft verwickeltes Rechtsgeschäft, die Errichtung des letzten Willens, sehr oft in schwerer Krankheit vorgenommen wird und vorgenommen werden muß. Nur Zustände der Bewußtlosigkeit und der Fieberdelirien, die dem Kranken die Möglichkeit der Besorgung seiner Angelegenheiten schlechthin rauben, können den im § 203 geforderten Tatbestand erfüllen. b) **RG.** 9. 11. 11, JW. **12** 70, R. **12** Nr. 23. Darin, daß der gesetzliche Vertreter einer geschäftsunfähigen Person aus Rechtsunkunde eine Rechtsverfolgung unterläßt und der Geschäftsunfähige keine Möglichkeit hat, sich einen anderen Vertreter bestellen zu lassen, liegt keine höhere Gewalt.

§ 208. 1. *Fraeb, JW. **12** 777. Schweigen des Schuldners auf nach Fälligkeit erfolgte Mahnungen des Gläubigers kann als stillschweigende dem Berechtigten gegenüber erfolgende Kundgebung, aus welcher die Überzeugung des Schuldners von dem Bestehen des Anspruchs des Gläubigers erhellt, zur Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung genügen (vgl. zu §§ 151, 157, 202, 242, 284, 286 BGB. und §§ 688 ff. ZPO.).

2. Zielke, DJZ. **12** 456. Die Ehefrau kann Schlüsselgewaltschulden des Mannes mit Wirkung gegen den Mann nicht ausdrücklich anerkennen. Etwas anders steht es mit einem Anerkennen durch konkludente Handlung. Hatte die Ehefrau zu dem Verhalten, aus dem konkludent ein Anerkenntnis des Ehemanns gefolgert werden soll, gesetzliche Vertretungsmacht, d. h. war es eine Geschäftsbesorgung innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises, so wird der Mann auch gegen sich gelten lassen müssen, daß aus dem Verhalten seiner Frau ein Anerkenntnis seiner Schuld durch ihn selbst mit der im § 208 BGB. angegebenen Wirkung gefolgert wird.

3. Unterbrechung durch Anerkenntnis (JDR. **3**, **4**, **5** Ziff. II 1, **7**, **8**, **9** Ziff. 1 u. **10**). a) **RG.** 2. 1. 12, **78** 130 ff., JW. **12** 286. Zur Unterbrechung

der Verjährung durch Anerkenntnis genügt jede ausdrückliche oder stillschweigende dem Berechtigten gegenüber erfolgende Kundgebung, aus der die Überzeugung des Verpflichteten von dem Bestehen des Anspruchs erhellt. Vgl. **RG. 73** 131 ff., JDR. **9** Ziff. 1. **b)** OLG. **24** 273 (Hamburg). Selbst wenn man auch für den § 208 mit einer Anerkennung des Anspruchs dem Grunde nach operieren darf (vgl. SeuffA. **66** 309, JDR. **10** unter a), so liegt eine solche doch nicht vor, wenn der Schuldner erklärt hat, er wolle die Rechnungen des Gläubigers, die sich auf zahlreiche verschiedenartige Ansprüche beziehen, durchprüfen lassen.

§ 209. 1. Erhebung einer Teilklage (JDR. **1, 2, 3, 6** Ziff. 1). a) **RG. 78** 297. Eine Unterbrechung der Verjährung durch Klagerhebung tritt nur insoweit ein, als der Anspruch der gerichtlichen Entscheidung unterstellt und dadurch rechtshängig geworden ist (vgl. **RG. 57** 373, **66** 366). Vgl. auch **RG.** 7. 10. 12, JW. **13** 22. **b)** HessRspr. **12** 315. OLG. **24** 276 (Darmstadt). Eine Unterbrechung der Verjährung liegt bei teilweiser Geltendmachung eines Anspruchs nur insoweit vor, als Rechtshängigkeit entsteht. Dies gilt auch dann, wenn die Teilklage nach ihrer Natur und nach ihrem Inhalte die Feststellung des ganzen Anspruchs erforderlich macht. Nur dann wird eine Ausnahme anerkannt, wenn nach der Fassung der Urteilsformel eines aus § 304 ZPO. ergangenen Urteils in Verbindung mit den Gründen klar ist, daß der Richter den Klaganspruch als einen einheitlichen aufgefaßt hat. Damit wird aber lediglich die Regel dahin bestätigt, daß Rechtshängigkeit und Unterbrechung der Verjährung nur so weit reichen, als das Rechtsverhältnis der richterlichen Feststellung und Entscheidung unterbreitet wird.

2. Nr. 4. **a)** SchlHolstAnz. **12** 313 ff. (Kiel). Für den Begriff der „Abhängigkeit" im Sinne des § 209 Abs. 2 Nr. 4 kann nicht der von der Aussetzung des Verfahrens handelnde § 148 ZPO. in Betracht kommen; es ist nicht erforderlich, daß die Entscheidung des Vorprozesses für den in der Streitverkündung bezeichneten Anspruch präjudizierend oder daß die tatsächlichen Feststellungen des Vorprozesses für den späteren Prozeß maßgebend sein müßten. Das BGB. verlangt keine andere Abhängigkeit des später zu erhebenden Anspruchs vom Ausgange des Vorprozesses, als sie im § 72 ZPO. mit den Worten bezeichnet ist: „eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt." **b) RG.** 15. 3. 12, JW. **12** 640, GruchotsBeitr. **56** 969, BayRpflZ. **12** 254. Die Nr. 4 gewährt dem Kläger nicht etwa die Befugnis, durch Zustellung eines als Streitverkündung bezeichneten Schriftsatzes an den Beklagten die Verjährung eines Anspruchs zu unterbrechen, den er für den Fall der Abweisung des jetzt eingeklagten Anspruchs gegen denselben Beklagten zu erheben beabsichtigt. Dies gilt auch, wenn verschiedene Zweige des Fiskus in Frage kommen. **c) RG.** 1. 10. 12, R. **12** Nr. 3173. Die Streitverkündung unterbricht nur im Falle eines ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits die Verjährung zugunsten einer Partei, die sich bei dem Dritten schadlos halten will, nicht aber auch im Falle des günstigen Ausganges des Rechtsstreits.

3. Nr. 5 (vgl. JDR. **10**). R. **12** Nr. 978 (Stettin). Auch die Anmeldung einer Forderung im Zwangsversteigerungsverfahren unterbricht die Verjährung.

§ 211. 1. Zum Begriffe Prozeßhandlung (JDR. **10** Ziff. 1). **RG.** 2. 10. 11, **77** 324 ff., DJZ. **12** 99, SeuffA. **68** 6 ff. Prozeßhandlung im Sinne der ZPO. ist jede Handlung sowohl der Parteien als des Gerichts, die zur Begründung, Führung und Erledigung des Rechtsstreits dient und vom Prozeßgesetz in ihren Voraussetzungen und Wirkungen geregelt ist. Die Anbringung eines Armenrechtsgesuchs im anhängigen Prozeß und ein darauf vom Vorsitzenden des Gerichts erteilter Bescheid sind demnach in Hinsicht auf die Unterbrechung der Verjährung als Prozeßhandlungen im Sinne des § 211 Abs. 2 Satz 1 anzusehen. Dabei war eine Zustellung oder Mitteilung des Antrags an den Prozeßgegner nicht erforderlich.

2. ElsLothJZ. 12 69 (Colmar). Nach § 211 Abs. 2 endigt die durch Klagerhebung bewirkte Unterbrechung der Verjährung, wenn der Prozeß infolge Nichtbetriebs in Stillstand gerät, mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts. Das Gesetz spricht also nach seinem Wortlaute zwar nur von Stillstand des Prozesses, nicht von Stillstand des Prozeßteils. Die Absicht und der Grund des Gesetzes verlangen jedoch seine Anwendung auch für den Fall, daß der Prozeß nur zum Teil, insbesondere in bezug auf eine Widerklage ruhte, im übrigen aber weiter betrieben worden ist (**RG. 66** 15, vgl. auch JDR. **6** zu §§ 211, 212.).

§ 222. 1. *Walsmann Verzicht 122 ff. Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung ist unzulässig. Das auf Grund einer verjährten Forderung erteilte Anerkenntnis ist kein solcher Verzicht, denn es schließt jene Einrede nicht aus, wenn der Gläubiger auf die ursprüngliche Forderung zurückgreift. (S. 124.).

2. *Thießen, Person und Vermögen 27. Daß das Gesetz vom Verpflichteten sagt, daß er „berechtigt" sei, ist sehr unglücklich ausgedrückt; denn es wäre ein Hohn auf Treu und Glauben, dem trägen oder böswilligen oder unvermögenden Schuldner zuguterletzt noch ein „Recht" zu geben. Besser hieße es wohl: der Schuldner ist nicht mehr verpflichtet (s. o. Ziff. 1 zu § 194).

3. Genügt formloses vertragsmäßiges Anerkenntnis? (JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 1, **5** Ziff. II 1, **6** Ziff. 3, **7** Ziff. 2 u. 8). **RG.** II., 2. 1. 12. **78** 163 ff., JW. **12** 286 und III. 29. 12. 12, **78** 163. Das vertragsmäßige Anerkenntnis des § 222 ist im Gegensatze zu dem eine Unterbrechung der Verjährung bewirkenden Anerkenntnisse des § 208 das der Schriftform unterworfene Schuldanerkenntnis des § 781 (vgl. JW. **10** 280, JDR. **9** Ziff. 1 u. die Rechspr. des OLG.) [Literaturzitate s. **RG. 78** 167]. Wenn aber das vertragsmäßige Anerkenntnis der verjährten Forderung der Schriftform bedarf, dann ist auch eine Umwandlung der verjährten Forderung in eine Darlehnsschuld gemäß § 607 Abs. 2 in Ermangelung der Schriftform nichtig. Die Rücksicht auf den Rechtsfrieden und auf die Vermeidung der Erörterung zeitlich weit zurückliegender Tatsachen werden nach Erledigung des Rechtsverhältnisses höher gestellt als das Interesse des Verpflichteten. Diese Wirkung kann nur haben ein Rechtsgeschäft, das der Leistung wesensähnlich ist und jedenfalls wirtschaftlich nahezu gleich geachtet ist und das ist das „vertragsmäßige Anerkenntnis" des § 781. Nur dieses vertragsmäßige Anerkenntnis „gilt" als Leistung (§ 812).

4. **RG.** 2. 1. 12, **78** 130 ff., JW. **12** 286. Nach der Vollendung der Verjährung kann nur noch ein Verzicht auf ihre Wirkungen oder ein vertragsmäßiges Anerkenntnis im Sinne des § 222 in Frage kommen. Daß neben dem vertragsmäßigen Anerkenntnis ein einseitiger formloser Verzicht auf die Verjährung zulässig ist, unterliegt keinem begründeten Bedenken. Der formlose Verzicht auf die Verjährungseinrede setzt den Willen zu verzichten und damit in erster Linie die Kenntnis der Verjährung voraus. Gerade dadurch unterscheidet sich der Verzicht auf die Verjährung wesentlich von dem vertragsmäßigen Schuldanerkenntnisse, das nach § 222 auch in Unkenntnis der Verjährung rechtswirksam erfolgen kann.

§ 225. 1. **RG. 79** 268 ff., JW. **12** 682. Einem vor dem 1. Januar 1900 erklärten Verzicht auf die Verjährung ist durch § 225 vom Inkrafttreten des BGB. ab die Wirksamkeit entzogen worden, da die neuen Verjährungsvorschriften überhaupt auf altrechtliche Ansprüche für anwendbar erklärt worden sind (Art. 169 EGBGB.).

2. **RG.** 17. 1. 12, LeipzZ. **12** 678. Die Bestimmung einer Verjährungsfrist von kurzer Dauer, die zunächst für die Vertragsklage gegeben ist, kann dahin ausgelegt werden, daß sie zugleich auf konkurrierende Ansprüche aus dem Eigentum oder aus unerlaubter Handlung erstreckt wird (es handelte sich um die Vereinbarung kurzer Verjährungsfristen in Schleppverträgen).

§ 226. **RG.** 16. 10. 11, WarnE. **12** 10. Der § 226 erklärt eine Rechtsausübung für unzulässig, die „nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen". Es kommt nicht sowohl auf die bei der Rechtsausübung von dem Ausübenden tatsächlich gehegte Absicht, als vielmehr darauf an, ob nach der objektiven Sachlage ein anderer Zweck der Rechtsausübung als der, dem anderen Schaden zuzufügen, nicht gegeben sein kann (vgl. **RG. 68** 425, JDR. **7** Ziff. 1), und jedes erkennbare Interesse an der Rechtsausübung schließt deren Unzulässigkeit aus. Dabei hat die Partei, die sich auf den § 226 stützt, auch seine Voraussetzungen, soweit sie sich nicht aus dem unstreitigen Sachverhalt ergeben, zu beweisen.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

§ 227. **RG.** 20. 11. 11, JW. **12** 136. Notwehr ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der sich Wehrende die Tätlichkeiten begonnen hatte. Der Beklagte hat zwar die Tätlichkeiten begonnen, indem er den Kläger gegen eine Droschke stieß, an eine Fortsetzung aber nicht gedacht, sondern sich zur Flucht gewendet. Der Kläger hat sich sodann mit einem Schraubenschlüssel bewaffnet und ist mit dieser Waffe in der erhobenen Hand dem flüchtenden Beklagten nachgeeilt. Der Beklagte ergriff nun eine Peitsche und verteidigte sich hiermit. Angesichts dessen ist die Annahme keineswegs rechtsirrig, daß der Beklagte sich in diesem Stadium des Streites in Notwehr befand. Denn der Beklagte sah sich einem gegenwärtigen Angriffe des ihn verfolgenden Klägers gegenüber; da der Kläger ihn mit einem gefährlichen Werkzeug angriff, war es für den Beklagten geboten, daß er ebenfalls zu einer Waffe, die sich ihm darbot, griff und sich damit zur Wehr setzte.

§ 228. 1. GoltdA. **59** 183 (Hamm). Da es dem bürgerlichen Rechte fern liegt, die öffentlich-rechtliche Stellung des einzelnen zu der Allgemeinheit und dem Staate zu regeln, kann § 228 BGB. nur das Verhältnis zu dem geschädigten Dritten betreffen. Diesen beschränkten Zweck bringt auch das Wort „fremde" im Eingange des § 228 noch zum besonderen Ausdrucke.

2. SchlHolstAnz. **13** 5 (Kiel). Das Erschießen eines umherstreifenden Hundes ist nach § 228 nicht widerrechtlich, wenn durch ihn die Gefahr der Übertragung der Maul- und Klauenseuche auf den Viehbestand des Täters droht.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Vorbemerkung: I. Über „Schuld und Haftung" im geltenden deutschen Rechte ist ein anziehender Aufsatz von Puntschart erschienen. Er knüpft an die in JDR. **10** 63 ff. erwähnte Schrift von Schwerins an. Zu beachten sind auch in diesem Zusammenhange die wertvollen Arbeiten Strohals (I zu § 774), Knokes (Ia zu § 414) und Gierkes (Ib zu § 414).

II. Über den Unterschied von Gattungsschuld und Wahlschuld gibt das Buch von Kisch (§ 243) erschöpfende Auskunft.

III. Wichtig ist die Entscheidung I 7 b γ zu § 249 über die Vorteilsausgleichung in dem Fall, daß der persönliche Schuldner einer Hypothek das Grundstück unter dem Werte ersteht.

IV. Zu der Frage über die Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung liefert die Schrift von Fischer (zu § 275) wichtige Beiträge.

V. Zu § 276 sei besonders hingewiesen auf die Entscheidungen des **RG.** IV 2 a bis c über die Sorgfaltspflicht des Arztes und IV 10 über die Sorgfaltspflicht des Luftschiffers, zu § 278 I 3 auf die Entscheidung des **RG.** über die Haftung des Warenhausbesitzers für das Verschulden seiner Angestellten bei Vorlegung von Waren.

Zu §§ 241 ff. Das Schuldverhältnis. Begriff. Gegenstand. Arten.

Literatur: Ebbecke, Hauptverpflichtung und Nebenverpflichtung, R. 12 181 ff. — Heß, Verpflichtungsgeschäfte über Gesamtgut, insbesondere die sog. Gesamthandsschuld, ErlDiss. 11. — Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, München 1912. — Müller-Erzbach Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Tübingen 1912. — Puntschart, Schuld und Haftung im geltenden deutschen Rechte, GoldschmidtsZ. 71 297 ff. — Thießen, Person und Vermögen, JenDiss. 10.

1. Begriff des Forderungsrechts. *Thießen, Person und Vermögen 23—26. Das Forderungsrecht ist mehr ein Schuldverhältnis als ein Rechtsverhältnis, Pflicht (gebotene Handlungsfähigkeit — auf seiten des Schuldners), nicht Recht (befugte Handlungsfähigkeit — auf seiten des Gläubigers). Das Forderungsrecht, als „Recht" auf eine fremde Handlung, ist kein Recht; Recht ist die Fähigkeit zu eigenen Handlungen.

2. Über Hauptverpflichtung und Nebenverpflichtung Ebbecke, R. 12 181 ff.

3. Über „indirekte Verpflichtung" *Klein, Rechtshandlungen 140/141, 165.

4. Schuld und Haftung. Puntschart. a) Das vollständige Schuldverhältnis ist ein rechtliches Bestimmungsverhältnis zwischen wenigstens zwei durch das Sollen zu dem Zwecke verbundenen Personen, daß der eine Teil, der Schuldner im engeren Sinne, dem anderen Teile, dem Gläubiger, „Schuldner" im weiteren Sinne, eine vorzüglich vermögenswerte oder auf Vermögenswert zurückführbare Leistung (Beschaffung eines Vermögensgegenstandes, sonstiges Tun oder Unterlassen) bewirke, welche grundsätzlich als selbständig und auf sich gestellt denkbar sein muß. Beiderseits besteht rechtliches Sollen und also „Schuld", hier Leisten-, dort Bekommensollen. Ausnahmsweise kann das Sollen auf einer Seite des Verhältnisses bis zu einem gewissen Grade verselbständigt werden. — Von der Schuld grundverschieden ist die Haftung, die eigentliche „Obligation". Sie ist begrifflich die rechtliche Bestimmung einer Person oder Sache, eine Schuld dadurch zu sichern, daß sie für die Schuld einsteht, bürgt, Gewährschaft leistet, pfandartig verstrickt und gebunden ist, um Ersatz zu bieten, falls die Schuld nicht oder nicht richtig erfüllt wird. b) Das Verhältnis von Schuld und Haftung läßt sich etwa folgendermaßen formulieren. Miteinander verglichen, weisen beide Rechtswirkungen zwar einige gleiche Züge, sonst aber starke Verschiedenheiten auf. Überein kommen Schuld und Haftung darin, daß ihr Recht vornehmlich der wirtschaftlichen Sphäre entstammt und daß beide rechtliche Zweckbestimmungen sind. Verschieden sind sie in einer Reihe von Punkten: I. Der Zweck der Schuld ist: Erfüllung des Leistensollens. Der Zweck der Haftung ist: Sicherung der Schuld durch Einstehensollen und -müssen, um die Schulderfüllung zu ersetzen. II. Die Schuld ist ein selbständiger, die Haftung ein abhängiger Begriff. Die Haftung setzt eine Schuld mindestens begrifflich und gedankenmäßig voraus. III. Schulden können nur Personen; haften können nicht nur Personen, sondern auch Sachen. IV. Die Schuld ist nicht die materiell-rechtliche Grundlage eines Gewaltverfahrens gegen den Schuldner; der Schuldner ist stets Subjekt, niemals Objekt, seine Handlung nicht Ergebnis von Zwang, sondern freie Willensbetätigung. Die Haftung ist die materiell-rechtliche Grundlage des Gewaltverfahrens; was haftet, erscheint, weil und insofern es dem Angriff und der Verfolgung ausgesetzt und preisgegeben ist als Objekt, obschon bei Personen auch die freiwillige Handlung zur Verwirklichung des Haftungszwecks eine Rolle spielen kann. — Daraus ergibt sich, daß ein Schuldner begrifflich nicht notwendig zu haften braucht, indem entweder jede Haftung fehlt oder eine andere Person für die Schuld haftet; daß umgekehrt eine haftende Person nicht notwendig zugleich schuldet; daß

schließlich, wie eine Schuld vor jeder Haftung bestehen kann, so auch der Haftungszweck bereits vor der Begründung der Schuld festgelegt, im Hinblick auf eine eventuelle künftige Schuld mit einer Person oder Sache verknüpft werden kann.

5. Das Wesen der Haftungsbeschränkung. *Heß, Verpflichtungsgeschäfte. 1. Die vereinbarte Haftungsbeschränkung ändert nicht das Wesen der Schuldverpflichtung in dem Sinne, daß eine unmittelbare Beziehung des Gläubigers zum Haftungsgegenstande geschaffen würde; ein „quasi dinglicher" Charakter des Schuldverhältnisses, das auf Sondervermögen Bezug hat (so Binder, Rechtsstellung des Erben II 36) Anm. 66, ist nicht anzuerkennen (95 f.). Eine Sonderbelastung eines Vermögens im Sinne einer „gesamthänderischen Schuld" (vgl. über diesen Begriff Vorbem. vor § 420 BGB.) gibt es nicht (96). 2. Das Wesen der modernen „beschränkten Haftung" besteht darin, daß der Inhalt der Schuldverbindlichkeit, die Leistungspflicht selbst geändert wird (94). Diese von Siber — Der Rechtszwang im Schuldverhältnisse nach deutschem Reichsrechte, Leipzig 1903 — im einzelnen begründete Auffassung, vgl. insbes. das. 183, rechtfertigt sich auch durch die Vorschrift des § 785 ZPO. verb. m. §§ 781, 767 ZPO.: Einwendungen, welche gemäß § 781 ZPO. gegen die Zwangsvollstreckung in das nichthaftende Erbenvermögen erhoben werden, sind nach den Bestimmungen der §§ 767 ff. zu erledigen; nun behandelt § 767 Einwendungen gegen den Inhalt des Anspruchs, gegen seinen Bestand und Umfang; die ZPO. deutet demgemäß an, daß die Haftungsbeschränkung das Wesen des materiellen Anspruchs selbst, seinen Inhalt und Umfang berührt, deshalb läßt die ZPO. das Prozeßgericht für die Einwendung der Haftungsbeschränkung zuständig sein (94 Anm. 68).

6. *Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Verf. weist nach, daß dem Verschuldensprinzip als allgemeinem die Frage der Schadenszurechnung regelnden Grundsatz eine rechtspolitische Rechtfertigung nicht zur Seite steht. Das kommt auch in der praktischen Handhabung dieser gleichwohl noch immer das geltende Recht offiziell beherrschenden Maxime zum Ausdrucke. Vielfach ist es nur noch der Schein des Verschuldungsgedankens, der aufrecht erhalten wird. Die Gerichte sehen sich genötigt, mit Verschuldensfiktionen zu arbeiten und verdecken dadurch, daß es in Wahrheit andere Prinzipien sind, welche die Frage der Schadenszurechnung zu lösen geeignet sind und sie auf weiteren Gebieten auch im geltenden Rechte beherrschen. Es sind die Gefährdungshaftung und eine andere Maxime, die Verf. als die der Gefahrtragung bezeichnet.

Der Fall der Gefährdungshaftung ist dann gegeben, wenn fremde Interessen einseitig im eigenen Interesse (oder auch ohne jedes Interesse) gefährdet werden und aus dieser Gefährdung ein Schaden entsteht. Näher dargelegte Gründe der Rechtspolitik fordern, daß den Schaden der trägt, der den Gefährdungszustand hervorgerufen oder unterhalten hat. Wird von Beamten, Angestellten, Arbeitern oder sonstwie im fremden Interesse und im Auftrage des Interessenten ein Gefährdungszustand unterhalten, so trägt die Gefahr nur der Interessent. Die Angestellten usw. sollten nach Gründen der Rechtspolitik nur dann verantwortlich sein, wenn sie vorsätzlich oder grobfahrlässig den Schaden verschuldet haben. Für diesen Fall und für den Fall, daß zwei Gefährdungen zusammentreffen und sich gegenseitig mit einem Schaden (z. B. Schiffzusammenstoß) bedrohen, scheint das Verschuldensprinzip noch rationell zu sein.

Der Fall der Gefahrtragung ist dann gegeben, wenn im eigenen Interesse Werte einer Gefahr ausgesetzt werden, die ein anderer beherrscht. Geht aus einer solchen Gefahr ein Schaden hervor, so soll ihn der tragen, der dieses Risiko überwiegend in seiner Hand hält und nicht der andere Teil, der der Gefahr ohnmächtig gegenübersteht. So verlangen Gründe der Rechtspolitik, daß der Unter-

nehmer die Gefahr des von ihm hergestellten und daher im Herstellungsrisiko von ihm beherrschten Werkes bis zu seiner Abnahme trägt (§ 644 BGB.) und daß eine Ausnahme dann gemacht wird, wenn der entstandene Schaden seine Ursache in Mängeln des vom Unternehmer gelieferten Stoffes oder in Weisungen des Unternehmers hat (§ 645 das.). So erscheint es rationell, daß der Erklärende die Gefahr eines Fehlgehens der Erklärung trägt (§§ 119, 120, 122 BGB.) und nicht der Erklärungsempfänger, der dem Risiko des Versprechens, Verschreibens, falscher Bestellung seitens des Boten usw. einflußlos gegenübersteht. Entsprechendes gilt für den Fall, daß aus der Vollmachtserteilung ein Schaden entsteht (§ 166 BGB.) oder dadurch, daß eigene Sache fremder Hand anvertraut und dort veruntreut wird (§ 932 BGB.) und in zahlreichen anderen, vom Verf. herangezogenen Fällen.

Auch hier zeigt sich der Einfluß der Interessenlage weiter darin, daß der Fall, in dem jemand im fremden Interesse tätig ist, besondere Behandlung erfordert. Beherrscht jemand nur im fremden Interesse ein Risiko als Angestellter usw. (Schiffer, Lokomotivführer, Direktor einer Aktiengesellschaft), so trifft — nach Gründen der Rechtspolitik — nicht ihn die Gefahr, sondern allein den Interessenten (Unternehmer). Der Angestellte usw. sollte nur im Falle vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handelns herangezogen werden.

Verf. führt im einzelnen aus, wie vielfach die Gesetzgebung und Praxis unserer Gerichte mehr oder minder bewußt sich dieser Leitsätze in ihrer Rechtsfindung annähern und daß da, wo die Verschiedenheit in der Interessenlage in den Fällen der Gefährdungshaftung und der Gefahrtragung nicht erkannt wurde, schwere Mißgriffe in der Rechtsprechung und Gesetzgebung (die Novelle zum § 833 BGB.) die Folge sein mußten.

Im zweiten Teil der Arbeit wird gezeigt, daß die Grundsätze der Gefährdungshaftung und Gefahrtragung weitgehend in den mittelalterlichen germanischen Rechten verwirklicht waren und ebenso im römischen Rechte. Hier haben neuere Untersuchungen, die das klassische römische Recht der Schadenszurechnung rein von justinianischen Zutaten wiederzugeben unternommen haben, den Beweis geführt, daß auch das römische Recht zur Zeit seiner höchsten Entwickelung keineswegs ganz dem Verschuldungsprinzipe verfallen war, sondern daß auch hier jene rationelleren Prinzipien ihren Ausdruck fanden.

§ 241. Literatur: Jacobsohn, Die Unterlassungsklage, Berlin 1912.

1. Gegenstand der Leistung. a) Verträge über Art und Ort der Bestattung. SeuffA. **67** Nr. 172 (Posen). Das BGB. schweigt davon, daß lediglich Vermögenswerte Gegenstand eines Vertrags sein könnten. Folglich können auch über ideale, immaterielle Leistungen bindende Verträge geschlossen werden. Nur soweit es gegen die guten Sitten verstößt, sich hinsichtlich sittlicher oder Anstandspflichten rechtlich zu binden, ist ein Vertrag unzulässig. Gegenstand der vertraglichen Bindung kann hiernach auch Ort und Art der Bestattung eines Verstorbenen sein. b) Über die Erwirkung staatlicher Auszeichnungen. BayRpflZ. **12** 116 (Nürnberg). Die Rechtsordnung kennt nicht Verträge der Art, daß der eine Teil sich verpflichtet, sich zu bemühen, daß dem anderen Teile eine Auszeichnung zuteil wird, und daß dieser dafür eine Vergütung verspricht. Wie das Vorrecht der Krone außerhalb jedes Verkehrs steht, so kann auch die unmittelbar oder mittelbar damit zusammenhängende Tätigkeit nicht Gegenstand von Verträgen und klagbaren Ansprüchen sein; sie ist dem Privatrechtsverkehre vollkommen entrückt.

2. Die Unterlassungsklage. Gegenstand der Unterlassungsklage; Problem der allgemeinen Unterlassungsklage. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage. Die Arbeit behandelt in drei Abschnitten: Begriff und Wesen, mehrere Stadien der geschichtlichen Entwickelung,

die Bedeutung der Unterlassungsklage im geltenden Rechte. Hier interessieren folgende Ergebnisse: Gegenstand der Unterlassungsklage ist nur die Dauerunterlassung (verschieden von der einmaligen und der wiederholten Unterlassung), und zwar als reine Unterlassung, wie als Dulden, wie als Sorge dafür, daß zugleich ein gewisser Personenkreis etwas nicht tue; diese Klage besteht zum Schutze jedes absoluten Rechtes, zum Schutze von Gütern, die vor Handlungen gegen „die guten Sitten" nach gemeiner Überzeugung geschützt werden müssen, zum Schutze gewisser relativer Rechte (nicht der Familienrechte, sondern der reinen Forderungsrechte sowie derjenigen Forderungsrechte, die aus den personenrechtlichen Gemeinschaften im Verhältnisse der Gemeinschafter zueinander, und durch das Verhältnis der Körperschaften zu ihren Gliedern entstehen) in zwei Fällen: 1. wenn das Rechtsverhältnis durch die Dauerunterlassung erfüllt wird, 2. wenn dem Berechtigten in einem auf positive Leistung gerichteten Rechtsverhältnis eine auf Entwickelung angelegte Verpflichtung zum dauernden Tun obliegt (Ablehnung schlechtsinniger Analogie, wie auch der Lehre von den sekundären Unterlassungspflichten, wie auch der Unterlassungspflicht als Schadensersatz, als Erscheinungsart der Forderung aus unerlaubter Handlung). — Eine allgemeine Unterlassungsklage, als eine das gesamte Privatrecht erfassende Klage, kann demnach nicht bestehen (Ablehnung der — technisch allein berechtigten — Theorie Eltzbachers, der Lehre von Örtmann, Lehmann, der Theorie des Reichsgerichts [Enneccerus], von Hellwig); allgemeine Klage nur aus dem Prinzipe des § 826 BGB. — nicht aus diesem selbst —; Aufzählung der in Betracht kommenden relativen Rechte und Prüfung der Bedeutung der Unterlassungsklage für sie, soweit aus den abstrakten Typen ersichtlich; Darstellung der absoluten Rechte unter Zugrundelegung und Erörterung eines aus dem Gerichtsgebrauch und der Rechtslehre gebildeten Begriffs des subjektiven absoluten Privatrechts, sowie Prüfung der Bedeutung im einzelnen; im Gebiete der relativen Rechte besteht die Bedeutung der Unterlassungsklage bei den formularmäßigen Rechtsverhältnissen, die im gewerblichen und den Normen des Handelsrechts folgenden Leben eine Rolle spielen; im Gebiete der absoluten Rechte beschränkt sich die Bedeutung der Unterlassungsklage auf die Rechte, die im Gebiete des Erwerbslebens liegen, und auf diejenigen Persönlichkeitsrechte, die als Grundlage jedes Tätigwerdens unmittelbar oder mittelbar die Ehre schützen. — Einzelheiten über Voraussetzungen, Ziel, Wesen der Beeinträchtigung und deren objektive und subjektive Besonderheiten, über „gute Sitten", und das Erfordernis der Abmachung s. §§ 1004, 823, 826, 249, 550 BGB., §§ 259, 890 ZPO., § 1 UnlWG.; vgl. ferner die einschlägigen gesetzlichen Einzelvorschriften.

§ 242. 1. Bedeutung der Vorschrift für den Gläubiger. **RG. 78** 137, 142. Die Vorschrift erhebt nicht nur eine Forderung an den Schuldner, sie enthält auch eine Beschränkung für den Gläubiger; er darf nicht mehr fordern als Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte rechtfertigen.

2. Das Verhalten der Partei darf nicht zu Mißdeutungen Anlaß geben. **RG.** R. **12** Nr. 1438. Aus dem Gebote der Vertragstreue und aus der Notwendigkeit von Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr ergibt sich, daß ein Vertragschließender sein Verhalten dem Vertragsgegner gegenüber derart einzurichten hat, daß es nicht zu Mißdeutungen Anlaß gibt, daß namentlich der Vertragsgegner dadurch nicht irregeführt und nicht in die Lage versetzt werden darf, die zur Wahrnehmung seiner Rechte und Interessen dienlichen Schutzmaßregeln zu unterlassen.

3. Umgehung der Verpflichtung. **RG.** R. **12** Nr. 2009. Hat ein Hypothekengläubiger sich persönlich verpflichtet, den Kaufpreis für eine an den zahlungsfähigen Grundstückseigentümer zu machende Lieferung zu zahlen, sobald eine ihm abgetretene Baugeldrate von dem Baugeldgeber bezahlt sei, so ist er zur

Zahlung auch dann verpflichtet, wenn er, um die Zahlung der Baugeldrate zu hintertreiben, seinerseits auf Grund eines ihm vom Grundstückseigentümer bewilligten Titels die Zwangsversteigerung des Grundstücks beantragt.

4. Über „Anzeigepflicht" vgl. *Klein, Rechtshandlungen 137 Note 8.

5. *Fraeb, JW. 12 778. Bei dem zur Verkehrssitte gewordenen Kreditieren und den als Schutzmittel dagegen ebenfalls zur Verkehrssitte gewordenen mehrfachen Mahnungen handelt es sich um durch stillschweigende Erklärungen oder konkludente Handlungen zum Abschlusse gebrachte Nebenverträge über die Bewirkung der Leistung des Schuldners. Hiernach sind der Sachlage nach angemessene Portoauslagen für Mahnschreiben erstattungsfähig und im Mahnverfahren zuzubilligen (vgl. zu §§ 151, 157, 202, 208, 284, 286 BGB. u. §§ 688 ff. ZPO.).

6. Die Entsch. **RG. 79** 40 s. Ziff. 3 b zu § 339.

§ 243. Literatur: Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld (München und Leipzig 1911).

Kisch. I. Der Gegensatz zwischen Spezies- und Gattungsschuld ist ein vollkommener (12). Es kann eine Schuld daher auch nicht mehr oder minder Speziesschuld oder Gattungsschuld sein. Es gibt zwischen beiden Begriffen keine Mittelstufe. Es gibt zwischen ihnen keine Mischung; darum ist der Ausdruck gemischt-generische Schuld, gemischte Gattungsschuld als logisch unzutreffend abzuweisen (13). II. Für die Annahme einer Spezies- oder Gattungsschuld ist nicht die kleinere oder größere Anzahl der zur Erfüllung geeigneten Objekte maßgebend. Trotz ihrer großen Zahl kann eine Speziesschuld, trotz ihrer kleinen Anzahl eine Gattungsschuld gegeben sein. Vielmehr ist entscheidend, ob das Erfüllungsobjekt als ein individuelles, von anderen Objekten gleicher Art herausgehobenes geschuldet oder aber, ob es nur in der Weise bezeichnet ist, daß es bestimmte Artmerkmale aufweist. Es gibt aber Grenzfälle (15). Zum Begriffe der Speziesschuld gehört nicht die individuelle Vorstellbarkeit ihres Gegenstandes. Vielmehr genügt jedes andere Individualisierungsmerkmal, welches nach der Vorstellung der Partei nur auf ein bestimmtes Objekt zutreffen kann, das eben deshalb als geschuldet anzusehen ist (16/17). Für den Begriff der Gattungsschuld ist es unerheblich, nach welchen Merkmalen die Gattung bezeichnet ist, aus der die Leistung erfolgen soll, ob nach Artmerkmalen oder individuellen Merkmalen. Auch im letzteren Falle ist Gattungsschuld anzunehmen, wofern nur innerhalb des größeren Komplexes die einzelnen Bestandteile im Sinne der Schulderfüllung sich gegenseitig vertreten können (20). Die Schuld einer gesamten Gattung ist eine Speziesschuld (23). Ist nicht die ganze Gattung, sondern ein Teil derselben Gegenstand des Schuldverhältnisses, so liegt eine Gattungsschuld vor, mag dieser Teil absolut (zehn Stück einer bestimmten Briefmarkenausgabe) oder relativ (z. B. die Hälfte der Briefmarkenausgabe) bestimmt sein (41). Ob mithin die Gattung in ihrer Totalität oder nur zu einer Quote versprochen wird, begründet nicht nur einen quantitativen, sondern einen qualitativen Unterschied. Die Schuld ist im ersten Falle eine individuelle; jedes Stück muß geleistet werden und ist also Erfüllungsobjekt geradeso, wie wenn es gesondert versprochen wäre. Im zweiten Falle ist sie eine generelle: es soll eine gewisse Anzahl von Gattungsobjekten geleistet werden; welche zu diesem Zwecke ausgewählt werden, steht noch nicht fest (42). III. Ist eine Quantität aus einem individuellen Vorrat zu leisten, so handelt es sich um eine Gattungsschuld (49), mag die Quantität absolut oder relativ bestimmt sein (115). § 243 Abs. 1 ist für diesen Fall indessen in der Regel nicht anwendbar (71). Ausnahmen sind jedoch denkbar (74). Die Anwendbarkeit des § 243 Abs. 2 ist unzweifelhaft (94). IV. Gattungsschuld und Wahlschuld s. zu § 262. Auf Wahlschulden findet § 243 Abs. 1 keine Anwendung (193).

§ 246. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, Hirths Ann. **11** 915. In der Frage, ob für öffentlich-rechtliche Geldforderungen Verzugszinsen gefordert werden können, besteht eine unausgeglichene Unstimmigkeit zwischen den (sie bejahenden) Zivilgerichten und den Verwaltungsgerichten. ➵ Vgl. aber jetzt SächsOVG. **14** 97, wodurch 8 3 sich erledigt. ⇜

§ 249. Literatur: Fromherz, Haftet der Arzt auf Schmerzensgeld? Ein Beitrag zu der Lehre von der Anspruchskonkurrenz, AZivPr. **108** 435 ff. — Jacobsohn, Die Unterlassungsklage. Berlin 1912. — Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrechte. Tübingen 1912.

I. Begriff des Schadens. 1. Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges. a) Begriff des Schadens. Eine Person leidet Schaden, wenn 1. der vorgestellte Zustand Zwecken (der Befriedigung von Bedürfnissen) der betreffenden Person dienen sollte und 2. der an seiner Stelle wirklich entstehende Zustand ihr für diese Zwecke weniger dienlich ist (nicht die gleichen Gutsqualitäten in gleichem Maße aufweist) (92) oder: Eine bestimmt umgrenzte, insbesondere eine bestimmte haftungauslösende Tatsache ist einer bestimmten Person schädlich, wenn der Zustand, in dessen Wegfall oder Nichteintritt sie besteht, Zwecken der Person dienen sollte, zu welchen ihr der an seine Stelle getretene weniger dienlich ist. Je nach dem Umfang, in welchem die Zweckbestimmung des ausgefallenen Zustandes auf die Erhaltung oder Herbeiführung anderer Zustände gerichtet war, ist in seinem Ausfall auch schon der Ausfall anderer zweckgemäßer Zustände begründet. Diese in einer bestimmten Schädigung ihrem Begriffe nach begründete Weiterentwickelung kann jedoch durch andere Umstände ganz oder zum Teile ausgeschlossen werden. Man findet daher den Schaden, zu welchem sich die in einer bestimmten Tatsache begründete Schädigung in einem gegebenen Zeitpunkte tatsächlich entwickelt hat, indem man feststellt, ob der Zustand, welcher in diesem Zeitpunkte gemäß der Zweckbestimmung des zuerst ausgefallenen Zustandes bestehen sollte infolge dieses Ausfalls tatsächlich nicht besteht, und ob der an seiner Stelle bestehende zu den gleichen Zwecken weniger dienlich ist. Sind diese Fragen zu bejahen, so bildet das Minus an Zweckdienlichkeit, welches der Vergleich des in dem gegebenen Zeitpunkte zweckgemäß bestehen sollenden mit dem an seiner Stelle tatsächlich bestehenden Zustand zuungunsten des letzteren ergibt, das in dem betreffenden Zeitpunkt entwickelte Stadium der zu beurteilenden Schädigung, den alsbald vorliegenden, in der Schädlichkeit der zu beurteilenden Tatsache begründeten Schaden (104/105). b) Vermögensschaden — Nichtvermögensschaden. Da ein Schaden begrifflich außer durch Naturalherstellung des entbehrten Zustandes dadurch ausgeglichen wird, daß an Stelle dieses Zustandes ein zu den gleichen Zwecken des Geschädigten gleich dienlicher geschaffen wird, und da ferner Geld dem darüber Verfügungsmächtigen die Zweckdienlichkeit der Objekte repräsentiert, welche im Verkehre gegen Geld getauscht werden, so kann ein Schaden begrifflich durch Verschaffung von Geld insoweit und nur insoweit ausgeglichen werden, als er in dem Mangel einer Zweckdienlichkeit besteht, deren Faktoren Gegenstand des geldwirtschaftlichen Tauschverkehrs sind. Es ergibt sich also hier die Unterscheidung einer Schadensart, welche begrifflich durch Geld ausgeglichen werden kann, und einer solchen Schadensart, zu deren Ausgleich Geld nicht geeignet ist. Nun besteht aber die positiv-rechtliche Bedeutung der Unterscheidung zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden bekanntlich gerade darin, daß bei Nichtvermögensschaden im Gegensatze zu Vermögensschaden grundsätzlich Ausgleich in Geld nicht verlangt werden kann. Danach ist der Schluß gerechtfertigt, daß das eben gefundene Merkmal der Schadensart, welche begrifflich Ausgleich in Geld zuläßt, das Merkmal ist, welches im Sinne des BGB. Vermögensschaden vom Nichtvermögensschaden unterscheidet. Es kommt hiernach für diese Unterscheidung nicht darauf an, ob der Geschädigte die Objekte, um deren Zustand es sich handelt,

in ihrem entbehrten Zustand um einen höheren Preis hätte verkaufen können, als in ihrem vorhandenen (96/97).

2. Der Umstand, daß der Vermögensnachteil einstweilen durch den Beschädigten oder einen Dritten gedeckt ist, befreit nicht von der Ersatzpflicht. a) **RG.** R. 12 Nr. 24. Heilungskosten können im Namen des verletzten Kindes auch dann gefordert werden, wenn der Vater sie auf Grund seiner Unterhaltspflicht einstweilen bestritten hat. b) **RG.** R. 12 Nr. 2011. Der körperlich Geschädigte kann den zur Herstellung seiner Gesundheit erforderlichen Geldbetrag von dem Schädiger auch dann noch verlangen, wenn die notwendigen Ausgaben einstweilen von einem unterhaltspflichtigen Verwandten bestritten worden sind. Es folgt das aus der einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellenden Vorschrift des § 843 Abs. 4 BGB. (**RG. 65** 162).

3. Eintritt des Schadens. **RG.** R. **12** Nr. 2010. Wer sich zur Verhütung der Zwangsversteigerung eines Grundstücks bis zu einem bestimmten Termine verpflichtet hat, haftet für den Schaden an sich auch dann, wenn nur die Einleitung der Zwangsversteigerung vor diesen Termin fällt. Der Schaden kann auch in der Verhinderung eines entsprechenden freihändigen Verkaufs unter Abwälzung der persönlichen Hypothekhaftung bestehen.

4. Nachweis des Schadens. **RG.** R. **12** Nr. 2920. Bei regelmäßigem Sachverlauf ist anzunehmen, daß mangels Hingabe eines Darlehens an einen Schuldner in schlechter Vermögenslage die Zinsen bei anderweitiger Anlage eingegangen wären.

5. Art des Schadensersatzes. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage (34/5). § 249 ist für die Unterlassungsklage nicht zu verwerten. Die schadensersetzende Tätigkeit soll die Wirkungen der schädigenden Handlung beseitigen. Die Unruhe und Unsicherheit, die als moralischer Schaden (nach Ansicht Kohlers, Oertmanns u. a.) in dem Geschädigten bestehen soll, ist nicht durch die gewesene Rechtsverletzung verursacht, sondern durch eine vermutete Rechtsgefährdung hervorgerufen. § 249 gilt aber nicht gegenüber drohenden Maßnahmen, also nicht zur Herstellung künftigen ungestörten Rechtsgenusses. Allgemein vgl. § 241 Satz 2 BGB. und die dortigen Verweisungen.

6. Schadensersatz bei arglistiger Täuschung. a) **RG.** JW. **12** 742 Nr. 4. Allerdings ist in **RG. 66** 81 daran festgehalten, daß der durch wissentlich falsche Versicherungen des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache arglistig getäuschte Käufer verlangen könne, daß der Verkäufer ihn so stellt, wie er stehen würde, wenn die Versicherungen der Wahrheit entsprächen, daß der Verkäufer ihm also das Erfüllungsinteresse gewährt. Die Grundlage hierfür ist aber nur im § 463 BGB. gefunden und im übrigen ist anerkannt, daß im Falle der Herbeiführung eines Vertragsschlusses mittels arglistiger Täuschung der zum Schadensersatze verpflichtende Umstand eben diese Täuschung ist, daß der Getäuschte deshalb gemäß § 249 BGB. nur verlangen kann, daß er in die Lage versetzt wird, in der er sich befinden würde, wenn er nicht getäuscht worden wäre, und daß sich sein Schadensersatzanspruch demgemäß auf das sog. negative Vertragsinteresse beschränkt. b) **RG.** WarnE. **12** 73. Maßgebend für die Höhe des Schadens bei arglistiger Täuschung ist allein § 249 BGB. Die Beklagten haben den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Kläger nicht getäuscht wäre, es handelt sich somit um die Ausgleichung der Vermögensminderung, die die unerlaubte Handlung gegenüber dem allgemeinen Vermögenszustande des Beschädigten vor der unerlaubten Handlung bewirkt hat (Komm. von Reichsgerichtsräten Vorbem. 4 c vor § 823 BGB.).

7. Umfang des Schadens. a) SeuffA. **67** Nr. 245 (Dresden). Die vertragswidrige Abtretung einer nicht valutierten Hypothek verpflichtet den Gläubiger zur Zahlung der Valuta. b) R. **12** Nr. 1750 (Hamburg). Bei der Verletzung

des Körpers ist der Schadensersatzpflichtige verpflichtet, auch die Kosten des Arztes zu ersetzen, die der Beschädigte zu seiner Heilung aufgewendet hat.

8. Vorteilsausgleichung. a) Allgemeines. α. *Isaac, Kommentar zum Automobilgesetze 128 ff. Unbrauchbar ist der bisher in der Praxis herrschende Gesichtspunkt, ob die Nachteile und die Vorteile auf dasselbe Ereignis zurückzuführen sind. Ungenügend ist auch die Formulierung, wonach ursächlicher Zusammenhang oder adäquater Zusammenhang zwischen Vorteil und Nachteil bestehen müssen. Die Grundlage für Abwägung der Vorteile und Nachteile gibt nicht das schädigende Ereignis, sondern das beschädigte Rechtsgut. Wie ein lebender Organismus in sich die Fähigkeit besitzt, erlittene Verletzungen aus sich heraus ganz oder teilweise zu heilen, so auch ein wirtschaftliches Gut. Ein Schaden vermindert sich daher um die wirtschaftlichen Werte, die dem Verletzten 1. infolge des Unfalls zuwachsen, und 2. im unmittelbaren, im adäquaten Kausalzusammenhang aus dem beschädigten Rechtsgute hervorgehen. Letzteres ist der Fall, wenn die Vorteile hervorgehen: a) aus der Substanz des beschädigten **Rechts**guts (residua, Überreste); b) als Nutzungen, Früchte (bildlich gemeint) des beschädigten Rechtsguts, namentlich der Erwerbstätigkeit und des familienrechtlichen Bandes zwischen dem Verletzten und Dritten sowie der daraus entsprechenden Unterhaltsansprüche; c) aus freiwerdenden oder fortfallenden Lasten, Verbindlichkeiten, Aufwendungen, die auf dem beschädigten Gute geruht haben oder aus ihm entstanden sein würden. Zu b gehören (entgegen dem RG.) auch die Leistungen der Knappschaftskassen; ferner die auf Grund gesetzlichen Erbrechts ausfallende Erbschaft und des gütergemeinschaftlichen Vermögens; testamentarische Zuwendungen nur soweit sie sich mit den gesetzlich zufallenden Beträgen decken (RG. unklar). β. WürttRpflZ. **12** 25 (Stuttgart). Die Vorteilsausgleichung ist nicht Aufrechnung, sondern Ausgleichung. Als Schaden gilt nur das Nettoergebnis des schädigenden Ereignisses. **b)** Einzelfälle. α. **RG.** SeuffA. **67** Nr. 31. Wer beim Kaufe eines Grundstücks über die Höhe der Mieten getäuscht ist, kann Schadensersatz nicht beanspruchen, wenn er die Mieten bis zu der ihm angegebenen Höhe gesteigert und vom Beginne seines Nutzungsrechts an in dieser Höhe bezogen hat. β. **RG.** R. **12** Nr. 2514. Hat ein Hypothekengläubiger ein Grundstück unter Wert angesteigert, ist er dabei aber mit einem Teile seiner Hypothek ausgefallen, so hat, sofern ein Dritter ihm für den Hypothekenausfall schadensersatzpflichtig ist, eine Vorteilsausgleichung stattzufinden. γ. **RG.** Gruchots Beitr. **57** 150. Wenn der persönliche Schuldner einer Hypothek zur Vermeidung eines Ausfalls das Grundstück unter dem Werte ersteht, so kann er von dem früheren Eigentümer, der die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hatte, deshalb, weil er ihn nicht von der persönlichen Schuld befreit hat, dann Ersatz der Aufwendungen für Gerichtsgebühr, Stempel und Steuern nicht verlangen, wenn der Betrag dieser Aufwendungen durch den Überschuß des Wertes über den Kaufpreis gedeckt ist. — Hier trifft ohne weiteres die Voraussetzung zu, daß der Verlust, den der Kläger infolge der bezeichneten Aufwendungen erlitten haben will, und andererseits der Vorteil, den er durch den Erwerb des Grundstücks erlangt hat, durch das nämliche Ereignis verursacht wird, und daß mithin die Vorteilsausgleichung Platz greifen muß. — Wollte man aber auch davon ausgehen, daß der Kläger bereits dadurch Schaden erlitten habe, daß vom Beklagten unterlassen worden ist, ihn von der Haftung für die zweite Hypothek zu befreien, in Verbindung mit der Tatsache, daß wegen dieser Hypothekenforderung die Zwangsversteigerung erfolgt (**RG.** **65** 61), dann muß auch unter diesen Umständen der Grundsatz von der Vorteilsausgleichung durchgreifen. Denn sonst wäre anzunehmen, daß sowohl der bezeichnete, dem Kläger schädlich gewordene Zustand wie auch der ihm später zuteil gewordene Vorteil beiderseits in dem nämlichen Umstand ihre Ursache hatten, daß der Beklagte seiner ver-

tragsmäßigen Verpflichtung, den Kläger haftfrei zu machen, nicht nachgekommen war (vgl. JW. **09** 46 Nr. 5). Der Fall, daß der ausfallende Hypothekengläubiger das Grundstück ersteht und nicht gehalten ist, den durch den Erwerb des Grundstücks erlangten Vorteil auf den erlittenen Ausfall sich anrechnen zu lassen, liegt wesentlich anders.

II. Ursächlicher Zusammenhang. 1. Allgemeines. *Isaac, Kommentar zum Automobilgesetze 73 ff., 89, 93, 98 f., 138, 168, 277, 376 ff., 380, 387 f., 393 über die überall wiederkehrenden 3 Grundsätze des Kausalzusammenhanges: 1. A. muß wirkliche Bedingung, conditio sine qua non von B. sein, d. h. B. wäre nicht eingetreten, wenn A. hinweggedacht würde. 2. A. muß B. nicht bloß zufällig, sondern adäquat (voraussehbar) verursacht, d. h. A. muß nach den Gesetzen der Lebenserfahrung die Entstehung von B. begünstigt haben. 3. A. braucht nicht die einzige Bedingung von B. zu sein.

2. Nicht jeder natürliche Zusammenhang ist rechtlich beachtlich. a) SächsOLG. **33** 272. Zur Annahme eines ursächlichen Zusammenhanges im Rechtssinne — im Gegensatze zu einer solchen im natürlichen Sinne — genügt nicht, daß ein Umstand schlechthin ursächlich für einen Erfolg gewesen ist, dieser also ohne jenen nicht eingetreten wäre. Vielmehr ist ein ursächlicher Zusammenhang im Rechtssinn und damit eine Verantwortlichkeit des Täters trotz des äußeren Kausalzusammenhanges zwischen der Handlung und dem schädigenden Erfolge dann ausgeschlossen, wenn die Handlung nur zufällig und unter Hinzutritt anderer außergewöhnlicher Umstände den Erfolg herbeigeführt hat, wenn also der Zusammenhang zwischen beiden nur durch eine Verkettung mit anderen von der Handlung unabhängigen, nicht erkennbaren Umständen begründet oder sonst ein so entfernter ist, daß er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise als solcher nicht mehr in Betracht kommt. Zur Annahme eines haftbar machenden Kausalzusammenhanges im Rechtssinn ist erforderlich, daß die Handlung allgemein nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge geeignet ist, den Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen, dieser Erfolg also von einem verständigen Manne vorausgesehen werden konnte (sog. adäquate Verursachung); vgl. **RG. 69** 58, **72** 326. b) SächsOLG. **33** 281. Ein Umstand ist schon dann als Ursache der Rechtsveränderungen anzusehen, wenn sie nach vernünftigem Ermessen und nach den Erfahrungen des Lebens als der zureichende Grund der Rechtsveränderung erscheint. c) **RG.** JW. **12** 459 Nr. 5. Es ist anerkannt und auch das RG. hält in ständiger Rechtsprechung daran fest, daß der natürliche Zusammenhang mit seinen reichen und unübersehbaren Verzweigungen jedenfalls in den Fällen nicht genügt, wo es sich nur um mittelbare Folgen handelt. Es muß, will man nicht zu praktisch unerträglichen Ergebnissen gelangen, für den rechtlich beachtlichen Zusammenhang der Ereignisse ein weiteres Erfordernis aufgestellt werden, das mit dem **RG.** (SeuffA. **64** Nr. 7) dahin zu bestimmen ist, daß die nur mittelbar eingetretenen Folgen nicht in einem so entfernten Zusammenhange mit dem als Ursache in Anspruch genommenen Ereignisse stehen darf, daß er nach der Auffassung des Lebens nicht mehr in Betracht gezogen werden kann.

3. Ursächliches Zusammenwirken mehrerer Tatsachen. a) **RG.** JW. **12** 581 Nr. 1. Laufen mehrere Tatsachen nebeneinander, die nach menschlicher Erfahrung sowohl jede für sich als auch im Zusammenwirken miteinander einen Erfolg ursächlich herbeigeführt haben können, so ist im Zweifel, wenn nicht zu ermitteln ist, welche dieser ursächlichen Verknüpfungen in Wirklichkeit stattgehabt haben, das Zusammenwirken aller anzunehmen. b) **RG. 79** 317. Zur Feststellung der Ursächlichkeit des Verhaltens des Kraftwagenlenkers an einem Unfalle genügt es, daß durch seine Handlung (dichtes Vorbeifahren) die Gefahr mitgeschaffen wurde, die im Zusammenhange mit dem verkehrten Eingreifen eines Insassen, das die entscheidende letzte Ursache des Zusammenstoßes bildet, den Unfall herbeigeführt hat. Daß der

Kraftwagenführer das Eingreifen des Insassen nicht voraussehen konnte und daß ohne dieses Eingreifen der Unfall vermieden worden wäre, schließt eine Ursächlichkeit seines unsorgsamen Handelns nicht aus.

III. Konkurrenz zwischen dem Schadensersatzanspruch aus dem Vertrag und dem aus unerlaubter Handlung. Fromherz, AZivPr. **108** 435 ff. Zur Beantwortung der Frage nach der Anspruchskonkurrenz muß der zur Entscheidung stehende Fall jeweils einer Prüfung in doppelter Richtung unterzogen werden. Einmal muß gefragt werden, ob die in der Schadenszufügung verwirklichte Gefahr in einem inneren, adäquaten Zusammenhange zu dem vorliegenden Schuldverhältnisse stehe. Außerdem muß aber, will man eine für die Praxis ausreichende Bestimmtheit der Grenzziehung erreichen, auch die Frage gestellt werden, ob im gegebenen Falle die Gefahr sich nicht auf solche Personen erstreckt hat, die zu dem Verantwortlichen in keiner vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehung standen. Dann haftet er auch nach den Deliktsvorschriften; denn dann hat eine nicht auf den Vertragsgegner beschränkte, eine Verkehrsgefahr, die Schadenszufügung verursacht (448/449).

§ 251. 1. **RG.** R. **12** Nr. 181. Ist durch die zu Unrecht erfolgte Löschung einer Hypothek und durch die Neueintragung einer solchen zugunsten eines gutgläubigen Dritten dem Hypothekengläubiger ein Schaden entstanden, so ist der schadensersatzpflichtige Eigentümer zur Geldentschädigung verpflichtet, da bis zum Beweise des Gegenteils Unmöglichkeit der Naturalleistung anzunehmen ist; Sache des beklagten Eigentümers ist es, darzulegen, daß er bereit und imstande ist, die Hypothek mit dem früheren Range wieder eintragen zu lassen.

2. **RG.** WarnE. **12** Nr. 333. Bei der Täuschung über den Wert eines abgetretenen Geschäftsanteils einer GmbH. kann nur dann Schadensersatz in Geld gefordert werden, wenn der Geschäftsanteil nicht zurückübertragen werden kann.

3. **RG.** R. **12** Nr. 182. Die Verurteilung zum Schadensersatz in Natur ist nicht deshalb unzulässig, weil möglicherweise die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht mehr erfolgen kann. Tritt dieser Fall später doch ein, so ist § 767 ZPO. anwendbar.

4. SeuffA. **67** Nr. 32 (Dresden). Die Wiederherstellungskosten sind mit dem Werte der wiederherzustellenden Sache zu vergleichen, und schon dann verhältnismäßig hoch, wenn sie den Wert der Sache übersteigen.

§ 254. Literatur: Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht. Tübingen 1912. — Schneider, der Gedanke von Treu und Glauben in § 254 Abs. 2 BGB., ABürgR. **37** 160—164.

I. Allgemeines. 1. Anwendungsgebiet. a) **RG. 78** 176, 179. Auf den Fall eines Schiffszusammenstoßes ist § 254 nicht anwendbar, denn diese Materie ist einschließlich des Zusammenstoßes mit einem Schleppzug in den §§ 734 ff. HGB. ausschließend geregelt. Für den Fall des beiderseits begangenen Verschuldens kommt allein § 735 Abs. 2 HGB. zur Anwendung. b) OLG. **25** 37 (KG.). Der Auffassung des RG. (**RG. 63** 270), daß das BGB., besonders auch § 254 auf den § 25 EisenbahnG. vom 3. November 1838 keine Anwendung finde, ist beizutreten.

2. Begriff des mitwirkenden Verschuldens. Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges. § 254 setzt auf seiten des Beschädigten nicht nur objektive Rechtsnormwidrigkeit, sondern auch subjektiv schuldhaftes Verhalten voraus (116).

3. Mitwirkendes Verschulden bei arglistigem Handeln. **RG.** RheinA. **109** 367. Wer bei einer dolosen Handlung verletzt wird, hat keinen Ersatzanspruch. Kindlicher Übermut kann aber dolosen Handlungen nicht gleichgestellt werden.

4. Abwägung des Verschuldens und der Ursächlichkeit. a) **RG.** JW. **12** 31 Nr. 15. Bei Anwendung des § 254 ist in erster Linie nicht die Frage des Verschuldens, sondern der Verursachung in Betracht zu ziehen. b) **RG.** JW. **12** 71 Nr. 8. Die nach § 254 erforderliche Abwägung des Verschuldens und der Ursächlichkeit hat, wenn es sich um die Gefährdungshaftung aus § 1 HaftpflG. handelt, auf der einen Seite die Betriebsgefahr, so wie sie nach den Umständen des Einzelfalls in ihrer ursächlichen Bedeutung für den Unfall sich darstellt, auf der anderen Seite das Verschulden in Betracht zu ziehen. c) **RG.** JW. **12** 138 Nr. 11. An der vom RG. ständig vertretenen Auffassung, daß auch die Schwere des beiderseitigen Verschuldens zu berücksichtigen ist (**RG. 68** Nr. 102, **75** Nr. 60, GruchotsBeitr. **47** 647, **48** 933) wird festgehalten. d) **RG.** R. **12** Nr. 183. Mit Rücksicht auf die Roheit und Gefährlichkeit des Verteidigungsmittels ist es nicht ausgeschlossen, bei dem ursprünglichen Angreifer das geringere Verschulden an der Schlägerei anzunehmen. e) *Isaac, Kommentar zum Automobilgesetze 247 ff., 281. Grundgedanke des § 254 ist das Gefährlichkeitsprinzip. Abzuwägen ist Gefährlichkeit der schädigenden Handlung auf der einen, und die Gefährlichkeit des schuldhaften Verhaltens auf der anderen Seite. — 250 ebenda: Verschulden von gesetzlichen Vertretern, Angestellten, Hilfspersonen (Anwendung der §§ 38, 31 u. 278 BGB., letzteres entgegen dem RG.). Vgl. ferner 377 ff. ebenda zu § 17 AutomobilG. f) Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse. α. **RG.** JW. **12** 70 Nr. 2. Bei einem zwölfjährigen in einer Großstadt wohnenden Mädchen wird im allgemeinen eine genügende Einsicht in die Gefahren des Straßenverkehrs anzunehmen sein, es wird wissen, daß es gefährlich ist, ohne sich gehörig umzusehen, über den Fahrdamm zu laufen. Allein dadurch, daß es den Kraftwagen, vor dem es lief, wegen des Blockwagens nicht sehen konnte, wird sein Verschulden nicht ausgeschlossen. β. **RG.** JW. **12** 32 Nr. 16. Der Umstand, daß der Betriebsunfall einen alkoholgeschwächten Körper getroffen hat, ist erst bei der Bemessung des Erwerbsverlustes des Verletzten zu berücksichtigen. Bei der Entscheidung über den Grund des Anspruchs ist er außer Betracht zu lassen. γ. BadRpr. **12** 37 (Karlsruhe). Unachtsames Überschreiten des Schienengeleises einer elektrischen Straßenbahn durch einen Schwerhörigen ist als grobes mitwirkendes Verschulden anzusehen. δ. **RG.** R. **12** Nr. 2175. Das Versehen eines Rechtskundigen ist gegenüber dem einer rechtsunkundigen, wenn auch geschäftsgewandten Partei in der Regel überwiegend. g) Mitwirkendes Verschulden durch Nichtgebrauch von Rechtsbehelfen. α. **RG.** R. **12** Nr. 2176. Ob die Durchführung eines verlorenen Rechtsstreits eigenes Verschulden gegenüber dem sonst Regreßpflichtigen bedeutet, richtet sich nicht nach dem jetzigen, sondern dem damaligen Stande der Rechtsprechung. β. **RG.** R. **12** Nr. 186. Wenn der durch eine zu Unrecht ergangene polizeiliche Anordnung Geschädigte gegen die Anordnung die gegebenen Rechtsmittel einlegt, so ist ihm daraus in der Regel kein Vorwurf zu machen, auch wenn er durch eine Befolgung der Anordnung den Schaden hätte herabmindern können. γ. Sächs. OLG. **33** 281. Schon aus § 839 Abs. 3 ergibt sich, daß sonst die Benutzung aller denkbaren Rechtsmittel nicht eine Vorbedingung des Schadensersatzanspruchs bilden soll. Der Beschädigte braucht sich deshalb zur Abwendung des Schadens auf einen kostspieligen und in seinem Ausgang unsicheren Rechtsstreit nicht unbedingt einzulassen. δ. PosMSchr. **12** 46 (Posen). Der Schuldner hat den ihm durch Nichtbeachtung eines Stundungsabkommens zugefügten Schaden vorwiegend verursacht, wenn er es unterlassen hat, durch Geltendmachung der Stundungsabrede die Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen. h) Ablehnung ärztlicher Behandlung und Operation als Mitschuld. α. **RG.** JW. **12** 136 Nr. 8. Inwieweit der Verletzte verpflichtet ist, sich einer Operation zu unterziehen, läßt sich nicht nach einer für alle Fälle gleichmäßig gültigen Norm bestimmen, sondern

muß nach den konkreten Umständen des einzelnen Falles geprüft werden. Hierbei wird es namentlich auf die Beschaffenheit des Leidens, die Schwere und Gefährlichkeit der Operation, die mehr oder minder sichere Aussicht auf Erfolg ankommen. (Die Abnahme eines Fingerglieds ist keine schwierige oder gefährliche Operation.) β. OLG. 24 281 (Naumburg). Die Ablehnung der Operation enthält kein Verschulden des Verletzten, wenn er aus dem Rate des Arztes, sein Haus zu bestellen, schließen konnte, daß der Eingriff nicht gefahrlos sei. γ. **RG.** R. **12** Nr. 1141. Die Unterlassung nachträglicher Heilungsversuche kann durch hochgradige Nervenerschöpfung entschuldigt sein. δ. **RG.** R. **12** Nr. 1142. Der nach dem HaftpflG. zahlungspflichtige Unternehmer kann nicht als eigenes Verschulden des Verletzten geltend machen, letzterer hätte ihn um Vorschuß für Eintritt in ein Sanatorium angehen müssen, wenn das Bedürfnis dem Ersatzpflichtigen ohnehin bekannt war. i) Unterlassung anderer Aufwendungen als Mitschuld. **RG.** JW. **12** 31 Nr. 15. Unter Umständen hat der andere Teil die Pflicht, eigene Aufwendungen zur Abwendung oder Minderung des Schadens zu machen (Reinigen verunreinigter Mühlenzuflüsse).

5. Anwendung des § 254 auf die Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner. **RG.** R. **12** Nr. 1752. Nach Lage der Umstände kann im Falle der Säumnis eines Gesamtschuldners ein die Schadensersatzpflicht ganz oder teilweise ausschließendes Mitverschulden des anderen Gesamtschuldners gemäß § 254 Abs. 2 BGB. darin gefunden werden, daß er es unterlassen hat, den Schaden dadurch abzuwenden, daß er seinerseits die ganze Schuld bezahlte.

6. Anwendbarkeit des § 278 auf die Fälle des § 254. a) **RG.** **79** 319. Auch eine entsprechende Anwendung des § 278 setzt immer eine bestehende Schuldverbindlichkeit voraus, deren Erfüllung in Frage steht. Von einer solchen kann in dem Verhältnisse des durch eine unerlaubte Handlung Verletzten zu dem Schädiger auch nicht in einem übertragenen Sinne gesprochen werden (**RG.** **62** 346, **75** 257, **77** 211, R. **11** Nr. 685). Hier hat vielmehr an die Stelle der Anwendung des § 278 BGB. aus dem Grundgedanken des Schlußsatzes des § 254 heraus die entsprechende Anwendung des § 831 BGB. zu treten (JW. **11** 944 Nr. 9, **12** 138 Nr. 12). b) **RG.** R. **12** Nr. 2013. Ein Geschäftsangestellter, der auf der Fahrt mit einem seinem Arbeitgeber probeweise überlassenen, von einem Chauffeur des Lieferanten geleiteten Automobile zuschaden kommt, hat bei einem gegen einen dritten Haftpflichtigen erhobenen Schadensanspruche nicht ein etwaiges Verschulden des Chauffeurs zu vertreten. c) DJZ. **12** 463 (Dresden). Eine Ausdehnung der entsprechenden Anwendung des nur im Abs. 2 Satz 2 § 254 angezogenen § 278 auf die unter § 254 Abs. 1 gehörenden Fälle würde zur Rechtsungleichheit gegenüber dem Beschädigten führen, der nicht, wie der Geschäftsherr der schädigenden Hilfsperson, nur in den Grenzen des § 831, sondern für alle Versehen seiner Hilfspersonen unbedingt einzutreten hätte, und ist deshalb abzulehnen (**RG.** **62** 346 ff.).

II. Einzelfälle bei außervertraglicher Beschädigung. 1. Verkehrsunfälle. a) Automobilunfall **RG.** R. **12** Nr. 1140. In dem Überschreiten des Fahrdammes vor einem herannahenden Kraftwagen ist ein Verschulden nicht zu finden, wenn man unter der Voraussetzung der Beobachtung der nach den Verhältnissen zulässigen Fahrgeschwindigkeit des Kraftwagens annehmen darf, die andere Straßenseite ungefährdet erreichen zu können. b) Radfahrer. **RG.** R. **12** Nr. 562. Das plötzliche Auftauchen eines Verkehrshindernisses ist auch dann Anlaß zu besonders langsamem Fahren für einen Radfahrer, wenn eine unmittelbare Gefahr nicht bevorzustehen scheint. c) Eisenbahnunfall. α. BadRpr. **12** 37 (Karlsruhe). Abspringen von einem fahrenden Eisenbahnzuge gilt auch dann als mitwirkendes Verschulden, wenn infolge Abkürzung des Aufenthalts der Fahrgast durch die Weiterfahrt beim Verlassen des Abteils überrascht wird. β. **RG.** R. **12**

Nr. 1143. Wenn jemand auf einem ihm von einem Bahnbediensteten gewiesenen, aber nur für Angestellte der Bahn bestimmten Wege weitergeht, auch nachdem er merkt, daß er nicht auf dem richtigen Wege sein könne, so trifft ihn kein so schweres Verschulden, daß dagegen die Betriebsgefahr der Eisenbahn völlig zurückträte. γ. **RG.** JW. 12 30 Nr. 13. Mitwirkendes Verschulden eines auf dem Bahnhofe beschäftigten Postschaffners, der beim Überschreiten der Gleise verunglückt. d) Unfall im Postgebäude. **RG.** JW. 12 792 Nr. 7. Unfall beim Verlassen des Postgebäudes. Kein mitwirkendes Verschulden. Die dem öffentlichen Verkehre gewidmeten Räume des Postamts müssen so eingerichtet sein, daß auch ein eiliger Verkehr sicher stattfinden kann. e) Straßenunfälle. α. **RG.** R. 12 Nr. 373. Die Benutzung eines leicht scheuenden Pferdes auf der Straße stellt nicht ohne weiteres ein eigenes Verschulden des Verletzten dar. β. **RG.** R. 12 Nr. 1138. Ein Fremder darf sich niemals einem auch noch so ruhigen Pferde von hinten in gefahrdrohender Weise nähern. γ. **RG.** R. 12 Nr. 1139. Wer auf dem Bürgersteige gehend das Herannahen scheugewordener Pferde von rückwärts nicht bemerkt, handelt nicht fahrlässig. δ. **RG.** R. 12 Nr. 2174. Ist der Einwohner einer kleinen Gemeinde vom Ortsweg in das von einer mannshohen Stützmauer begrenzte Bachbett gestürzt, infolge davon, daß das in morschem, angefaultem Zustande befindliche Geländer gebrochen ist, so trifft ihn ein Mitverschulden an diesem Unfalle, für dessen Folgen ihm die Gemeinde haftet, nicht schon deshalb, weil er es unterlassen hat, der Gemeinde von der ihm bekannten Mangelhaftigkeit des Geländers Anzeige zu erstatten.

2. Unfälle in Gastwirtschaften. a) **RG.** JW. 12 30 Nr. 14. Vorwiegendes Verschulden des Wirtshausgastes beim Sturze in einen nicht genügend verwahrten Keller. Alle Vorsicht ließ der Verunglückte aus den Augen, als er nach Öffnen der Kellertür in den völlg dunklen Raum, der sich vor ihm auftat, ohne jede Überlegung hineinging. Gegenüber diesem Mangel an der allergewöhnlichsten Vorsicht tritt das Verschulden des Gastwirts, welcher die Kellertür zwar nicht verschlossen, aber immerhin dafür gesorgt hatte, daß die Gäste sich auf dem Hofe orientieren konnten, als das erheblich mindere hinsichtlich seiner ursächlichen Bedeutung für den Unfall zurück (Haftung $^1/_4$ Wirt, $^3/_4$ Gast). b) **RG.** R. 12 Nr. 1751. Den Gastwirt, der eine Kellertür, die mit der daneben liegenden Aborttür verwechselt werden kann, nicht verschlossen hält, trifft ein Verschulden. Aber dieses Verschulden verringert sich ganz erheblich, wenn die Kellertür mit deutlicher Aufschrift versehen und ausreichend beleuchtet war. In diesem Falle trifft den Geschädigten weitaus überwiegendes Verschulden. c) **RG.** R. 12 Nr. 2012. Wer eine Treppe bei Dunkelheit begeht, deren Mängel ihm bekannt sind, muß entweder Licht fordern oder ganz besondere Vorsicht anwenden (Teilung $^3/_4$ Beklagter, $^1/_4$ Kläger).

3. **RG.** R. 12 Nr. 2921. Wer schädliche Abwässer in einen bekanntermaßen auch zu anderweitigen Gewerbezwecken benutzten Fluß einleitet, kann sich nicht darauf berufen, daß es Sache dieser Anlagenbesitzer sei, sich rechtzeitig gegen Schädigung durch derartige Abwässer zu sichern.

III. Einzelfälle bei Vertragsverhältnissen. 1. **RG.** Bay. RpflZ. 12 416. Dem Kurpfuscher, der durch sein eigenes schuldhaftes Verhalten den Schaden verursacht hat, steht es nicht zu, ein mitwirkendes Verschulden des Klägers daraus abzuleiten, daß er seine Dienste in Anspruch genommen hat, zumal er ihn gerade durch seine Beruhigungen und Vertröstungen davon abgehalten hat, sich an einen Arzt zu wenden.

2. **RG.** R. 12 Nr. 1440. Den Gläubiger, der durch den nicht rechtzeitigen Eingang einer ihm geschuldeten Geldzahlung Schaden erleidet, trifft nicht eigenes Verschulden, weil er es unterlassen hat, sich durch Verpfändung von Vermögensstücken anderswoher Geld zu verschaffen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1582. Ein Mitverschulden des Verpächters kann darin gefunden werden, daß er während des Prozesses über die streitige und zweifelhafte Pflicht zur Pachtfortsetzung durch die Erben sich nicht um einen anderen Pächter umgesehen hat, obwohl die streitige Pachtzeit von vornherein nur mehr kurz war.

4. **RG.** ZBlFG. **12** 343. Der Notar handelte zwar insofern schuldhaft, als er den ihm bekannten Willen des Klägers, die Sicherungshypothek zur 3. Stelle eintragen zu lassen, bei der Beurkundung des hiermit nicht übereinstimmenden Vertragsinhalts nicht zur Sprache brachte. Aber dem Kläger fällt ein überwiegendes Verschulden deshalb zur Last, weil er bereits längere Zeit im Besitze des schriftlichen Vertragsentwurfes gewesen war, demnach hinreichend Gelegenheit hatte, sich über dessen Inhalt und Vollständigkeit zu unterrichten, und weil er es unterlassen hat, die den Inhalt des schriftlichen Vertragsentwurfes in betreff des Ranges der Sicherungshypothek abändernde von ihm selbst für erforderlich erachtete mündliche Vereinbarung, welche er mit dem Gläubiger getroffen haben will, zur Kenntnis des Notars zu bringen.

5. **RG.** R. **12** Nr. 1441. Zwischen dem Staate als dem Errichter und Leiter einer amtsgerichtlichen Verteilungsstelle und der Partei, welche die Dienste der Verteilungsstelle in Anspruch nimmt, besteht zwar nicht ein privatrechtlicher Vertrag, wohl aber ein vertragsähnliches Verhältnis öffentlichen Rechtes, welches die Partei ebenso wie ein privatrechtlicher Dienst- oder Werkvertrag verpflichtet, auch ihrerseits zu verhüten, daß bei der Erledigung des der Verteilungsstelle erteilten Auftrags ein Schaden für sie entstehe. Es ist ihr daher auch ein Verschulden des Rechtsanwalts zuzurechnen, dessen Vermittelung sie sich zur Erteilung des Auftrags bedient (**RG. 62** 246, **75** 257, **77** 211).

6. Schneider, ABürgR. **37** 160, wendet sich dagegen, daß das RG. die Gründe der im JDR. **12** Ziff. IV 10 mitgeteilten Entsch. durch das Wort „regelmäßig" rechtsgrundsätzlich gefaßt hat, da sich eine derartige Rechtspflicht nur nach der jeweiligen Rechtslage entscheiden lasse und jede Verengerung der weiten Allgemeinregel des Gesetzes bedenklich sei.

IV. Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens. **RG.** R. **12** Nr. 26. Die aus der gegebenen Sachlage sich ergebenden für die Anwendung des § 254 in Betracht kommenden Umstände sind vom Gerichte zu würdigen, auch wenn der in Anspruch genommene Ersatzpflichtige sie nicht im einzelnen dargelegt hat.

§ 255. Literatur: Horn, Das Recht des Schadensersatzpflichtigen auf Abtretung der Ansprüche der Ersatzberechtigten bei Verlust und insbesondere bei Beschädigung eines Objekts, RostDiss. 1912. — Müller, Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht. Tübingen 1912. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

I. Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges. 1. Kann nach der Beschaffenheit des geschuldeten Schadensausgleichs einerseits und der dabei in Anspruch zu nehmenden Güter andererseits der geschuldete Schadensausgleich in der Weise herbeigeführt werden, daß die Güter zur Naturalherstellung verwendet, oder bei Ersatz in Geld auf den Ersatz angerechnet und aus den Mitteln des Ersatzpflichtigen nur entsprechend ergänzt werden, so hat diese Verwendung oder Ergänzung zu erfolgen. Anderenfalls hat der Ersatzpflichtige dem Ersatzgläubiger den schadensausgleichenden Erfolg ganz aus eigenen Mitteln herbeizuführen, erlangt dadurch aber einen Bereicherungsanspruch gegen den Ersatzgläubiger auf Herausgabe der betreffenden Güter. 2. Der letztere Weg der ungekürzten Ersatzleistung gegen Herausgabe der Vorteile muß wohl die Regel bilden in den Fällen, in welchen die zu berücksichtigenden Güter in Ansprüchen des Berechtigten gegen Dritte bestehen, da sich die Verwendung oder Anrechnung eines solchen Anspruchs bei der Ersatzleistung

selten ausführen lassen wird. Wo dieses praktische Hindernis nicht vorliegt, ist aber auch eine derartige Verwendung oder Anrechnung zulässig. Daß § 255 BGB. nur von der Abtretung der Ansprüche spricht, läßt sich dagegen nicht ins Feld führen. § 255 verbietet die Verwendung oder Anrechnung, wo sie praktisch möglich ist, nicht, sondern bestimmt nur, daß der Schadensersatzpflichtige zur vollen Ersatzleistung aus eigenen Mitteln nur gegen Herausgabe, d. h. Abtretung der zu berücksichtigenden Ansprüche des Ersatzgläubigers verpflichtet ist.

II. *Horn, Das Recht des Schadensersatzpflichtigen auf Abtretung der Ansprüche des Ersatzberechtigten. Ein von einem Dritten zugefügter Schade soll nur wett gemacht werden, dem Beschädigten soll aber nicht etwa noch ein Vorteil daraus erwachsen. Deshalb muß der Ersatzberechtigte die Ansprüche gegen den Dritten abtreten. Im Versicherungsrechte hat sich der Abretungsanspruch sogar teilweise zu einem Übergange kraft Gesetzes verdichtet (vgl. z. B. § 67 VVG.).

III. *Walsmann, Der Verzicht. Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist nach § 255 BGB. zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen. In dem Rechte des Ersatzpflichtigen auf diese Abtretung und in der entsprechenden Pflicht des Berechtigten, wenn diese Pflicht auch nur für den Fall besteht, daß er sein Recht auf Ersatz geltend macht, ist ein Schuldverhältnis zu sehen. Der Ersatzpflichtige kann demgemäß der Regel des § 397 BGB. entsprechend nicht einseitig auf sein Recht verzichten, vielmehr bedarf es eines Erlaßvertrags. Praktisch bedeutsamer ist die Frage, ob in der Leistung des Ersatzpflichtigen ohne Geltendmachung seines Rechtes auf die Abtretung ein gegensätzliches Verhalten, das die Aufhebung dieses Rechtes zur Folge hat, zu sehen ist. Das dürfte für den Fall zu bejahen sein, daß der Schuldner leistet, obwohl er weiß, daß er die Abtretung verlangen kann, und sich das Recht darauf nicht vorbehält (235/236).

§ 259. 1. **RG.** JW. **12** 72 Nr. 9. Das Gesetz erkennt weder eine allgemeine Verpflichtung zur Rechnungslegung noch eine allgemeine Verpflichtung zur Auskunft an. Es handelt von diesen Verpflichtungen nur in bezug auf bestimmte Rechtsverhältnisse. Wer infolge Nichtigkeit eines Kaufvertrags Rückgabe des verkauften Grundstücks und Herausgabe der gezogenen Nutzungen verlangt, hat gegen den Käufer weder einen Anspruch auf Rechnungslegung noch einen Anspruch auf Auskunft.

2. PosMSchr. **12** 94 (Posen). Die Viehhändler in den gemischtsprachigen, an Rußland und Österreich grenzenden Gegenden sind weder schreib- noch lesegewandt und wickeln ihre Geschäfte in Gastlokalen und auf der Straße, insbesondere auf dem Markte ab. Belege pflegen hier nicht erteilt zu werden.

3. R. **12** Nr. 1144 (Stuttgart). Eine Rechnungslegungspflicht über die aus einer unerlaubten Handlung gezogene Bereicherung ist dem geltenden Rechte, abgesehen von den besonderen Fällen der Urheberrechts- und Patentverletzung fremd.

§ 260. **RG.** R. **12** Nr. 563. Unter Abs. 2 fällt an sich auch Fahrlässigkeit; doch verpflichtet nicht jedes Versehen zur Eidesleistung.

§ 261. RJA. **11** 95 (KG.). Der § 261 enthält keine allgemein gültige Norm über die Zuständigkeit des Gerichts zur Abnahme des Offenbarungseids bzw. über das Recht des Verpflichteten, den Eid vor dem Gericht eines bestimmten Ortes abzulegen. Er bezieht sich vielmehr zunächst nur auf die Fälle der §§ 259, 260 BGB., wird allerdings in späteren Vorschriften des BGB. (§§ 2028, 2057) auch auf andere Fälle erstreckt, kann aber nicht auf den Fall des § 83 Abs. 2 FGG. bezogen werden, der außerhalb des BGB. steht und von anderen allgemeinen Grundsätzen beherrscht wird. Denn während in den vorerwähnten Fällen die Verpflichtung zur Eidesleistung rein zivilrechtlicher Natur ist und der Eid daher nur „auf Verlangen“ des

Berechtigten bzw. auf einen seinerseits bei dem zuständigen Gerichte gestellten Antrag abgenommen wird (§§ 79, 163 FGG., § 889 ZPO.), kommt im Falle des § 83 Abs. 2 FGG. das öffentliche Interesse mit in Betracht und gelangt das Offizialprinzip des § 12 FGG. zur Anwendung. Dem aber würde es nicht entsprechen, wenn der Eidespflichtige das feste Recht hätte, den Eid vor einem anderen als dem an sich zuständigen Gerichte zu leisten. Es entscheiden vielmehr, da der § 83 Abs. 2 die Abnahme des Eides dem Nachlaßgericht überträgt, die im § 73 FGG. enthaltenen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit.

§ 262. Literatur: Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. 1912.

1. s. § 243.

2. *Bergk, Übertragung künftiger Rechte. Ist bei einer aktiven Wahlschuld oder bei einer Forderung mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers einer der alternativen Ansprüche unübertragbar, so kann nur der übertragbare Anspruch allein abgetreten werden; das nunmehr noch aus dem unübertragbaren Anspruch und der Wahlbefugnis bestehende Forderungsrecht verbleibt dem Zedenten, der die Wahlbefugnis weiterhin unbeschränkt ausüben kann (53 f.). →→ Etwas abweichend neuerdings für die Forderung mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers Langheineken, Der verhaltene Anspruch in der Festschrift der Jurist. Fakultät in Halle für Brünneck. ←←

§ 266. RG. 79 359. Bei der Aufrechnung ist eine Teilleistung insofern statthaft, als mit einer kleineren Forderung gegen eine größere Gegenforderung aufgerechnet werden kann. Hierbei muß jedoch die kleinere zur Aufrechnung verwendete Forderung jedenfalls dann ihrem ganzen Betrage nach aufgerechnet werden, wenn aus einer solchen Teilaufrechnung dem Gläubiger, gegen dessen Forderung aufgerechnet werden soll, Belästigungen erwachsen. Solche Belästigungen ergeben sich z. B. für den Gläubiger einer Hypothekenforderung bei der stückweise erfolgenden Befriedigung durch den Schuldner-Eigentümer, da sich für den Gläubiger die in §§ 1144 u. 1145 Satz 2 bezeichneten Verpflichtungen vervielfältigen.

§ 267. 1. **RG. 78** 382, 384. Aus dem Gegensatze des § 267 Abs. 1 zu § 268 Abs. 2 und den entsprechenden Vorschriften (§§ 1142, 1150, 1224, 1249) ergibt sich unzweifelhaft, daß der Dritte, von den angeführten Ausnahmefällen abgesehen, die ihm fremde Schuld wider den Willen des Gläubigers nicht durch selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann.

2. *Walsmann, Der Verzicht. Einem Verzicht auf dieses Recht steht nichts entgegen, und zwar ist eine Verzichtserklärung gegenüber dem Gläubiger erforderlich und genügend. Der Verzicht hat die Aufhebung des Ablösungsrechts zur Folge. Praktische Bedeutung hat ein solcher Verzicht, der wohl selten vorkommen wird, namentlich insofern, als dem Verzichtenden nunmehr die Befugnis entzogen wird, den Gläubiger durch Hinterlegung oder Aufrechnung zu befriedigen (236).

§ 268. SeuffBl. **12** 483 (BayObLG.). Derjenige, dem der Eigentümer eines mit einer Hyptohek belasteten Hauses dessen Mieterträgnisse auf eine bestimmte Zeit abgetreten hat, und der zur Erhaltung seines Anspruchs auf die Mieterträgnisse durch Bezahlung der rückständigen Hypothekenzinsen, für welche die Zwangsversteigerung des Hauses betrieben wurde, deren Einstellung herbeigeführt hat, kann eine vollstreckbare Ausfertigung der Hypothekenurkunde, auf die sich der Anspruch auf die Hypothekzinsen stützte, nicht verlangen; denn unter einem Rechte „an dem Gegenstand" ist ein dingliches Recht zu verstehen. Eine analoge Anwendung auf obligatorische Rechte ist unstatthaft.

§ 269. Literatur: Adler, GrünhutsZ. **38** 719 ff.

1. **RG.** WarnE. **12** 114. Bei zweiseitigen Verträgen kann der Erfüllungsort für beide Teile ein verschiedener sein. Deshalb kann aus einer vertraglichen Festsetzung, daß der Käufer die Waren am Bestimmungsort abzunehmen habe, nichts nach der Richtung hin geschlossen werden, daß nun auch für den Verkäufer

der Bestimmungsort der Ware der Erfüllungsort der ihm obliegenden Leistung sein solle.

2. OLG. 24 282 (KG.). Heizstoffe für Wohnhäuser sind nicht an dem Orte, wo die Häuser liegen, sondern am Wohnorte des Schuldners zu bezahlen.

3. R. 12 Nr. 854 (Stuttgart). Für die Lohnzahlung ist regelmäßig die Arbeitsstätte Erfüllungsort.

4. *Adler, GrünhutsZ. 38 719—724. Der Handelsgebrauch ist geneigt, Gefahr- und Gerichtsstandvereinbarung hinter Vereinbarungen des Erfüllungsorts zu verbergen. ➠ Wechselklausel: zahlbar aller Orten OLG. 2 106 (KG.). ➠ Dies darf nicht zur Auflehnung gegen § 269 führen. Ergibt sich, daß Erfüllungsort und Ablieferungsort auseinanderfallen, so ist der Gläubiger im Zweifel einseitig berechtigt, Erfüllung am Ablieferungsorte zu verlangen, kann aber auch Erfüllung am Erfüllungsorte wählen (verb. „auf Verlangen des Käufers" § 447). Bei gegenseitigen Verträgen können zwei Erfüllungsorte und zwei Ablieferungsorte vorkommen.

§ 270. 1. **RG.** 78 137. § 270 gilt nicht nur für den Fernverkehr, sondern auch für den Platzverkehr.

2. **RG.** R. 12 Nr. 726. Hat der Gläubiger einen vom Schuldner am Erfüllungsort innerhalb der Erfüllungsfrist abgesandten, aber erst nach Ablauf der Frist bei ihm eingegangenen Scheck angenommen und alsbald einlösen können, so hat die Zahlung als rechtzeitig bewirkt zu gelten.

3. **RG.** R. 12 Nr. 727. Durch die Übermittelungspflicht bei Geldleistungen ist an dem an sich nach § 269 BGB. zu bestimmenden Erfüllungsort nichts geändert. Aus diesem ist auch die Rechtzeitigkeit des Erfüllungsaktes zu beurteilen. Bei einer Zahlung durch die Post genügt es daher, wenn die Einzahlung bei der Post vor Fristablauf geschieht, es sei denn, daß etwa vereinbart ist, daß der Gläubiger die Leistung innerhalb der Frist zu empfangen habe.

§ 273. I. Allgemeines. 1. Begriff: „Dasselbe rechtliche Verhältnis". a) **RG.** 78 334. Das Zurückbehaltungsrecht setzt voraus, daß Anspruch und Gegenanspruch aus Rechtsgeschäften entspringen, zwischen denen ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang vorhanden ist, so daß die Geltendmachung des einen Anspruchs ohne Rücksicht auf den anderen gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Eine dauernde Geschäftsverbindung zwischen einer Bank und ihrem Kunden gibt noch kein untrügliches Merkmal für diesen Zusammenhang, vielmehr kommt es auch hier auf die Umstände des einzelnen Falles an. b) **RG.** LeipzZ. 12 752. Unter dem einheitlichen Rechtsverhältnisse des § 273 BGB. ist auch die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit eines faktischen Verhältnisses zu verstehen, welche nicht minder wie die rechtliche Bedingtheit es als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Interessent die Leistung verlangt, die von ihm geschuldete Leistung aber nicht gewähren will (**RG.** 14 233; Mot. z. BGB. 2, 41). Ein solches einheitliches Verhältnis liegt für den Anspruch auf Herausgabe von Aktien und den Schadensersatzanspruch der Beklagten vor, wenn die Ansprüche ihre einheitliche Grundlage in dem Gründungsvorgange der beklagten Aktiengesellschaft haben. c) HansGZ. 12 256 (Hamburg). Zwischen der Beklagten und der Gemeinschuldnerin lag eine dauernde kaufmännische Geschäftsverbindung vor. Die beigebrachte Aufstellung enthält eine größere Zahl von Kaufabschlüssen über völlig gleichartige Waren. Der Umstand, daß diese Geschäfte nicht unmittelbar zwischen den Vertragsteilen zustande gekommen, sondern von Mäklern vermittelt sind, kann an dieser Tatsache nichts ändern; denn die Beklagte hat ohne Widerspruch der Klägerin

dargelegt, daß die Hinzuziehung der Mäkler im nordamerikanischen Därme-Import-geschäft die Regel bilde und selbst da allgemein Platz greife, wo beide Teile von vornherein miteinander abzuschließen gewillt seien. Bei einer derartigen Verbindung muß es schon an sich als stillschweigend vereinbart gelten, daß nicht weiter geliefert zu werden braucht, ehe die Verpflichtungen aus den früheren Abschlüssen erfüllt sind. Im vorliegenden Falle kommt aber noch ein weiteres hinzu. Der Gemeinschuldnerin war nur ein beschränkter Kredit eingeräumt worden. In jedem Falle wurde mit dem Mäkler überlegt, ob Kredit für den nächsten Posten frei sei oder nicht. Unter Umständen ist ein Auftrag abgelehnt worden, da sich der Kredit zu sehr gehäuft hatte. Unter diesen Umständen erachtet das Berufungsgericht die vom RG. aufgestellten Voraussetzungen für die Zulassung der Zurückbehaltung als gegeben. Es schließt sich dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung um so bereitwilliger an, weil dieselbe wichtigen Verkehrsbedürfnissen entspricht. Wenn der Vertreter der Klägerin geltend gemacht hat, daß im vorliegenden Falle ein Zurückbehaltungsrecht schon um deswillen nicht am Platze sei, weil der Beklagten durch Angebot der baren Kaufsumme volle Sicherheit gewährt werde, mithin von einem Verstoße gegen Treu und Glauben nicht gesprochen werden könne, so ist dem nicht beizupflichten. Klägerin übersieht, daß die Beklagte durch die Zurückbehaltung ihrer Leistung in die Lage gesetzt wird, sich vor der Ausführung eines verlustbringenden Geschäfts zu schützen. Es soll dem Schuldner nicht zugemutet werden, auf Grund eines neuen Geschäfts zu leisten, bevor ihm die Gegenleistung aus dem früheren zuteil wird. Beklagte hätte an sich nicht nur Ware zu liefern, die dem dafür bedungenen Kaufpreise gleichwertig ist, sondern darüber hinaus Ware von einem erheblich höheren Werte. Zu dieser, wenn auch vertraglichen Mehrleistung soll sie nicht gezwungen werden, wenn sie sich auf Grund des § 273 BGB. schützen darf (**RG. 68** 34, GruchotsBeitr. **51** 168, WarnE. **11** Nr. 111, OLG. **3** 354; aM. HansGZ. **08** Nr. 141).

2. Begriff der Fälligkeit. **RG.** JW. **12** 1060 Nr. 2. Der Begriff der Fälligkeit im Sinne des § 273 BGB. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenanspruch erst mit der Erfüllung gegenüber dem Gegner entsteht. Bei Ansprüchen aus demselben Rechtsverhältnisse soll auch der mit der Erfüllung des einen Anspruchs von selbst entstehende und damit fällig werdende Gegenanspruch des Schuldners durch das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 geschützt werden, und es ist daher solchenfalls gemäß § 274 BGB. im Urteil auszusprechen, daß nur eine Verurteilung Zug um Zug eintritt.

3. Zurückbehaltung wegen des Gegenanspruchs auf Quittung. **RG.** SeuffA. **67** Nr. 52. Die Verpflichtung des Gläubigers, Quittung über die empfangene Zahlung zu leisten, entsteht erst mit der Zahlung, als deren durch die Bestimmung des positiven Rechtes geordnete und durch die Bedürfnisse des Verkehrs nach Treu und Glauben unbedingt geforderte Folge. Die Zahlung, nicht schon der Vertrag, auf dem die gezahlte Forderung beruht, begründet das Schuldverhältnis, durch welches der Gläubiger zur Quittungsleistung verpflichtet wird. Aus diesem Schuldverhältnis aber ergibt sich (vgl. den Wortlaut des § 273 BGB.), daß dem Gläubiger ein Recht, die Quittungsleistung um anderer Forderungen willen zurückzuhalten, auch dann nicht gegeben ist, wenn diese anderen Forderungen mit der gezahlten „aus demselben rechtlichen Verhältnis" entsprungen sind. Das Gesetz gibt dem Schuldner das Recht, die Leistung zurückzuhalten, wenn der Gläubiger die Quittung verweigert (vgl. Mot. zu §§ 269, 270 des 1. Entw. **2**, 88/89), weil diese Verweigerung gegen Treu und Glauben verstößt. Dieses Zurückbehaltungsrecht des Schuldners kann der Gläubiger nicht vereiteln durch die Geltendmachung anderer ihm zustehender Forderungen. Der Schuldner ist zwar nicht berechtigt, eine einheitliche Schuld in Teilen zu tilgen, wohl aber, die verschiedenen Forderungen des Gläubigers, auch wenn sie aus demselben rechtlichen Verhältnisse stammen,

gesondert zu befriedigen; er hat (§ 366) die Befugnis, diejenige Schuld zu bestimmen, welche er tilgen will, und die Zahlung jeder einzelnen Schuld gibt ihm das Recht auf die Quittung hierüber. Dieses Verlangen der Quittungsleistung verstößt auch keineswegs gegen Treu und Glauben, vielmehr lediglich umgekehrt die Weigerung des Gläubigers, diese Quittung zu erteilen.

4. Gegenseitige Ansprüche. **RG.** ZBlFG. **12** 636. Wenn die Mutter für Darlehen, die ihrem minderjährigen Sohne ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gegeben sind, Sicherungshypothek bestellt, so haftet diese Hypothek weder für die Darlehen noch für die Bereicherung des Sohnes. Auch eine Zurückhaltung kann gegenüber der Grundbuchberichtigungsklage nicht wegen dieser Bereicherung, sondern höchstens wegen eines durch arglistige Täuschung gegenüber der Mutter entstandenen Schadensersatzanspruchs ausgeübt werden.

5. Keine Ausdehnung des Zurückbehaltungsrechts über den Sicherungszweck. a) **RG.** LeipzZ. **12** 752. Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. dient dem Sicherungszwecke, Billigkeit und Treu und Glauben erfordern, daß es nicht weiter ausgedehnt wird, als es für den Sicherungszweck erforderlich ist. b) **RG.** JW. **12** 139 Nr. 13. Der Umstand, daß mit der Klage nur ein Teil der dem Gläubiger gebührenden Leistung begehrt wird, begründet für die Wirkung der Einrede keinen Unterschied. Wäre anzunehmen, daß der nicht geforderte Teil der Leistung und seine Zurückbehaltung dem Schuldner wegen des ihm gegen den Gläubiger zustehenden Anspruchs eine ausreichende Sicherheit gewährt, so könnte das nur die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an dem mit der Klage begehrten Teile hinfällig machen.

II. Zurückbehaltungsrecht nach Konkurseröffnung. 1. **RG.** **77** 436. Verlangt der Konkursverwalter auf Grund des § 17 KO. Erfüllung eines zweiseitigen noch nicht erfüllten Vertrags, so kann der andere Teil wegen seiner ihm aus einem früheren Vertrage gegen den Gemeinschuldner zustehenden Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen.

2. HansGZ. **12** 256 (Hamburg). Die der Konkursmasse geschuldete Leistung kann wegen einer Gegenforderung aus einem früheren Geschäfte mit dem Gemeinschuldner zurückbehalten werden, wenn Konnexität im Sinne des § 273 vorliegt.

III. Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes. **RG.** BayRpflZ. **12** 458. Der Anspruch auf Auflassung ist ein Anspruch auf „Herausgabe eines Gegenstandes" im Sinne des § 273 Abs. 2 BGB.

IV. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. 1. Die Zurückbehaltungseinrede gegenüber unpfändbaren Forderungen ist zugelassen vom OLG. Königsberg, PosMSchr. **12** 95, KG. GewuKfmG. **12** 231, GG. Lennep u. Bremen, GewuKfmG. **12** 11, dagegen nicht zugelassen vom KfmG. Kiel das. 230.

2. Über die Stellungnahme zum Zurückbehaltungsrechte gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen hat der Vorsitzende des GG. Neumünster eine Anfrage an sämtliche GG. und KfmG. gerichtet. Über das Ergebnis wird kurz berichtet in GewuKfmG. **12** 283: Die Hälfte der Sondergerichte stellt die Zurückbehaltung der Aufrechnung gleich, die andere Hälfte behandelt beide als verschiedene Institute mit gegensätzlichem Erfolge bei der Anwendung.

V. Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. **RG.** **77** 438. Der Schuldner, der wegen eines Anspruchs gegen seinen Gläubiger, die diesem geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung verweigern will, muß dies dem Gläubiger kundtun; nur so wird der Gläubiger in die Lage versetzt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts abzuwenden.

VI. Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht. 1. ***Walsmann**, Der Verzicht. Ein Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht ist ausge-

schlossen. Das Recht kann nur durch Beseitigung des zugrunde liegenden Anspruchs, wozu regelmäßig ein Erlaßvertrag nötig sein wird, aufgehoben werden. Die obligatorische Verpflichtung zur Nichtgeltendmachung des Rechtes ist zulässig. Das Zurückbehaltungsrecht hat seine Grundlage in dem Anspruche; soweit dieser auf Vertrag beruht, in dem Vertrage. Da § 273 nur ius dispositivum enthält, kann in dem Vertrage vereinbart werden, daß das dem Gläubiger kraft des Anspruchs gemäß § 273 zustehende Verweigerungsrecht ausgeschlossen sein soll; und das kann auch noch nachträglich geschehen (236/237).

VII. Öffentlich-rechtliches Zurückbehaltungsrecht. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, HirthsAnn. 12 196. § 273 gilt nicht für das öffentliche Recht. Es gibt aber ein besonderes öffentlich-rechtliches Zurückbehaltungsrecht.

§ 275. Literatur: Fischer, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. München 1912. — Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung. Berlin 1912.

I. Unmöglichkeit und Unvermögen. 1. Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung. Unmöglichkeit liegt nur da vor, wo jedermann aus gleichem Grunde zur Leistung außerstande ist, aber „Unvermögen des Schuldners" überall schon dann, wenn der Schuldner nicht zu leisten vermag, während nicht auch jeder andere aus dem gleichen Grunde zur Leistung außerstande ist. Der Begriff setzt nicht voraus, daß ein Dritter zur Leistung imstande sei, sondern nur, daß einem anderen nicht dasjenige Hindernis der Erfüllung entgegensteht, welches gerade das Nichtleistenkönnen des Schuldners bedingt. Ob für diesen anderen ein anderes Hindernis besteht, welches seinerseits Nichtleisten können zur Folge hat, ist gleichgültig.

2. Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung. Auch für das ursprüngliche Unvermögen ist als Grundsatz aufzustellen: der Schuldner ist von der Leistungspflicht frei, soweit er das Unvermögen nicht zu vertreten hat, — und zwar unabhängig davon, ob die schuldnerische Leistungspflicht aus Vertrag, einseitigem Rechtsgeschäft oder Gesetz hervorgeht (63).

II. Teilweises Unvermögen. Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung. Abzulehnen ist die Ansicht, ein teilweises Unvermögen könne auch ein Unvermögen in Ansehung der Qualität der vom Schuldner versprochenen Leistung darstellen. Als Fälle solch qualitativen Unvermögens kommen namentlich in Betracht das Unvermögen, Gattungsgegenstände zu liefern, welche von Mängeln frei sind, und ferner das Unvermögen, die versprochene Leistung zur richtigen Zeit zu bewirken. In beiden Fällen ist ein teilweises Unvermögen nie gegeben. Was den ersten Fall anlangt, so begründen jene Mängel entweder ein vollständiges Unvermögen, nämlich dann, wenn die der Verfügung des Schuldners unterliegenden Gegenstände derart mangelhaft sind, daß ihre Leistung überhaupt nicht mehr als Erfüllung des Vertrags betrachtet werden könnte, oder es liegt — wenn jenen Mängeln der schuldnerischen Gegenstände ein derart wesentlicher Charakter nicht inne wohnt — vollständiges Vermögen des Schuldners vor (78).

III. Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung. Fischer, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund. Der Klage auf Erfüllung in natura steht der Einwand der Unmöglichkeit nur dann entgegen, wenn nach Lage der Umstände die Befreiung des Schuldners von der Leistungspflicht eingetreten ist. Man wird vielleicht einwenden, daß es widersinnig und unpassend wäre, wenn der Richter im Namen des Königs einen Befehl erlasse, von dem er wisse, daß er nicht befolgt werden könne. Aber damit ist verkannt, daß es sich auch bei Verurteilungen nicht so sehr um einen Befehl, als um die Feststellung einer Leistungspflicht handelt, die durch die Unmöglichkeit der Leistung nicht notwendig aufgehoben wird.

IV. Unmöglichkeit durch Änderung der Gesetzgebung. RG. LeipzZ. 12 457. Eine Unmöglichkeit der Vertragserfüllung hat die in der Gesetzgebung eingetretene Änderung nur dann zur Folge, wenn sie gleichzeitig eine solche Änderung in den bei dem Vertragsabschlusse vorausgesetzten Umständen herbeigeführt hat, daß die Fortdauer des Vertragsverhältnisses bei verständiger Würdigung des von den Parteien Beabsichtigten als unvereinbar mit dem Vertragszweck angesehen werden müßte. Dieser Fall ist nicht schon gegeben, wenn nur die Möglichkeit besteht, daß künftig eine Gestaltung der Verhältnisse eintritt, die in Verbindung mit dem Wechsel der Gesetzgebung zu einem mit der Aufrechterhaltung des Vertrags unvereinbaren Zustande führen könnte. Ebensowenig können bloße Schwierigkeiten, die sich zufolge geänderter Umstände bei Einzelheiten des Vertragsvollzugs ergeben, die Wirkung haben, daß ihnen ein Grund für die Hinfälligkeit des Vertrags zu entnehmen wäre; vielmehr sind sie an der Hand der Vorschrift des § 242 BGB. zu lösen.

§ 276. Literatur: Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht. Tübingen 1912.

I. Rechtswidrigkeit und Verschulden. Müller, Bedeutung des Kausalzusammenhanges. 1. Objektive Rechtswidrigkeit. Ein Mensch kann sich objektiv rechtsnormwidrig nur verhalten durch Unterlassung einer Handlung, deren Vornahme, sowie durch Vornahme einer Handlung, deren Unterlassung zu dem ihm in einer Rechtsnorm gesetzten Zwecke, eine Tatsache gewisser Art zu verursachen oder nicht zu verursachen, vom Standpunkt objektiver Prognose nach der Regel des Lebens erforderlich erscheint; oder noch kürzer ausgedrückt: objektiv rechtsnormwidrig kann nur ein solches Verhalten eines Menschen sein, welches den ihm in einer Rechtsnorm gesetzten Zweck (eine Tatsache gewisser Art zu verursachen oder nicht zu verursachen) vom Standpunkt objektiver Prognose in beachtlicher Weise gefährdet (41/42). 2. Verschulden. Zum Verschulden und also auch zum Vorsatz gehört die subjektive Erkennbarkeit oder Kenntnis der Umstände, welche das Verhalten zu einem objektiv rechtsnormwidrigen stempeln (53). Eine Tatsache ist schuldhaft verursacht (bedingt), wenn sie durch ein schuldhaftes Verhalten, und zwar in Verwirklichung der Gefahr verursacht (bedingt) ist, deretwegen das Verhalten schuldhaft war (58).

II. Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. 1. Normalmaß. RG. R. 12 Nr. 2516. Der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist ein allgemeines Normalmaß der von einem ordentlichen Menschen in dem konkreten Verhältnisse des Verkehrs anzuwendenden Sorgfalt. Dieses gestattet zwar die Berücksichtigung verschiedener Gruppen von Menschen bei der Feststellung der jeweilig anzuwendenden Sorgfalt, nicht aber die der Individualität jedes einzelnen Menschen.

2. Schlechte Gewohnheiten schließen ein Verschulden nicht aus. RG. R. 12 Nr. 1755. Die verkehrserforderliche Sorgfalt bestimmt sich nach einem allgemeinen objektiven Maßstabe, der sich in Ansehung einzelner Bevölkerungsgruppen jedenfalls nicht nach unten abstuft. Mag irgendein die erforderliche Sorgfalt objektiv verletzendes Verhalten nach der Sitte und der Anschauung gewisser Volkskreise kein „Verschulden" darstellen, d. h. keinen Tadel verdienen, sondern sogar für unbedingt geboten erachtet werden, so kann diese Anschauung nicht dazu führen, daß der Täter von der Ersatzpflicht für den durch die Sorgfaltsverletzung einem Dritten zugefügten Schaden frei wird, oder den eigenen dadurch herbeigeführten Schaden, dessen Ersatz er von einem Dritten fordert, zu keinem Teile zu tragen braucht.

3. Die Erfahrung, daß ein Versehen meistens glatt abläuft, ist jedoch für den Grad des Verschuldens zu berücksichtigen. LeizZ. 12 784 (Hamburg). Die Ablieferung des Frachtguts an den Hauswart verstößt allerdings gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt,

aber nur in einer Weise, wie dies im Verkehr sehr häufig vorkommt und meistens gut abläuft; deshalb kann sie als eine besonders schwere Vernachlässigung der gebotenen Sorgfalt nicht erachtet werden.

4. *Isaac, Kommentar zum Automobilgesetze 183 ff., über erforderliche Sorgfalt, Maß und Umfang der zu beobachtenden Sorgfalt, Bedeutung von Polizeivorschriften, Beweislast, Beweisführung, Kausalzusammenhang.

III. Rechtsirrtum als Fahrlässigkeit. 1. **RG.** R. **12** Nr. 189. Der Rechtsirrtum ist zwar strenger zu beurteilen als der tatsächliche Irrtum, aber nicht unter allen Umständen zum Verschulden anzurechnen, und zwar auch dann nicht, wenn die Möglichkeit bestand, Rechtsbelehrung einzuholen; die Anrechnung der Vernachlässigung der Erkundigungspflicht als Verschulden muß aus den Umständen des Falles besonders begründet werden.

2. **RG.** JW. **12** 67 Nr. 1. Der Einwand des Vormundes, daß er weder von seinen Rechtsberatern noch vom Vormundschaftsgericht auf die Unzulässigkeit seiner Maßnahmen hingewiesen sei, ist unbeachtlich, wenn nach Lage der Sache ein Zweifel an dieser Unzulässigkeit nicht Platz greifen konnte.

IV. Einzelheiten. 1. Sorgfalt bei Abschluß, Auslegung und Erfüllung von Verträgen. a) **RG.** JW. **12** 743 Nr. 5. Ein Verschulden bei Abschluß (rechtsgültiger) Verträge verpflichtet zum Ersatze des positiven Erfüllungsinteresses. Treu und Glauben sowie die Bedürfnisse des redlichen Geschäftsverkehrs erfordern es, daß eine Vertragspartei nicht nur verpflichtet ist, der anderen die für deren Willensentschluß bedeutsamen Tatsachen zu offenbaren, sondern weiterhin, daß sie auch für deren schuldhafte Verheimlichung einzustehen hat. b) **RG.** R. **12** Nr. 1753. Fahrlässig handelt auch, wer auf seiner unrichtigen Vertragsauslegung stehen bleibt, obwohl ihm die Unterlagen für seine bessere Überzeugung zur Verfügung stehen. c) **RG.** R. **12** Nr. 1150. Gehört die Diskontierung von Wechseln nicht zu den Handlungen, zu denen ein Bankkunde einen Dritten angestellt oder dauernd benutzt hat, so folgt aus dem Umstande, daß der Dritte in zwei Fällen Wechsel des Kunden an die Bank überbrachte, noch nicht, daß die Bank zu der Annahme berechtigt gewesen ist, daß der Dritte zu derartigen Geschäften dauernd ermächtigt sei.

2. Sorgfaltspflicht des Arztes. a) **RG.** JW. **12** 857 Nr. 11. In Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung wird ein Arzt dadurch, daß der Erkrankte sich mit einer bestimmten Art der Behandlung einverstanden erklärt oder sich sogar nur zum Zwecke einer solchen an den Arzt wendet, der Pflicht nicht überhoben, die Richtigkeit dieser Behandlung in dem gegebenen Falle zu prüfen und, wenn nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft ihre Erfolglosigkeit oder gar Schädlichkeit anzunehmen ist, sie aufzugeben oder wenigstens von ihr abzuraten. Dementsprechend beschränkt sich auch die Vertragspflicht der Ärzte an einer Naturheilanstalt nicht etwa darauf, den in die Anstalt Aufgenommenen nach den Regeln des Naturheilverfahrens zu behandeln, sondern sie sind kraft des Vertrags verpflichtet, bei der Aufnahme des Kranken in die Anstalt und auch im späteren Laufe der Behandlung ihr Augenmerk darauf zu richten, ob die Anwendung des Naturheilverfahrens in diesem Falle den Regeln der ärztlichen Wissenschaft entspricht, und handeln vertragswidrig, wenn sie die Behandlung nach dem Naturheilverfahren beginnen oder fortsetzen, obwohl sie bei pflichtmäßiger Berücksichtigung der Regeln der ärztlichen Wissenschaft ihre Untauglichkeit oder gar Schädlichkeit erkennen müssen. b) **RG.** **78** 432. Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angeratenen Operation entstehen könnten, kann nicht anerkannt werden. c) **RG.** **78** 432. Die Unmöglichkeit, die Ursachen einer bei einer Operation eingetretenen Verletzung des Kranken sicher festzustellen, geht nicht zu Lasten des Arztes. Auch der geschickteste Arzt arbeitet nicht mit der Sicherheit einer Maschine; vielmehr kann trotz aller Fähig-

keiten und Sorgfalt des Operateurs ein Griff, ein Schnitt oder Stich mißlingen. Einer ihm etwa obliegenden Beweispflicht hat der Arzt daher genügt, wenn er nachweist, daß ein eingetretener ungünstiger Erfolg auch ohne sein Verschulden eingetreten sein kann und daß nach dem klargelegten Sachverhalt ein positiver Anhalt für ein Verschulden des Arztes nicht gegeben ist.

3. Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts. a) **RG.** WarnE. **12** 281. Der Rechtsanwalt haftet dem Auftraggeber, der gegen eine gefälschte Abtretungsurkunde und einen gefälschten Hypothekenbrief gezahlt hat, auf Schadensersatz, wenn ihm die Fälschung dadurch entging, daß er seine vertragliche Verpflichtung, den rechtlichen Bestand der zu erwerbenden Forderung und ihre tatsächliche Sicherheit sowie die Gültigkeit und Unanfechtbarkeit des Erwerbsaktes nach allen in Betracht kommenden Punkten zu prüfen, fahrlässig verletzte. **b) RG. 12** Nr. 1444. Ein Rechtsanwalt handelt fahrlässig, wenn er, statt eine dringlich erscheinende Zustellung unmittelbar dem zuständigen Gerichtsvollzieher zu übertragen, den Zahlungsauftrag zunächst an die beim Amtsgerichte gebildete Verteilungsstelle richtet. Auch für ein Verschulden seiner Bureauangestellten ist er seinem Auftraggeber haftbar. **c) RG.** R. **12** Nr. 1583. Einen mit der Pfändung einer Eigentümergrundschuld beauftragten Rechtsanwalt trifft dann ein Verschulden, das ihm die Pflicht zum Ersatze des durch die Verschleppung der Erledigung des Auftrags dem Gläubiger entstandenen Schaden zuzieht, wenn er in seinem Pfändungsgesuche den Hypothekengläubiger falsch bezeichnet hat und nach Aufdeckung dieses einen mehrwöchentlichen Aufschub der Eintragung zur Folge habenden Versehens in der langsamen Ausführung des Auftrags fortfährt. **d) RG.** R. **12** Nr. 2515. Hat das RG. eine bisher bejahte Streitfrage offen gelassen und steht die Rechtslehre fast einhellig auf dem bejahenden Standpunkte, so liegt in der Beratung einer Partei in diesem Sinne kein Verschulden des Anwalts.

4. Sorgfaltspflicht des Notars. a) Vgl. die Entsch. III 4 zu § 254. **b) RG.** ZBlFG. **12** 724. Hat der Notar bei der Aufnahme der Urkunde das richtige Verfahren eingeschlagen, so kann eine Fahrlässigkeit nicht schon darin gefunden werden, daß er die Aufnahme einer Erklärung der Beteiligten unterließ, die mögliche aber unbegründete Bedenken des Grundbuchrichters zu verhüten geeignet gewesen wären. **c) RG.** ZBlFG. **12** 723. Die einem Notar obliegenden Dienstgeschäfte erfordern nicht sämtlich in gleichem Maße eine schleunige Erledigung. Zu den Geschäften, welche schon ihrer Natur nach einer gewissen Beschleunigung bedürfen, gehört aber gerade die Mitwirkung bei der Herbeiführung von Hypothekeneinträgen schon im Interesse der Wahrung des Ranges für die einzutragende Hypothek und der raschen Erreichung der durch sie bezweckten Sicherung. Die Pflicht des Notars erfordert daher, daß er, auch ohne besonderen Hinweis auf die Notwendigkeit rascher Erledigung, die Einreichung der Ausfertigung einer von ihm aufgenommenen, die Bewilligung einer Hypothek enthaltenden Urkunde an das Grundbuchamt vor anderen weniger dringlichen Geschäften vornimmt. Im vorliegenden Falle war aber der Beklagte auf die Notwendigkeit der Beschleunigung auch dadurch hingewiesen, daß Kläger von der Eintragung der Hypothek auf den nachträglich verpfändeten Grundstücken die Zurücknahme des von ihm gestellten Zwangsversteigerungsantrags abhängig gemacht hatte. Endlich lag für den Beklagten dringende Veranlassung zur Beschleunigung der Angelegenheit vor, weil er bereits am 1. Juni 1908 dem Vertreter ds Klägers mitgeteilt hatte, die Angelegenheit sei geordnet. Bei der hiernach gebotenen Beschleunigung hätte die Einreichung der Ausfertigung der aufgenommenen Urkunde mit dem Eintragungsantrag an das Grundbuchamt spätestens vier Tage nach Aufnahme der Urkunde erfolgen müssen. Den Beklagten trifft mithin ein Verschulden. **d) RG.** ZBlFG. **12** 724. Der Notar handelt schuldhaft, wenn er es unterläßt, seinen Auftrag-

geber von einer Beanstandung des Grundbuchamts zu benachrichtigen. e) **RG.** ZBlFG. 12 343. Die falsche Bezeichnung der Vertragspartei bildet zweifellos ein grobes Versehen des Notars. Dem Berufungsgericht ist aber auch darin beizutreten, daß der Notar kraft seiner Amtsobliegenheit verpflichtet war, die Rechtsgültigkeit des von ihm abzuschließenden Geschäfts seiner Prüfung zu unterziehen und demzufolge zu erwägen, ob der als Vertreter des E. auftretende v. B. kraft der vorgelegten Vollmachtsurkunde zum Abschlusse des fraglichen Waldverkaufs befugt war. Bei einiger Aufmerksamkeit konnten aber dem Notar, wenn er pflichtgemäß handelte, mindestens darüber Bedenken nicht entgehen, ob die Vollmacht, die nur auf die Verwaltung des Gutes und den Verkauf von Erzeugnissen ging, den Verkauf eines so großen Waldbestandes von 150 Morgen mit einem Werte von 35 000 M. umfasse, und er mußte dem Kläger, der ihm erklärt hatte, er wolle ganz sicher gehen, diese Bedenken mitteilen. Unterließ er dies, so handelte er fahrlässig.

5. Sorgfaltspflicht des Gerichtsvollziehers. **RG.** LeipzZ. 12 147. Der Gerichtsvollzieher haftet auf Schadensersatz aus dem Vertrage, wenn er den Zwangsversteigerungstermin aufhebt, obwohl nicht eine Urkunde nach § 775 Nr. 2 ZPO., sondern nur ein Beschluß vorliegt, der die Einstellung der Zwangsvollstreckung von dem Nachweis einer Sicherheitsleistung abhängig macht.

6. Sorgfaltspflicht des Warenhausbesitzers. a) **RG.** R. 12 Nr. 1890. Dem Inhaber eines verkehrsreichen Warenhauses wird nichts Unbilliges zugemutet, wenn man von ihm verlangt, daß er die Sicherheit der Besucher gefährdende Reinigungsarbeiten, wie das Bohnen von Fußböden, in den Geschäftsräumen schon vor dem Beginne der Verkehrsstunden vornehmen und beendigen läßt. b) OLG. 24 312 (Cöln). Darüber, welches Maß von Umsicht und Sorgfalt zur Verhütung eines Schadens aufgewendet werden muß, entscheiden die Anforderungen des Verkehrs, jedoch mit einer zweifachen Beschränkung. Einmal sind die Gefahren zu dulden, die der Verkehr unabweislich mit sich bringt, sodann dürfen die durch einen normalen Verkehr gewonnenen Erfahrungen dem einzelnen die Grundlage geben für sein Urteil über die Gefährlichkeit oder die Zulässigkeit seiner Einrichtungen. Darin, daß der Inhaber eines Kaufhauses den Parkettboden bohnen und dadurch einen glatten Fußbodenbelag schaffen ließ, kann eine Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 noch nicht gefunden werden.

7. Sorgfaltspflicht des Maschinenhändlers. **RG.** R. 12 Nr. 855. Ein Maschinenhändler, welcher landwirtschaftliche Maschinen ohne gesichertes Räderwerk durch die Bahn verschickt, handelt fahrlässig.

8. Sorgfaltspflicht des Jägers. a) **RG.** R. 12 Nr. 377. In einem nur 10 Minuten von einem Dorfe entfernten Walde hat der Jäger mit der Möglichkeit zu rechnen, daß zur Sommerzeit auch einmal ein Kind in den Wald gekommen und auf einen Baum geklettert ist, so daß er einen Schuß auf einen im Baume befindlichen undeutlich erkennbaren Gegenstand erst abgeben darf, wenn er sich vergewissert hat, daß es wirklich ein Tier ist. b) **RG.** R. 12 Nr. 1889. Ein erfahrener Jäger wird im allgemeinen damit rechnen müssen, daß ein Schrotschuß nach verschiedenen Richtungen streuen, auch auf stumpfe Gegenstände auffallen und von dort in derselben oder in veränderter Richtung zurückprallen kann.

9. Sorgfaltspflicht bei Handhabung von Schußwaffen. a) **RG.** R. 12 Nr. 564. Die Abgabe von Freudenschüssen mit scharf geladenem Gewehr bei festlichen Gelegenheiten stellt eine Fahrlässigkeit dar. b) **RG.** R. 12 Nr. 565. Wer einem anderen ein scharf geladenes Gewehr überläßt, handelt fahrlässig, wenn er damit rechnen muß, daß der andere bei Benutzung des Gewehrs Schaden anrichten kann. c) **RG.** R. 12 Nr. 1147. Wird bei Anstreicherarbeiten die Ausräumung eines Zimmers erforderlich, in dem sich ein geladenes Gewehr befindet, so hat der Wohnungsinhaber für rechtzeitige Entfernung des Gewehrs zu sorgen.

10. Sorgfaltspflicht des Luftschiffers. **RG.** 78 171, 174. Luftschiffahrten haftet stets eine unvermeidliche Gefährlichkeit auch für Dritte an, und dieser Gefahr kann selbst bei allergrößter Sorgfalt nicht durchweg sicher vorgebeugt werden. Daher kann rechtlich nicht verlangt werden, daß Luftschiffahrten, wenn und weil ihre Gefährlichkeit nicht mit voller Gewißheit auszuschließen ist, unterbleiben müssen. Nur so viel muß verlangt werden, daß dabei alle verkehrserforderliche Sorgfalt gewahrt wird. Daran hat es der Beklagte nicht fehlen lassen, wenn er die nach den damals erreichten Erfahrungen wohl vorbereitete Fahrt bei bestem Wetter in der begründeten Zuversicht unternommen hat, sie werde glatt und glücklich verlaufen. Danach kann ihm in keiner Weise gemeingefährlicher Wagemut oder auch nur sorgfaltverletzender Leichtsinn vorgeworfen werden.

11. Sorgfaltspflicht des Hausbesitzers. a) **RG.** R. **12** Nr. 28 Eine im Hausflure befindliche Kellertür, die auf leisen Druck nach innen nachgibt, ist eine unzulässige Einrichtung. b) **RG.** R. **12** Nr. 375. Der Hausbesitzer muß seiner Streupflicht bei Winterglätte bis zum Beginne des allgemeinen Verkehrs am Morgen nachgekommen sein. c) **RG.** R. **12** Nr. 1442. Für kleine Dörfer mit ländlichem Charakter besteht eine Streupflicht bei Eisglätte auf den Ortsstraßen nicht.

12. Sorgfaltspflicht bei Unterhaltung von Bauten. a) **RG.** R. **12** Nr. 376. Daß eine Einrichtung ihre Mängel und Unvollkommenheiten hat und durch eine bessere ersetzt werden könnte, macht ihr Bestehenlassen, nachdem sie einmal bei der Herstellung der Anlage in dieser Weise angebracht wurde, noch nicht zu einer schuldhaften Handlung. b) **RG.** R. **12** Nr. 188. Führt eine von früher her bestehende fehlerhafte Bauanlage besondere Gefährdungen der Vorübergehenden herbei, so darf deren Hintanhaltung nicht ausschließlich den Angestellten überlassen werden. c) **RG.** BayRpflZ. **12** 177. Die Stadtgemeinde muß als Eigentümerin des an einer verkehrsreichen Straße liegenden Rathauses die durch den lebhaften Straßenverkehr gesteigerte Sorgfaltspflicht durch Vorkehrungen erfüllen, daß niemand auf dem Bürgersteige durch abstürzende Schnee- und Eismassen zu Schaden kommt.

13. Sorgfaltspflicht bei Unterhaltung von Einrichtungen auf öffentlichen Straßen. a) **RG.** JW. **12** 792 Nr. 8. Im großstädtischen Verkehre muß auch der Möglichkeit Rechnung getragen werden, daß Einrichtungen auf der Straße (die in Straßen-Anschlagsäulen untergebrachten Transformatoren der Starkstromleitung eines Elektrizitätswerkes) infolge äußerer Einwirkung (Sprengung der Klappe durch Anfahren eines schweren Fuhrwerkes) gefährlich werden können. Diese Gefahr ist bei der Anordnung der Einrichtung (Höhenlage der Klappe) zu berücksichtigen. b) **RG.** R. **12** Nr. 29. Werden Telephondrähte von einer Straßenseite zur anderen über eine Starkstromleitung der elektrischen Bahn geleitet, so liegt stets eine gefährliche Arbeit vor, bei der mit Vorsicht und jedenfalls unter Beachtung der bestehenden Schutzvorschriften verfahren werden muß.

14. Sorgfaltspflicht der Gemeinde bei der Unterhaltung von Straßen. a) **RG.** R. **12** Nr. 2178. Die Erhöhung eines Bürgersteigs vor einem Hauseingange derart, daß die Erhöhung vor der Schwelle des Einganges 17 cm beträgt und nach beiden Seiten der Tür sowie nach der Straße zu in einer Ausdehnung von je etwa einem Meter allmählich ausläuft, ist nicht als unzulässig zu bezeichnen. b) **RG.** R. **12** Nr. 1754. Der Mangel von Sicherungsvorrichtungen gegen seitliche Verschiebung einer Straßenkanaldeckplatte verpflichtet die Gemeinde ohne weiteres zum Schadensersatze. c) **RG.** R. **12** Nr. 1443. Die Gemeinde genügt ihrer Pflicht, für die Sicherung des Straßenverkehrs zu sorgen (v. Komm. RGR. § 823 Anm. 6 a und die dort erwähnte Rechtsprechung des RG.), nicht schon dadurch, daß sie die Brunnen- und Schachtanlage durch einen Sachverständigen herstellen läßt. Sie muß sie auch auf ihre Verkehrssicherheit prüfen, bevor sie die An-

lage dem freien Verkehr übergibt. Dabei kann zwar nicht verlangt werden, daß eine Nachprüfung auch unbedeutender Einzelheiten stattfindet, allein gerade die Verwahrung der Einsteigeöffnungen bildet für die Frage der Verkehrssicherheit einen ganz wesentlichen Punkt. Die verfassungsmäßigen Vertreter der Gemeinde müssen bei ordnungsmäßiger Prüfung die Gefahr erkennen, mit der Möglichkeit einer zufälligen oder versehentlichen Verschiebung der Platte rechnen und die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Sicherungsvorrichtungen anbringen lassen. Anderenfalls lassen sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht, handeln sie also fahrlässig. d) HansGZ. **12** 41 (Hamburg). Der Staat ist nicht verpflichtet, Kaistrecken und Treppen daran gegen das Wasser hin mit Geländern zu versehen.

15. Sorgfaltspflicht bei dem Verkehr auf der Straße. a) **RG.** JW. **12** 908 Nr. 3. Wer auf einer Verkehrsstraße (auch in einem Dorfe) im Dunkeln, ohne acht auf Menschen zu haben, derart dahinläuft, daß er einen langsam entgegenkommenden Fußgänger wuchtig anrennen kann, verletzt die verkehrserforderliche Sorgfalt, denn es genügt, daß er es für möglich halten mußte, daß auf der Straße noch andere Menschen gingen. b) WürttZ. **12** 107 (Stuttgart). Es ist als Fahrlässigkeit anzusehen, wenn ein Bauer auf einem Schlitten stehend fährt. Hierfür kann auch der Pferdebesitzer und Vater des Kutschers mithaftbar gemacht werden, wenn er seinen Sohn des öfteren stehend fahren gesehen hat.

16. Sorgfaltspflicht bei Beaufsichtigung unerwachsener Personen. a) **RG.** JW. **12** 530 Nr. 7. Wer Kinder mit in ein Hotel bringt, muß selber, und zwar in erhöhtem Maße, auf sie acht geben. Auf eine entsprechende Vorsicht kann und darf der Gastwirt rechnen, wenn er freilich bei Aufnahme von Kindern tunlichst auch seinerseits auf deren Sicherheit Bedacht nehmen soll. Es mag richtig sein, daß es unmöglich ist, ein Kind in jedem Augenblicke zu beaufsichtigen. Daraus folgt aber nicht, daß die Gefahr eines unglücklichen Zufalls, der das Kind in einem solchen Zeitpunkt ausgesetzt ist, von dem Gastwirte zu tragen wäre, daß dieser sonach für die Folgen kindlicher Unvernunft oder Spielsucht deshalb aufzukommen hätte, weil die Eltern oder die Wärterin außerstande waren, sie zu verhüten. b) **RG.** R. **12** Nr. 1891. Der Vorstand eines Vereins zur Unterbringung von Fürsorgezöglingen hat dafür zu sorgen, daß seine Untergebenen und Aufsichtspersonen die Vorschriften über die Beschäftigung jugendlicher Personen an gefährlichen Maschinen kennen und befolgen.

17. Sorgfaltspflicht bei Beschäftigung bestrafter Personen. **RG.** R. **12** Nr. 1146. In der Beschäftigung einer Person, welche vor langen Jahren wegen Urkundenfälschung bestraft ist, sich inzwischen aber in verantwortungsvoller Stellung stets gut geführt hat, liegt nicht schon deshalb eine zum Schadensersatze verpflichtende Fahrlässigkeit, weil eine besondere Überwachung des Angestellten und eine Beschränkung seiner Tätigkeit nicht erfolgt.

IV. Beweislast. 1. S. III Nr. 2.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 771. Der Kläger verlangt vom Beklagten Schadensersatz, weil dieser ihm in einer Sauerwasserflasche statt Sauerwasser eine ätzende Flüssigkeit verabfolgt hat. Das RG. führt aus: Wenn es auch grundsätzlich anzuerkennen ist, daß der Verkäufer bei der Lieferung fehlerhafter Ware, wenn er wegen schuldhafter Vertragserfüllung in Anspruch genommen wird, nicht seine Sorgfalt beweisen, sondern der Käufer das Verschulden des Verkäufers nachweisen muß, so können von dieser Regel die besonderen Umstände doch Ausnahmen bedingen. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn nach dem Sachverhalte die Schädigung des Käufers durch die gelieferte Sache im Hinblick auf die allgemeinen Verkehrsanschauungen und Erfahrungen, solange nichts Gegenteiliges sich aus den Umständen ergibt, nicht anders zu erklären ist als durch mangelhafte Aufsicht des Verkäufers in seinem Betriebe oder durch geschäftliche Unordnung. Der Beklagte hat dem Kläger nicht eine

mangelhafte Ware, sondern etwas ganz anderes als das Gekaufte unter dem dem Käufer nicht erkennbaren Scheine geliefert, es sei die gekaufte Ware und ihn dadurch an der Gesundheit geschädigt. Dieses Verhalten des Beklagten läßt sich nicht anders erklären, als durch mangelhafte Beaufsichtigung und geschäftliche Unordnung, wenn nicht der Beklagte darzutun vermag, weshalb diese Erklärung nicht zutrifft. Der Beklagte muß sich hier entlasten. Durch die Auferlegung des Entlastungsbeweises wird dem Beklagten weder etwas Unbilliges noch auch etwas Unmögliches zugemutet. Unbillig ist diese Auflage nicht. Denn nur der Beklagte, der seinen Betrieb kennen muß, nicht aber der Kläger, ist in der Lage, den Grund anzugeben, aus dem dem Kläger anstatt eines Nahrungsmittels eine ätzende Flüssigkeit zu sofortigem Genusse verabreicht worden war. Der Entlastungsbeweis, welcher dem Beklagten anzusinnen ist, enthält auch nicht Unmögliches. Der Beklagte kann und muß dartun — soweit ihm derartiges als Gastwirt möglich ist —, daß er die Sauerwasserflaschen so, wie er sie von der Fabrik bezogen hat, eingelagert hat, daß diese Lagerung eine solche war, daß genügende Vorkehrungen gegen Verwechselungen vorhanden erscheinen, wie es in seinem Betriebe mit leeren Sauerwasserflaschen gehalten wurde, wenn sie zur Einfüllung anderer Flüssigkeiten wieder in Benutzung genommen sein sollten u. dergl. Auf dieser Grundlage wird der Beklagte in den Stand gesetzt, seine Schuldlosigkeit, die ihn von der Haftung befreit, darzutun.

§ 278. Literatur: Fraenkel, Kellner und Gast, R. 12 315. — Grünebaum, LeipzZ. 12 139 ff. — Kiese, Haftet der substituierende Anwalt für die Kosten des Substituierten? JW. 12 1094. — Kormann, Ztschr. f. Wasserw. 12 275. — Schlotter, LeipzZ. 12 201.

I. Begriff „Verbindlichkeit" im Sinne des § 278. 1. § 278 findet keine Anwendung auf die Haftpflicht des Staates für seine Beamten, soweit diese lediglich in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt handeln. a) **RG. 78** 325, 329. Der Staat kann allerdings, wenn er auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommen wird, den seine Beamten durch Vernachlässigung ihrer Dienstpflichten Dritten zugefügt haben, keine gesonderte Rechtsstellung um deswillen beanspruchen, weil den Beamten die von ihnen verletzte Pflicht als öffentlich-rechtliche obliegt. Wird bei der Handhabung dieser Obliegenheit diejenige Sorgfalt außer acht gelassen, welche im Rechtsleben nach dem bürgerlichen Gesetze zu beobachten ist, so muß sich auch der Staat die Beurteilung der Handlungsweise seiner Beamten nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes gefallen lassen, wie seine eigene Haftung für diese den allgemeinen Vorschriften der §§ 31, 89, 831 untersteht (**RG. 52** 369, **54** 53, JW. **04** 353 Nr. 1). Dies gilt aber nur, wenn es sich um die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht auf einem Gebiete handelt, auf dem nicht ausschließlich die Ausübung eines Hoheitsrechts in Frage steht. Das ist namentlich der Fall in allen Verhältnissen gemischter Natur und insbesondere hinsichtlich der Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Sachen und öffentlichen Anstalten. Der Schade, der dadurch verursacht wird, daß Verpflichtungen verletzt sind, die eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes in Ansehung einer dem Gemeingebrauche gewidmeten Sache, eines zum dienstlichen Gebrauche bestimmten Grundstücks, Geländes oder einer solchen beweglichen Sache oder einer öffentlichen Verkehrsanstalt als Eigentümer, Besitzer, Bauherrn oder Unternehmer obliegen, ist allerdings als in Ausführung privatrechtlicher Verrichtungen zugefügt anzusehen. So fallen z. B. Anordnungen und Handlungen, die nur aus Anlaß der Ausübung eines Hoheitsrechts erfolgen, jedoch ihrer Natur und Zweckbestimmung nach der staatlichen Vermögensverwaltung angehören, wie die Verwahrung, Untersuchung, Bei- oder Wegschaffung der zu den fiskalischen Beständen gehörenden Materialien als militärfiskalische Akte unter den Begriff der privatrechtlichen Ver-

richtungen (**RG. 55** 171). Ebenso haftet der Staat nach den Vorschriften des BGB. als Eigentümer eines Gerichtsgebäudes wegen eines durch schlechte Beschaffenheit einer Einrichtung verursachten Schadens nach den Vorschriften des BGB. (DJZ. **05** 699), ferner als Eigentümer eines Bahnhofs (**RG. 53** 276, als Betriebsunternehmer der Staatseisenbahnen (GruchotsBeitr. **44** 1025, **RG. 47** 328), als Straßenerbauer (**RG. 47** 241). Anders ist dies dagegen, wenn es sich um eine von dem Beamten lediglich in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zugefügten Schaden handelt (SeuffBl. **09** 384). Dann tritt eine Haftung des Staates nur ein, wenn das Landesrecht, auf das Art. 77 EGBGB. verweist, eine solche für den von dem Beamten verursachten Schaden zuläßt. b) *Kormann, Zeitschr. für d. ges. Wasserwirtschaft **12** 275. Die Bestimmung findet (entgegen **RG. 72** 52) keine Anwendung auf die Haftung des auf einem öffentlichen Flusse eine Fähre betreibenden Fiskus für ein Verschulden des Fährmanns. Die Unfallhaftung des Fiskus richtet sich vielmehr nach den Grundsätzen über die Haftung einer öffentlichen Anstalt, wie sie für die öffentlichen Verkehrsanlagen im ALR. II. 15, nur teilweise modifiziert durch das BGB., enthalten sind.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 912. Notwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 278 BGB. ist, daß eine konkrete bestehende Schuldverbindlichkeit vorliegt, die durch die Leistung des Schuldners zur Erfüllung gebracht werden kann. Eine solche Schuldverbindlichkeit wird nicht schon durch die der Gemeinde gegenüber der Allgemeinheit obliegende Rechtspflicht begründet, zum Schutze des Publikums für die Sicherheit auf den Straßen Sorge zu tragen; vielmehr entsteht in den genannten Fällen ein Schuldverhältnis erst dann, wenn unter Versäumung der Rechtspflicht durch unerlaubte Handlung eines der Rechtsgüter des § 823 BGB. verletzt wird; erst die unerlaubte Handlung bildet die Unterlage für die aus ihr abzuleitende Schuldverbindlichkeit der Gemeinde auf Schadensersatzleistung gegenüber dem Verletzten.

3. Haftung für Verschulden der Angestellten bei Vorlegung von Waren an Kauflustige. **RG. 78** 239. Der Geschäftsinhaber haftet für Unfälle, die Kauflustige durch Verschulden eines Handlungsgehilfen erlitten haben. Der Antrag auf Vorlegung der Ware und die Annahme des Antrags bezwecken die Hervorbringung eines Kaufes. Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, der einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und Besichtigung der Waren die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teiles zu beobachten.

4. **RG. 79** 42. Daß sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit einer anderen Person bedient, ist auch dann denkbar, wenn die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht.

5. „Verbindlichkeit" des Vormundes. **RG.** SeuffA. **67** Nr. 41. Die dem Vormund als solchem obliegenden Verbindlichkeiten erschöpfen sich in der Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels (§§ 1793, 1800 BGB.) und, im Rahmen dieser Fürsorge, in der Beobachtung einer Anzahl von Einzelvorschriften (§§ 1802 ff.), die für sein rechtsgeschäftliches Tun und Lassen von Bedeutung sind. Die Erfüllung der sich hiernach für den Vormund ergebenden Verbindlichkeiten, die Wahrnehmung der eigentlichen „vormundschaftlichen Geschäfte" (wie sich § 1836 ausdrückt) darf er überhaupt nicht oder doch nur auf seine Gefahr Dritten übertragen. Es ist deshalb nur folgerichtig, ihn insoweit gemäß § 278 auch für Verschulden derjenigen Personen haften zu lassen, deren er sich zur Erfüllung eben dieser rein

vormundschaftlichen Verbindlichkeiten bedient. Andrerseits ist der Vormund nicht verpflichtet, für den Mündel und an seiner Statt persönlich diejenigen wirtschaftlichen Verrichtungen auf sich zu nehmen, an deren Leistung der Mündel z. B. infolge eingetretener geistiger Erkrankung verhindert ist. Der Vormund wird vielmehr regelmäßig gar nicht umhin können, sich hierzu der Hilfe dritter Personen zu bedienen. In solchen Fällen wäre es eine in die Augen springende grobe Unbilligkeit, wenn man ihn aus § 278 auch für deren Verschulden ohne weiteres haftbar machen wollte. Der Vormund genügt vielmehr der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276), wenn er den mit Fortführung des landwirtschaftlichen, gewerblichen oder kaufmännischen Betriebs des Mündels zu beauftragenden Dritten gewissenhaft auswählt, und es demnächst an seiner gewissenhaften Überwachung nicht fehlen läßt.

II. Begriff des Erfüllungsgehilfen. 1. *Kiefe, JW. **12** 1094 ff. Der substituierende Anwalt haftet nicht für Verschulden des Substituten.

2. **RG.** R. **12** Nr. 192. Der Leiter einer Filiale haftet mangels besonderer Abrede nicht für das Verschulden der ihm beigegebenen Gehilfen. Dagegen haftet er persönlich für den Bestand der ihm anvertrauten Vermögensstücke, solange er nicht nachweist, daß ein Fehlbetrag ohne sein Verschulden entstanden ist.

3. Fraenkel, R. **12** 315. Der Wirt haftet nicht aus dem Vertrage, wenn der Kellner einen Gast mit Sauce begießt, während er einen anderen Gast bedient.

4. **RG. 79** 42. Der Lieferant des Verkäufers ist jedenfalls dann nicht sein Erfüllungsgehilfe, wenn er dem Verkäufer die Ware geliefert hat und wenn dann der Verkäufer die ihm gelieferte Ware an den Käufer weiterliefert.

5. **RG. 78** 380. Der Kapitän eines von einem Kahneigner angenommenen Schleppdampfers ist nicht Erfüllungsgehilfe für den Frachtvertrag.

6. HansGZ. **12** 254 (Hamburg). Die vom Befrachter für die Überladung der Güter in das Fahrzeug des Frachtführers angenommenen Leute sind im Verhältnisse zum Frachtführer nicht Erfüllungsgehilfen des Befrachters.

7. **RG.** WarnE. **12** 280. Der Eisenbahnunternehmer verwendet zur Erfüllung seiner Vertragspflicht, den Reisenden nicht zu gefährden, bei Kreuzung von Zügen das gesamte bei allen beteiligten Zügen dienstlich beschäftigte Personal.

8. BayObLG. **13** 127. Wenn der Reisende auf der Fahrt durch die Fahrlässigkeit des Postillons einen Unfall erleidet, hat der Unternehmer der Fahrt für die Folgen des Unfalls in demselben Umfang einzustehen wie der Bedienstete.

9. Schlotter, LeipzZ. **12** 201 erörtert den Zusammenhang zwischen Schaden und Verschulden des Erfüllungsgehilfen im Anschluß an LeipzZ. **11** 632 (Jena).

III. Nachweis der Gehilfenschaft. **RG. 79** 42. Für die Annahme, daß der Schuldner sich einer anderen Person zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit, sei es zum Tun, sei es zum Unterlassen bediene, ist stets notwendige Voraussetzung, daß sowohl die Gehilfenschaft als auch der Umstand, daß der Schuldner sich des anderen „bediene" irgendwie deutlich in die Erscheinung treten. Das wird bei Unterlassungsverbindlichkeiten vornehmlich der Fall sein in Ansehung der Angestellten des Schuldners (**RG. 63** 117).

IV. (Vgl. JDR. **7** zu § 278 Ziff. 5 a.) *Grünbaum, LeipzZ. **12** 139 ff. verteidigt gegen Angriffe aus Kreisen der Haftpflichtversicherung seine Auffassung, daß de lege ferenda § 278 unter Streichung des § 831 auf das Gebiet der außervertraglichen Schadenszufügung auszudehnen sei, und sucht dies auf Grund praktischer Erfahrungen wiederholt zu belegen.

§ 279. Literatur: Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung. Berlin 1912. — Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld. München und Leipzig 1912.

1. Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld. Der Grundgedanke der Vorschrift ist folgender: Gattungsobjekte sind in der Regel, eben wegen ihres vertretbaren Charakters, dem Verkehr unterworfen. Solange die Gattung überhaupt noch besteht, ist man in der Lage, sich Objekte daraus zu verschaffen. Wer eine Quantität aus der Gattung schuldet, kann sich die zur Erfüllung nötigen Objekte verschaffen, wenn er über die hierzu erforderlichen Geldmittel verfügt. Das Leistungsvermögen ist hier eine Geldfrage. Wer aber die Mittel nicht hat, trägt, wie auch sonst, die Folgen seiner wirtschaftlichen Schwäche: er hat seinen Mangel an ökonomischer Leistungsfähigkeit zu vertreten. Beruht dagegen sein Unvermögen zur Erfüllung der Gattungsschuld auf anderen Gründen, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze. Das heißt, der Schuldner hat alsdann sein Unvermögen nur zu vertreten, wenn es von ihm verschuldet ist (88). — Bei der Gattungsschuld trägt der Schuldner die nachteiligen Folgen eines nachträglichen zufälligen Unvermögens zur Leistung; bei der Schuld einer Gattung trägt diesen Nachteil der Gläubiger (40).

2. Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung. Eine Beziehung dieser Vorschrift auch auf das ursprüngliche Unvermögen in direkter Weise ist nicht unbedenklich, da gegenüber dem Umstande, daß § 279 zwischen den ausschließlich das nachträgliche Nichtleistenkönnen regelnden §§ 275 und 280 steht, der Wortlaut des § 279, der eine Beschränkung seiner Vorschrift auf das nachträgliche Unvermögen nicht kennt, wohl nicht durchschlagend in Betracht kommen kann. Will man aber eine direkte Anwendung des § 279 auf das ursprüngliche Unvermögen nicht zulassen, so erweist sich eine analoge Anwendung deswegen als geboten, weil eine für das nachträgliche Unvermögen vorgeschriebene Zufallshaftung, wie sie im § 279 bestimmt ist, sich nicht auf der „Nachträglichkeit" des Unvermögens, sondern lediglich auf dem Charakter des Unvermögens an sich aufbauen kann (87/88).

3. Harff aaO. § 279 ist auch auf Speziesschulden auszudehnen (94).

4. **RG.** WarnE. **12** 407. Die Vorschrift des § 279 gibt dem Grundsatze, daß der Schuldner regelmäßig nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, bei Gattungsschulden nicht etwa überhaupt einen anderen Inhalt, sondern durchbricht ihn nur für den besonderen Fall der subjektiven Unmöglichkeit (des Unvermögens).

5. **RG.** WarnE. **12** 75. Der Satz „Das auf ungünstiger Vermögenslage beruhende Unvermögen hat der Schuldner in jedem Falle zu vertreten" entspricht, insoweit es sich auf die an sich durch Aufwendung von Geldmitteln zu ermöglichende Beseitigung der auf dem Kaufgrundstücke lastenden Hypotheken und Grundschulden bezieht, dem § 279 BGB. (vgl. **RG. 75** 80). Er schließt aber nicht aus, daß bei Würdigung des Verhaltens beider Parteien auf der Grundlage des § 254 auch der Einfluß berücksichtigt wird, den das Verhalten der Kläger auf jenes Unvermögen der Beklagten gehabt hat.

§ 280. 1. Harff aaO. § 280 findet auch auf das ursprüngliche Unvermögen entsprechende Anwendung (98).

2. **RG.** SeuffA. **67** Nr. 74. An dem Rechtsgrundsatze, daß die Behauptung des Schuldners, die ihm obliegende Leistung sei durch Umstände, die er zu vertreten hat, unmöglich geworden, seine Verurteilung nicht hindert, sondern späterer Erörterung vorzubehalten ist (**RG. 54** 28 ff., GruchotsBeitr. **53** 920), ist festzuhalten.

§ 281. 1. Harff aaO. § 281 findet auch auf das ursprüngliche Unvermögen Anwendung, nur muß sorgfältig festgestellt werden, daß der Schuldner den Ersatzgegenstand erst nach Abschluß des Vertrags erworben hat (116).

2. Rechtliche Natur des Surrogatanspruchs s. *Eckstein zu §§ 323 ff.

§ 283. I. Geltungsgebiet. 1. **RG.** WarnE. **12** 411. Die Vorschrift des § 283 gilt nach ihrem Wortlaut, Inhalt und Zwecke unbedenklich auch für dingliche Rechtsverhältnisse.

2. WürttJ. **24** 261 (Stuttgart). Auf Urteile, die auf Herstellung von Einrichtungen gerichtet sind, durch welche die Zuführung von übermäßigen Geräuschen ausgeschlossen wird (§ 906 BGB.), ist § 283 nicht anwendbar. Die Übertragung dieser dem Schuldrecht angehörigen Vorschrift auf das Sachenrecht ist ausgeschlossen.

II. Inhalt. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 753. Im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung der urteilsmäßigen Verpflichtung muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angenommen werden, daß der Gegner Schadensersatz fordern darf, und zwar ohne vorgängige Versuche zur Durchführung des Erfüllungsanspruchs im Vollstreckungsverfahren (s. JW. **03** 290 Nr. 6). Denn es ist, wie der erkennende Senat bereits, wenn auch in einem anders liegenden Falle, ausgesprochen hat (**RG. 69** 357), nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine für den Rechtsverkehr völlig zwecklose und überflüssige Handlung gewollt haben sollte. Wenn der erkennende Senat in einem das ALR. betreffenden Falle (**RG. 22** 255) den Grundsatz aufgestellt hat, daß die Judikatsklage auf das Erfüllungsinteresse wenigstens dann zuzulassen sei, wenn die geschuldete Naturalleistung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht zu erzielen sei, da in diesem Falle die Interessenklage das notwendige, weil allein mögliche Ersatzmittel für die Vollstreckung des Urteils bilde, die sich als unausführbar erwiesen habe, so muß dies aus denselben Gründen auch für das BGB. gelten.

2. R. **12** Nr. 379 (Stuttgart). Aus der Bestimmung des § 283 BGB. ist zu schließen, daß der Gläubiger nicht zugleich auf die ihm vertragsmäßig zugesicherte Leistung und vorsorglich auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Ersatz des Wertes der Leistung klagen kann.

3. **RG.** WarnE. **12** 411. Der Fristsetzung bedarf es nicht, wenn der Schuldner ausdrücklich erklärt, zur Erfüllung der urteilsmäßigen Verpflichtung außerstande zu sein.

§ 284. Literatur: Fraeb, Die Zubilligung der Mahnporti im Mahnverfahren, JW. **12** 776. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

1. *Fraeb, JW. **12** 778. Die Mahnung ist ein Rechtsgeschäft, durch welches eine Willenserklärung des Schuldners herbeigeführt und gleichzeitig eine solche von ihm angenommen werden soll. Die herbeigeführte Willenserklärung ist die stillschweigende Anerkennung der Schuld, die angenommene ist die in der Mahnung stillschweigend abgegebene Erklärung des Gläubigers, daß er das seitherige Nichterfüllen des Schuldners trotz Fälligkeit und den darin liegenden Antrag auf Abschluß eines Stundungsvertrags genehmige (vgl. zu §§ 151, 157, 202, 208, 242, 286 BGB. u. §§ 688 ff. ZPO.).

2. **RG.** LeipzZ. **12** 542 Nr. 14. Eine Zuvielforderung macht eine Mahnung und Fristbestimmung nicht unter allen Umständen unwirksam. Vielmehr ist diese der Zuvielforderung ungeachtet dann rechtswirksam, wenn auch eine Mahnung bloß für den schuldigen Betrag nichts genutzt hätte und der Gläubiger die Annahme des schuldigen Betrags nicht abgelehnt haben würde.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 77. Die Vertragsbestimmung, daß der Käufer die gekaufte Ware im Laufe eines bestimmten Jahres in ungefähr gleichen Monatsraten abzurufen und abzunehmen habe, hat die Bedeutung einer für diese Leistung des Käufers nach dem Kalender bestimmten Zeit im Sinne des § 284 Abs. 2 BGB., so daß er, wenn er bis zum Ablaufe des Jahres dieser Verpflichtung überhaupt nicht oder nicht vollständig nachgekommen ist, mit Schluß des Jahres insoweit ohne Mahnung in Verzug gerät.

4. WürttJ. **12** 6 (Stuttgart). Wenn der Gläubiger die ihm obliegende Mitwirkung zur Leistung des Schuldners nicht zur rechten Zeit vornimmt, so wird der

dem Schuldner gesetzte Leistungstermin hinfällig, und der Schuldner kommt mit dem Eintritte desselben nicht in Verzug, sofern ihm die Leistung zu diesem Termin infolge der Nichtmitwirkung des Gläubigers, also eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden ist (§ 285 BGB.). Er kommt auch in Zukunft insolange nicht in Verzug, als er nach diesem Termine die Leistung nach der Lage der Umstände ohne sein Verschulden nicht bewirken kann. Es muß ihm eine angemessene Frist zur Herstellung des Werkes vergönnt werden. Vorher ist seine Leistung nicht fällig. Mit dem Zeitpunkt, in welchem er dann ohne schuldhaftes Zögern die Leistung bewirken kann, wird sie erst fällig. Der ursprünglich bestimmte Kalendertermin ist wirkungslos geworden, wie eine vor Eintritt der Fälligkeit erfolgte Mahnung wirkungslos ist. Es muß also in einem solchen Falle nach Eintritt der Fälligkeit eine Mahnung erfolgen, um den Verzug des Schuldners herbeizuführen, oder es muß ein neuer Kalendertermin festgesetzt sein, der in der Zeit nach Eintritt der Fälligkeit liegt.

5. *Walsmann, Der Verzicht. Der Verzug erweitert die Verpflichtung des Schuldners. Ein Verzicht auf die Verzugsfolgen enthält demgemäß stets einen teilweisen Erlaß der Schuld und bedarf des Vertrags. Der Stundungsvertrag beseitigt für die Zukunft den Verzug; er steht jedoch zur ferneren Geltendmachung der bereits eingetretenen Rechtsfolgen nicht in einem solchen Gegensatz, daß diese erlöschen (237).

§ 285. Literatur: Eckstein, Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, ABürgR. **37** 390 ff.

I. *Eckstein 225. Bei nichtzuvertretender Leistungsverzögerung zwar keine Verzugsfolge, aber Rücktrittsrecht des Gläubigers mit Pflicht zum negativen Schadensersatz (Kap. 10).

II. **RG.** LeipzZ. **12** 843. Im allgemeinen muß allerdings davon ausgegangen werden, daß eine Vertragspartei, die von der abweichenden Meinung des anderen Teiles über die Wirksamkeit des Vertrags Kenntnis erhält, sich sagen muß, daß ihre Ansicht falsch sein kann (WarnE. **08** Nr. 295), daß sie es daher zu vertreten hat, wenn sie trotzdem bei ihrer Auffassung bleibt. Die Verhältnisse können aber auch so gelagert sein, daß dieses Verhalten entschuldbar ist.

III. SchlHolstAnz. **12** 161 (Kiel). Der Schuldner ist nicht in Verzug geraten, wenn ihm die Adresse des Zessionars nicht mitgeteilt war.

§ 286. Literatur: Fraeb, Die Zubilligung der Porti im Mahnverfahren, JW. **12** 776. — Steffens, Die Abnahmepflicht des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung. Cöln 1912.

I. **RG.** LeipzZ. **12** 227 Nr. 19. Von einem Vorbehalte bei der Annahme der verspäteten Vertragserfüllung macht das Gesetz den Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung nicht abhängig.

II. Abs. 1. 1. Steffens aaO. Beim Abnahmeverzuge fällt unter den Schadensersatz nicht nur der Schaden, der dem Verkäufer infolge der Fortdauer seiner Gewährspflicht über die Sache entsteht, sondern auch jeder andere Schaden, der durch die Sache dem Verkäufer noch entstehen kann, desgleichen der entgangene Gewinn (74).

2. *Fraeb, JW. **12**. Der Gläubiger kann vom Schuldner die Erstattung der Portokosten für an diesen vor Beginn des Mahnverfahrens gerichtete Mahnschreiben, soweit sie der Sachlage nach angemessen erscheinen, beanspruchen. Warum soll der Gläubiger, wenn der Schuldner auf eine oder mehrere Mahnschreiben nicht antwortet, nicht ebenso wie der Gesetzgeber beim nicht erfolgten Widerspruche gegen den Zahlungsbefehl unterstellen dürfen, daß der Schuldner seine Verpflichtung nicht bestreiten wolle? Ja, kein Handelsgebrauch ist für den Richter so leicht festzustellen wie gerade

der, daß Schweigen auf Mahnbriefe im kaufmännischen Handel als Nichtbestreiten der Schuld gilt. Aber auch für den übrigen bürgerlichen Verkehr wird man kein Bedenken zu tragen haben mit der Annahme, daß Stillschweigen auf Mahnschreiben geeignet ist, die Entschließung des Gläubigers zu beeinflussen, insofern dieser dann von Prozeßmaßnahmen Abstand nimmt. Hat das Schweigen aber diese Eigenschaft, dann ist der Schweigende nach der Ansicht des RG. mit Rücksicht auf Treu und Glauben verpflichtet, den anderen Teil nicht im ungewissen zu lassen, und er muß es sich deshalb gefallen lassen, daß sein Schweigen als eine Anerkennung durch Nichtbestreiten aufgefaßt wird. Der Gläubiger, der so durch die provozierte stillschweigende Anerkennung des Schuldners die Verjährung seiner Forderung unterbrochen hat, gibt unter Umständen mit seinen Mahnungen durch konkludente Handlungen gleichfalls rechtserhebliche Erklärungen ab. Das Verhalten des nicht leistenden und auf Mahnung schweigenden Schuldners läuft darauf hinaus, vom Gläubiger eine Stundung zu erreichen. In der Mahnung eine Zeitlang nach Fälligkeit kann unter Umständen ein Verzicht auf die bereits entstandenen Verzugsfolgen und eine nachträgliche Genehmigung der vom Schuldner de facto herbeigeführten Stundung erblickt werden. Der Schuldner ist es, der seinem Gläubiger die Stundung aufoktroyiert. Die Mahnung ist also ein Rechtsgeschäft, durch welches eine Willenserklärung des Schuldners herbeigeführt und gleichzeitig eine solche von ihm angenommen werden soll. Naturgemäß hat der Schuldner, der durch sein Verhalten die Mahnung erforderlich gemacht hat, ihre Kosten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, d. h. zur Erhaltung der Forderung des Gläubigers erforderlich war, zu tragen. Die nach § 242 BGB. begründete Pflicht wird bei verständigen Leuten, die von einer Frist nach Fälligkeit der Schuld Gebrauch gemacht haben, dazu führen, ihre Leistung auf Erfordern des Gläubigers so zu bewirken, daß dessen vornehmlich in ihrem Interesse gemachten Auslagen beglichen werden (vgl. zu §§ 151, 157, 202, 208, 242, 284 BGB. u. §§ 688 ff. ZPO., auch JDR. **10** § 286 BGB.).

III. Abs. 2. Steffens 75. § 286 Abs. 2 ist auch auf den Abnahmeverzug anwendbar.

§ 287. Steffens. § 287 kann für den Abnahmeverzug nicht in Betracht kommen. Der Gefahrübergang im Falle der Nichterfüllung der Abnahmepflicht ist daher nur nach § 300 BGB. und beim Gattungskaufe nach § 300 Abs. 2 zu beurteilen. (78/79.)

§ 289. OLG. **24** 285 (KG.). Von widerrechtlich eingezogenen Zinsen können Verzugszinsen gefordert werden.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

§ 293. I. Steffens, Die Abnahmepflicht des Käufers. Zwischen Abnahme- und Annahmeverzug besteht ein Unterschied sowohl in den Voraussetzungen der beiden Verzugsfälle, als auch in den Begriffen Annahme und Abnahme selbst. Abnahme- und Annahmeverzug können sowohl allein als auch in Verbindung miteinander eintreten (65). Wenn einige Schriftsteller der Ansicht sind, daß die Folgen des Annahmeverzugs durch die des Abnahmeverzugs konsumiert würden, so könnte dies nur dann richtig sein, wenn die Annahme- und Abnahmeleistung identisch wären. In diesem Falle wäre allerdings ein und dieselbe Person für dieselbe Leistung Gläubiger und Schuldner. Hiervon kann aber nicht die Rede sein; denn die Abnahmeleistung, zu der der Käufer als Abnahmeschuldner verpflichtet ist, ist verschieden von der Annahmeleistung, zu der er als Annahmegläubiger berechtigt ist. Denkbar ist nur eine Konkurrenz der Rechte aus Annahmegläubiger- und Abnahmeschuldnerverzug miteinander, da aus demselben Rechtsverhältnisse Gläubiger- und Schuldnerverzug in der Person ein und desselben Individuums konkurrieren können. Es bleibt nur die Frage offen, ob hier eine alternative oder kumulative Konkurrenz

der Verzugsfolgen vorliegt, deren Beantwortung von der Feststellung des Tatbestandes abhängt, dem die Rechte entspringen. Ist dieser bei beiden Verzugsfolgen derselbe, so ist auch nur eine alternative Konkurrenz zulässig, ist er ein verschiedener, so dürfen auch die Rechte kumulativ vom Verkäufer nebeneinander geltend gemacht werden. Die Rechte entspringen in erster Linie dem Kaufvertrage als solchem. Durch das vom Gesetzgeber geschaffene Abnahmeschuldverhältnis stellen sich aber die Rechte aus dem Abnahmeverzug als Folgen der Verletzung des selbständigen Abnahmeschuldverhältnisses dar, während die Annahmeverzugsregeln ganz unabhängig davon und ganz allgemein an die Nichtausübung des Annahmerechts des Gläubigers geknüpft sind. Es entspringen demnach die Rechtsfolgen des Abnahmeschuldnerverzugs einem besonderen selbständigen Tatbestande, während diejenigen des Annahmegläubigerverzugs auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gläubigerverzugs überhaupt zurückzuführen sind (§§ 293 ff.). Hieraus folgt, daß die Rechte aus den beiden Verzugsfolgen kumulativ konkurrieren. Sie können nebeneinander geltend gemacht werden. — Der Richter wird jedoch im Einzelfalle noch besonders zu prüfen haben, ob nicht die Geltendmachung beider Rechte nebeneinander die allgemeinen Vorschriften über die Art der Schadensberechnung, insbesondere die §§ 249, 254, 255 BGB. verletzt. Der Schaden des Verkäufers wird wie überall nach freiem richterlichem Ermessen abzuschätzen sein, wobei es auf die Feststellung ankommt, was der Verkäufer bei vertragsentsprechender Abnahme des Käufers gehabt haben würde und nun tatsächlich hat. Ohne weiteres folgt z. B. aus dem Wesen des Schadens, daß der Verkäufer im Falle des Selbsthilfeverkaufs nicht auch noch einen vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat. Der Verkäufer muß vielmehr den erzielten Mindererlös auf seine Schadensforderung in Ansatz bringen. Bei Berücksichtigung dieser Umstände wird das Prinzip der kumulativen Konkurrenz wesentlich gemildert und kommt im Ergebnisse der Ansicht der Schriftsteller sehr nahe, die sich für eine alternative Konkurrenz beider Rechte aussprechen (92/95).

II. **RG.** R. **12** Nr. 2924. Aus der Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug folgt nicht, daß der Empfänger der Leistung, um sein Rücktrittsrecht ausüben zu können, verpflichtet wäre, seine Gegenleistung anzubieten, solange nicht der andere Teil seine Leistung angeboten hat.

§ 299. LeipzZ. **12** 784 (Hamburg). Der Gläubigerverzug des Adressaten wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß er sein Geschäftslokal wegen eines jüdischen Feiertags geschlossen hatte und deshalb die zugerollten Güter nicht in Empfang nehmen konnte.

§ 300. Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld. Die Vorschrift findet auch Anwendung auf den Fall der Schuld einer Quantität aus einem individuellen Vorrate (99/100).

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrages.

Vorbemerkung: I. Zu § 313 wird wieder eine reichhaltige Rechtsprechung mitgeteilt. Besonders hingewiesen sei auf die Entscheidung des **RG.** III 4b über den Formzwang für Vollmachten.

II. Zum Begriff der Bestimmbarkeit im Sinne des § 315 ist auf die Entscheidung des **RG.** 5a aufmerksam zu machen.

§ 306. Literatur: Israel, Über den Honoraranspruch des Arztes. Diss. Marburg 1912.

1. *Israel. Stirbt der Patient, ehe dem Arzte die Offerte zugeht, so liegt ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vor, der nach § 306 nichtig ist. Ein Honoraranspruch steht dem Arzte dann nicht zu. Stirbt der Patient aber, nach-

dem der Arzt die Offerte bereits angenommen und sich auf den Weg zu dem Patienten begeben hat, so hat der Arzt dadurch, daß er sich auf den Weg begab, bereits Dienste geleistet, und für diese Bemühungen kann er nach § 323 i. Verb. mit § 472 Entschädigung verlangen (62).

2. **RG. 78** 10. Ein Lizenzvertrag ist nichtig, wenn der Lizenzgeber infolge unrichtiger Beurteilung des Schutzumfanges des Patents die Verleihung eines Benutzungsrechts verspricht, das er nicht gewähren kann. Der Lizenznehmer kann die gezahlten Lizenzgebühren zurückfordern.

3. **RG. 78** 427. Hat ein Straßenanlieger auf Grund eines Vertrags mit der Stadtgemeinde zum Zwecke der Bewilligung einer Ausnahme von dem ortsstatutarischen Bauverbote für die Anliegerbeiträge Sicherheit geleistet, so kann er diese zurückfordern, wenn das Bauverbot nicht bestand, denn die Verpflichtung der Gemeinde ging von vornherein auf eine Willenskundgebung, die als wirksame Aufgabe eines Rechtes nicht erfolgen konnte, also auf etwas Unmögliches.

4. R. **12** Nr. 380 (Stuttgart). Ein Vergleich ist nicht deshalb unwirksam, weil der eine Teil sich darin zu einer unmöglichen Leistung (Abtretung einer nicht bestehenden Forderung, Verzicht auf ein nicht bestehendes Eigentum) verpflichtet hat.

5. **RG.** R. **12** Nr. 381. Die Vorschrift ist unanwendbar, wenn es sich lediglich um unbestimmte Erwartungen über die Leistungsfähigkeit einer technischen Anlage handelt.

§ 307. Literatur: Eckstein, Untergang der Obligation, ABürgR. **37** 390. — Fischer, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. München 1912. — Riezler, Zur Begrenzung des negativen Vertragsinteresses, DJZ. **12** 1176.

1. *Eckstein gibt folgendes System der Vertragshaftung: Bei Leistungserschwerung: Einrede nebst Pflicht zum Ersatze des negativen Schadens. Mitteilungspflicht, ob der Berechtigte von seiner Einrede Gebrauch machen will. Bei überwiegendem Interesse des Einredegegners entfällt nicht die Einrede (so Krückmann), dieser kann aber (meist durch bloßes pekuniäres Mehrgebot) die Leistungsschwierigkeit auf das obligationsmäßige Maß zurückführen und so die Einrede illusorisch machen. Hat der Schuldner die Erschwerung zu vertreten: Fortfall seiner Einrede; hat der Gläubiger sie zu vertreten: Haftung auf die Gegenleistung, Abzug nur der Ersparung des Schuldners (Kap. 11). — Bei Gefährdung von Leben, Gesundheit, Ehre usw.: Einrede aus eigenem Interesse (nicht Unmöglichkeit der Leistung!) mit negativer Schadenshaftung, selbst dann kein positiver Schadensersatz, wenn der Schuldner d n gefährdenden Umstand zu vertreten hat (Kap. 12). ➠ Vgl. meine demnächst im ABürgR. erscheinenden Ausführungen. ⟵ Bei nichtdauerndem Unvermögen des Schuldners, bei Geltendmachung der Einrede der Leistungserschwerung oder der des eigenen Interesses: Rücktrittsrecht des Gläubigers, falls kein Interesse an der verspäteten Leistung. Ebenso bei Leistungsungewißheit. Hat der Schuldner den Umstand zu vertreten, außerdem noch negativer Schadensersatz (Kap. 13). — Leistungserleichterung (oft mit dem Problem der Zweckerreichung verwechselt) entsprechender Fortfall der Gegenleistungspflicht. Hat der Gläubiger sie zu vertreten: Pflicht zur Gegenleistung, Abzug der Ersparung des Schuldners (Kap. 14). — Zweckerreichung, Zweckfortfall, Interessenfortfall: Einrede, aber negativer Schadensersatz (Kap. 15). — Concursus duarum causarum: Das Problem löst sich auf in das der Leistungserleichterung, Zweckerreichung oder Interessenfortfall, aber nie Unmöglichkeit der Leistung (Kap. 16). — Gesetzänderungs- und Gesetzgebungsvorschläge (Kap. 18). Vgl. auch zu §§ 323 u. 307 BGB.

2. *Eckstein aaO. Der negative Schadensersatz steht begrifflich nicht neben dem positiven, sondern ist nur eine Form des positiven. Daraus folgt als System der Vertragshaftung: Haftung für jeden bewirkten Schaden (bewirktes Schädigen

= Vernichtung fremder Interessen zur Erhaltung der eigenen). Haftung für den Schaden, den man einem anderen zuzufügen berechtigt ist (durch Anfechtungen, Einreden usw. — subjektive Vertragswidrigkeit). Der Schaden besteht dann nur im negativen Interesse. Der Schadensersatzanspruch schließt in Vertragsverhältnissen das Rücktrittsrecht ein. Der Rücktritt ist im Zweifel, auch dort nicht ausgeschlossen, wo das Gesetz nur negativen Schadensersatz kennt.

3. Fischer, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund. Als Voraussetzung des Ersatzanspruchs ist ein Vertrag erforderlich, dem kein anderer Wirkungsmangel, als der der Unmöglichkeit anhaften darf. Hinzukommen muß allerdings Kenntnis oder Fahrlässigkeit der Unkenntnis der Unmöglichkeit und Nichtmitteilung an den Gegner. Das ist aber alles kein selbständiger Deliktstatbestand, sondern rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten innerhalb des Schuldverhältnisses, welches für die Bestimmung der Rechtsgrundlage der Haftung nicht ausschlaggebend sein kann. Man wird also zu dem Schlusse gedrängt: Grundlage der Haftung ist doch der Vertrag. Er ist also nicht ohne Wirkung. Wenn das Gesetz ihn gleichwohl als schlechthin nichtig bezeichnet (§ 306), so ist das eine contradictio in adiecto. Man muß den Gesetzesausspruch dahin präzisieren: Der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag begründet nicht die Verpflichtung zu der darin versprochenen unmöglichen Leistung, wohl aber nach Maßgabe des § 307 die Verpflichtung zum Schadensersatze. Er ist nicht vollwirksam, aber auch nicht unwirksam, sondern minderwirksam (66).

4. Riezler, DJZ. **12** 1176. Das negative Vertragsinteresse umfaßt nicht reine Luxusausgaben und Aufwendungen aus unvernünftiger Laune. Am ursächlichen Zusammenhange fehlt es zwar auch insoweit nicht. Dieses allein vernünftige und rechtspolitisch gebotene Ergebnis folgt aber aus § 242 BGB. und läßt sich auch durch eine Analogie aus § 1298 Abs. 2 das. gewinnen.

§ 310. **RG.** WarnE. **12** 170. Ein Vertrag, durch welchen der im übrigen vermögenslose Geschäftsinhaber alle gegenwärtigen und künftigen Aktiva des Geschäfts einem anderen zur Sicherheit übereignet bzw. zediert, ist nichtig.

§ 311. Literatur: Beyersdorff, Übernahme eines Vermögens nach dem BGB., GöttDiss. 1911. — Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte. Mannheim 1912.

I. *Beyersdorff. 1. § 311 muß auch dann Anwendung finden, wenn eine zusammenfassende Bezeichnung der Vermögensbestandteile seitens der Parteien unterbleibt, sofern nur die Parteien sich bewußt sind, daß ein ganzes Vermögen übertragen werden soll (21 ff.). 2. Die Anwendung des § 311 auf Sondervermögensmassen ist abzulehnen (24 ff.). 3. Der Mangel der Form eines Vermögensübernahme-Vertrags wird in Analogie mit den Bestimmungen der §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2 u. 766 Abs. 2 BGB. durch die Übertragung des Vermögens geheilt. Den genannten Normen liegt der gemeinsame, auch für § 311 ohne weiteres zutreffende Gedanke zugrunde, daß die Leistung, welche die Veranlassung zur Aufstellung des Formzwanges gegeben hat, ein, wenn auch nicht völliges Äquivalent für die Form bildet (98—106). Die Heilung des Formmangels wird nicht nur durch das Interesse der Parteien (93), sondern in erster Linie auch durch das der Gläubiger des Veräußerers gefordert, die andernfalls bei einer trotz formnichtigen Übernahmevertrags vollzogenen Vermögensübertragung lediglich auf den zweifelhaften Rechtsbehelf einer Anfechtungsklage angewiesen sein würden (94 ff). — Das RG. (**RG. 76** 3, JDR. **10** Ziff. 5 zu § 311) sucht dem Gläubiger dadurch zu helfen, daß es den infolge des Formmangels nichtigen und nach Ansicht des RG. nicht durch Vollzug heilbaren Übernahmevertrag zufolge der im § 140 BGB. geregelten Konversion als einen zugleich auf Übertragung der einzelnen Vermögensbestandteile gerichteten Vertrag gültig sein läßt. Dies begegnet insofern großem Bedenken, als damit ein gemäß § 311 formnichtiger Vertrag nach § 140 BGB. regelmäßig rechts-

wirksam sein, die Formvorschrift also zu gänzlicher Bedeutungslosigkeit verurteilt sein würde. Der Zweck des § 311, Schutz vor Übereilungen zu gewähren, wäre damit völlig illusorisch gemacht, denn auch bei Übervorteilung der einen Vertragspartei durch die andere wird die Geltung des Vertrags so lange als von dem Übervorteilten gewollt anzusehen sein, als er von der Übervorteilung noch keine Kenntnis erhalten hat.

II. Fischbach 303. Der Form des § 311 bedarf auch der Sicherungsübereignungsvertrag mit dem Treuhänder.

III. **RG. 79** 282. Bei dem Verkauf eines fremden Vermögens ist § 311 nicht anwendbar.

IV. **RG.** R. **12** Nr. 1892. Sind nur bestimmte Vermögensstücke übertragen, so kommt es nicht darauf an, ob und welche weiteren Vermögensstücke der Übertragende zur Zeit des Vertragsschlusses besessen hat und ob der Umstand, daß er sich den Nießbrauch an den übertragenen Gegenständen vorbehalten hat, geeignet ist, dem Vertrage die Eigenschaft eines Vermögensübertragungsvertrages im Sinne des § 311 zu nehmen.

§ 313. Literatur: Bourier, Umgehung der notariellen Form der schriftlichen Vollmacht, DNotV. **12** 649. — v. Gagern, das Erbbaurecht seine Anwendbarkeit im Geltungsbereiche des vormaligen rheinischen Rechtes und Vorschläge zur Abänderung und Ergänzung der §§ 1012—1017 BGB., RheinA. **109** 18. — Graff, Heilt die Auflassung und Eintragung nach § 313 Satz 2 BGB. aller Formmängel? GruchotsBeitr. **57** 101 ff. — Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, JheringsJ. **60** 407—466. — Pfeiffer, Notarielle Beurkundung der Gegenleistung für eine Offerte, ZBlFG. **12** 529 ff. — Ziese, Zur Umgehung des § 313 BGB. durch Vollmacht, DNotV. **12** 683.

I. Zweck der Vorschrift. 1. Bourier, DNotV. **12** 649 ff. Formzweck ist die Sicherung der Rechtsordnung durch die Notwendigkeit, über das Geschäft eine Urkunde von besonderer Beweiskraft zu errichten. Der Schutz der am Geschäfte Beteiligten vor den Folgen der Übereilung usw. ist Nebenzweck, nicht immer veranlaßt, noch immer erfüllbar.

2. *Raape, Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte 58. Auf den Vertrag über Einräumung eines Vorkaufsrechts ist § 313 entsprechend anwendbar.

II. Geltungsgebiet. 1. **RG. 79** 78. § 313 gilt auch da, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, denn Art. 189 EGBGB. betrifft nicht das obligatorische Grundgeschäft.

2. WürttJ. **24** 263 (Stuttgart). Auch der Vorvertrag, durch den eine Verpflichtung der im § 313 BGB. genannten Art übernommen wird, unterliegt der Formvorschrift des § 313.

III. Satz 1. 1. Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde. a) **RG. 77** 415, R **12** Nr. 193. Handelt es sich lediglich um die Erneuerung eines bereits abgelaufenen oder die Verlängerung eines noch laufenden Vertrags, so genügt die Bezugnahme auf den bereits früher beurkundeten Vertrag. Wollte man in solchem Falle stets von neuem die vollständige Beurkundung der sachlich unverändert bleibenden Vertragsbestimmungen fordern, so würde dadurch eine vom Gesetze nicht gewollte Verkehrserschwerung geschaffen. **b) RG. 78** 115. Durch einen gerichtlich oder notariell beurkundeten Scheinverkauf zu einem höheren Preise wird nicht ein ernstlicher Grundstückskauf zu einem niedrigeren Preise gedeckt. **c)** BadRpr. **12** 227 (Karlsruhe). Der Form unterliegen alle wesentlichen Vereinbarungen, aus denen sich der Grundstücksveräußerungsvertrag zusammensetzt. Ist der Kaufpreis anders beurkundet, als vereinbart, so ist der Vertrag nichtig, auch wenn z. B. die niedrigere Summe nur zum Zwecke der Verkehrssteuerhinterziehung eingefügt ist. Bei Nebengedingen ist entscheidend, ob sie mit dem Hauptgeschäft in innerem Zusammenhange stehen. **d) RG.** WarnE. **12** 284. Haben die Parteien einen Tauschvertrag über Grundstücke geschlossen, sind jedoch zwei Kaufverträge ohne Ausdruck

ihrer gegenseitigen Bedingtheit beurkundet, so ist das ganze Geschäft nichtig. **e) RG.** R. 12 Nr. 30. Die Parteiabrede, eine bestimmte Vertragsbestimmung in die Vertragsurkunde nicht aufzunehmen, befreit diese Vertragsbestimmung nicht von dem Beurkundungszwange. **f) RG.** JW. **12** 237 Nr. 4. Ist ein untrennbarer Teil der Gesamtabmachungen über einen Grundstückskauf nur mündlich zustande gekommen, so ist der ganze Vertrag nichtig.

2. Verpflichtung zur Eigentumsübertragung. **a)** *Pfeiffer, ZBlFG. **12** 529 ff., vertritt gegen **RG. 53** 236, **62** 414, ZBlFG. **11** 233 die Ansicht, daß die für die Bindung an eine Grundstücksverkaufsofferte versprochene Gegenleistung nicht notariell zu beurkunden sei (kein Grundstückskauf, sondern „Offertenkauf"). **b) RG. 77** 415. Ist ein Grundstück in notarieller Urkunde unter der Bedingung verkauft, daß der Käufer das Grundstück haben wolle, so bedarf die Erklärung dieses Verlangens nicht der Form des § 313. **c) RG. 12** Nr. 2016. Der Formvorschrift unterliegt nicht eine Abmachung zwischen einem Grundstückseigentümer und der Stadtgemeinde, wonach bei einer demnächstigen Enteignung der durch bestimmte Verbesserungen eingetretene Mehrwert bei der Entschädigungsbemessung außer Betracht bleiben sollte. Die Abmachung enthält eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung überhaupt nicht, sondern trifft nur für den Fall der Enteignung Bestimmungen. **d) RG.** LeipzZ. **12** 147. Die Beobachtung der Formvorschrift des § 313 BGB. ist nicht erforderlich, wenn es sich um den Erwerb von Dritten gehörigen Grundstücken für eine Gesellschaft, aber nicht um die Verpflichtung des einen oder anderen Gesellschafters handelt, sein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen (ähnlich HansGZ. **12** 308).

3. **RG.** LeipzZ. **12** 753. Wenn das Gesetz allgemein für die Schließung von Verträgen zuläßt (§ 317 BGB.), daß die Bestimmung der Leistung einem Dritten übertragen werden kann, so gilt dies auch für Grundstücksveräußerungsverträge. Mit der formgerechten Vereinbarung, daß bestimmte Dritte die Leistung des Käufers festzusetzen haben, und daß die Vertragschließenden sich der zu treffenden Festsetzung unterwerfen, ist auch hinsichtlich dieser Leistung der Grundstücksveräußerungsvertrag formgültig geschlossen. Die zukünftige Festsetzung ist damit bereits Gegenstand der Vertragsvereinbarung geworden, sie braucht deshalb weder selbst in der im § 313 BGB. vorgesehenen Form zu erfolgen, noch ist es erforderlich, daß die Vertragschließenden sich über sie in gerichtlicher oder notarieller Beurkundung nochmals einigen.

4. Vollmacht zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstücks. Umgehung des § 313 durch Vollmacht und auf andere Weise. **a)** SchlHolstAnz. **12** 21, 157 (Kiel, **RG.**). Eine Vollmacht zum Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrags bedarf der im § 313 BGB. vorgesehenen Form, wenn die Vollmacht einen Teil des Veräußerungsgeschäfts selbst bildet. **b) RG. 79** 212. Haben die Parteien in einer privatschriftlichen Urkunde sich über den Verkauf eines Grundstücks unter Feststellung der beiderseitigen Rechte und Pflichten geeinigt und einem Dritten zur rechtsverbindlichen Vollziehung dieser Abreden Vollmacht erteilt, so ist die Vollmacht wegen Formmangels nichtig, wenn sich aus der Urkunde die Verpflichtung, die Vollmacht nicht zu widerrufen und damit der Wille ergibt, schon durch das formfreie Rechtsgeschäft der Vollmachterteilung im Verhältnisse zueinander diejenige rechtliche Bindung herbeizuführen, welche sie nach § 313 mittels der in derselben Urkunde niedergelegten Kaufvereinbarungen nicht herbeiführen konnte. **c)** Ziese, DNotV. **12** 683, erörtert die Umgehung des § 313 durch Vollmacht. **d) RG.** R. **12** Nr. 2925. Die Vorschrift des § 313 BGB. darf nicht dadurch umgangen werden, daß aus einer formlosen Verpflichtung zu einer Grundstücksübereignung statt Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung ver-

langt wird — abgesehen davon, ob solchenfalls durch Nichterfüllung überhaupt ein Schaden entstehen könnte —; sie verleiht aber andrerseits keinen Freibrief, mittels eines derartigen Versprechens den Gegner in beliebiger anderer Richtung betrüglich zu schädigen.

5. Auftrag und Erfüllungsübernahme. Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme. Die Erfüllungsübernahme bedarf ebensowenig einer Form wie der Auftrag, ein Grundstück zu erwerben. Es handelt sich bei der Erfüllungsübernahme und den Fällen, die § 313 im Auge hat, um verschiedene Dinge. Die Pflicht des Erfüllungsübernehmers geht auf Befriedigung des Gläubigers oder richtiger auf Befreiung des Schuldners, die Übertragung des Eigentums ist nur Mittel zum Zwecke (460).

6. Parzellierungsvertrag ➠ in Berichtigung von JDR. **10** 119 Zeile 2 ⟵. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen. Wegen der Erforderlichkeit der Auflassung in den Fällen: des Einbringens von Grundstücken durch einzelne Gesellschafter oder durch Miteigentümer; der Veräußerung durch die Gesellschaft an einzelne Gesellschafter oder Miteigentümer; des Ein- und Austritts von Gesellschaftern, insbesondere auch des Ausscheidens eines Verletzten; des Überganges von Gesamthandsgrundstücken an andere zwischen denselben Personen bestehenden Gesamthandsgemeinschaften vgl. die Vertikalspalte 5 der Tabelle hinter S. 110 und die dort angezogenen Textstellen.

7. Vorkaufsrecht. a) WürttJ. **24** 263 (Stuttgart). Der auf Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts an einem Grundstücke gerichtete obligatorische Vertrag bedarf der Form des § 313 BGB. **b)** **RG.** R. **12** Nr. 567. Ein Vertrag, durch den hinsichtlich eines Grundstücks ein persönliches Vorkaufsrecht eingeräumt wird, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Dies gilt auch dann, wenn die Einräumung des Vorkaufsrechts im Anschluß an einen Mietvertrag erfolgt. Die Frage, inwieweit der übrige Vertragsinhalt bestehen bleibt, richtet sich nach § 139 BGB. Die Nichtigkeit ist auch von Amts wegen zu berücksichtigen. **c)** BadRpr. **12** 173 (Karlsruhe). In Ansehung eines Grundstücks kann ein Vorkaufsrecht wirksam nur in der Form des § 313 begründet werden. **d)** BadRpr. **12** 240 (Karlsruhe). Durch den im Januar 1911 geschlossenen Vertrag übernahm der Beklagte die Verpflichtung, das Eigentum an seinem Hause auf den Kläger zu übertragen. Dieser Vertrag war nichtig, da er nicht gerichtlich oder notariell beurkundet wurde (§§ 313, 125 BGB.). Ein wesentlicher Bestandteil dieses Vertrags — und nicht etwa, wie der Beklagte u. a. geltend machen will, ein neben diesem Vertrage selbständig bestehender Nebenvertrag — war aber auch die Vereinbarung, wonach die in erster Reihe als Anzahlung auf den Kaufpreis gedachte Zahlung von 3500 M. dem Beklagten als Entschädigung verbleiben sollte, falls es nicht zum notariellen Kaufabschlusse kommen würde. Danach war auch diese Vereinbarung infolge Formmangels nichtig (§ 139 BGB., vgl. hierzu **RG.** **53** 236 ff., 260, 261; **62** 411 ff., **72** 1 ff.).

8. Erbbaurecht. *v. Gagern, RheinA. **109** 18. Die Vorschrift des § 313 Satz 1 muß nicht bloß auf die Übertragung, sondern auch auf die Bestellung des Erbbaurechts Anwendung finden. Auch Satz 2 wird trotz des vom Gesetze gebrauchten Ausdrucks „Auflassung“ auf das Erbbaurecht anzuwenden sein.

9. Umfang der Nichtigkeit. HansGZ. **12** 233 (Hamburg). Ist ein Vertrag über ein Grundstück nichtig, weil er nicht gerichtlich oder notariell beurkundet, sondern nur notariell beglaubigt ist, so ergreift die Nichtigkeit alle Abreden, also auch die Gestattung, einen Weg auf fremdem Grunde anzulegen.

IV. Beachtung der Nichtigkeit von Amts wegen. **RG.** R. **12** Nr. 194. Die Nichtigkeit eines Vertrags wegen Mangels der gesetzlichen Form ist grundsätzlich vom Prozeßgerichte von Amts wegen zu berücksichtigen.

V. Satz 2. Heilung des Formmangels. 1. *Graff, Gruchots Beitr. **57** 101 ff. Auflassung und Eintragung heilen nicht nur Verstöße gegen § 313 Abs. 1 BGB., sondern jeden Formmangel, es sei denn, daß eine Gesetzesbestimmung verletzt ist, die eine strengere Form als gerichtliche Beurkundung vorschreibt (z. B. § 2301 BGB.), oder eine Formvorschrift nicht beobachtet ist, die einen anderen Zweck als § 313 Abs. 1 BGB. verfolgt (z. B. § 566 BGB.).

2. **RG. 78** 41, 44. An der Rechtsauffassung, daß bei zwei wechselseitigen innerlich voneinander abhängigen Kaufverträgen durch Auflassung nur eines der Grundstücke und nachfolgende Eintragung der Formmangel nicht geheilt wird, ist festzuhalten.

3. **RG.** JW. **12** 237 Nr. 5. Mündliche Nebenabreden zu einem Grundstückskaufvertrage werden nach § 313 Satz 2 BGB. wirksam, wenn die Parteien noch zur Zeit der Auflassung an ihnen festgehalten haben.

4. BadRpr. **12** 227 (Karlsruhe). Zur Heilung der Nichtigkeit wegen Formmangels ist Auflassung und Eintragung erforderlich. Die heilende Kraft versagt, wenn die Parteien zur Zeit der Auflassung über mündliche Vereinbarungen uneinig sind. Sie erstreckt sich aber auf den gesamten Vertragsinhalt mit allen den Vereinbarungen, welche bei der Auflassung noch als maßgebend betrachtet worden sind. Es muß also zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung auf der Grundlage des formlos Vereinbarten bestanden haben. Es besteht keine Vermutung, daß die in der notariellen oder gerichtlichen Urkunde nicht enthaltenen formlosen Vereinbarungen auch noch zur Zeit der Auflassung gewollt waren. Wer die Fortdauer des Einverständnisses behauptet, muß den Beweis führen.

§ 315. Literatur: Israel, Über den Honoraranspruch des Arztes. Diss. Marburg 1912.

1. *Israel. Hat der Arzt die Bestimmung seiner Forderung, wie dies meist geschieht, durch Zusendung der Rechnung an den Patienten getroffen, so ist er an diese Bestimmung gebunden. Verlangt z. B. der Patient nach Erhalt der Rechnung, die auf eine Pauschalsumme lautet, Spezifizierung, so kann der Arzt die Gesamtforderung nicht erhöhen. Denn an die einmal getroffene unwiderrufliche Bestimmung ist er gebunden. Eine Erhöhung der Rechnung wird man jedoch für zulässig erklären müssen, wenn der Arzt einen diesbezüglichen Vorbehalt in die Rechnung aufgenommen hat (52).

2. Anwendbarkeit auf Vorverträge. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 917. Auch ein Vorvertrag muß dem aus den Vorschriften der §§ 315 f. BGB. sich ergebenden Erfordernisse der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Leistung genügen (**RG. 66** 121).

3. Anwendbarkeit auf die Bestimmung der Leistungszeit. **RG.** LeipzZ. **12** 148. § 315 ist auch auf solche Fälle anzuwenden, in denen es sich nicht sowohl um die Bestimmung der Leistung selbst, als vielmehr um die Bestimmung der Zeit der Leistung bzw. der Höhe der einzelnen Raten der an sich feststehenden Leistung handelt.

4. Ausübung des Bestimmungsrechts. **RG.** LeipzZ. **12** 311 Nr. 13. Die Zeit, innerhalb deren das Bestimmungsrecht auszuüben ist, regelt sich unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben nach den Umständen des einzelnen Falles. Wird die Bestimmung innerhalb dieser Zeit nicht vorgenommen, so ist sie verzögert, ohne daß es eines Verzugs gemäß § 284 BGB. bedarf. Die gelegentliche Bemerkung der Motive zum BGB. (II, 192), in der von einer schuldhaften Verzögerung gesprochen wird, ist nicht entscheidend; eine Erklärungspflicht auf seiten des Berechtigten besteht nicht. Die Folge der Verzögerung ist der Verlust des Bestimmungsrechts der Partei und die Zulässigkeit der richterlichen Bestimmung.

5. Entnahme des „Bedarfes". OLG. **24** 290 (Braunschweig). Bei der Verpflichtung zur „Entnahme des Bedarfes" ist der Umfang der Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen.

6. Bestimmbarkeit. a) RG. JW. 12 73 Nr. 11. § 315 verlangt nur, daß die Leistung nach billigem Ermessen, d. h. nach dem Urteil eines ehrenhaften billig abwägenden Mannes bestimmbar ist. Abzahlungen, die alljährlich auf einen feststehenden Kaufpreis zu leisten und von dem Käufer zu bestimmen, also nach dem im Satz 1 erwähnten Maßstabe zu bemessen sind, sind bestimmbar. Sie werden sich auch bei dem Mangel bestimmter Gebräuche nach den beiderseitigen Bedürfnissen, den beiderseitigen sonstigen persönlichen Verhältnissen, insbesondere auch nach den Einkünften oder dem Verdienst und dem veräußerten Kaufgegenstande zu richten haben. b) RG. LeipzZ. 12 458 Nr. 22. Ist in dem Vertrage bestimmt, daß die jährlich zu liefernden 20 000 kg „jedesmal in der Zeit eines Jahres sukzessive abzunehmen" seien, dagegen nichts enthalten über die Zeit und den Umfang der einzelnen Raten, so kann an sich jede Partei den Zeitpunkt und den Umfang der einzelnen Raten bestimmen, und zwar nach billigem Ermessen. Ist die Gegenpartei mit der getroffenen Bestimmung nicht einverstanden, so ist die Bestimmung durch richterliches Urteil zu treffen unter Würdigung aller Umstände und unter Beachtung des § 242 BGB., wonach der Schuldner die Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern.

§ 317. RG. LeipzZ. 12 754. Der Dritte ist auch dann nicht Schiedsrichter im Sinne der ZPO., wenn er als solcher im Vertrage bezeichnet ist.

§ 319. R. 12 Nr. 1893 (BayObLG.). Die Zuweisung der Leistungsbestimmung in das freie Ermessen des Dritten kann von vornherein nach § 138 BGB. nichtig sein, wenn jedes richterliche Mäßigungsrecht ausgeschlossen ist.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

Vorbemerkung: I. Für Wissenschaft und Praxis wichtige Untersuchungen enthält die Schrift von Oertmann, Entgeltliche Geschäfte (zu §§ 320 ff III).

II. Den Unterschied zwischen einem gegenseitigen Vertrag und zwei zusammenhängenden Verträgen betont die Entscheidung des RG. Ziff. 2 zu § 320.

III. Zur Frage der positiven Vertragsverletzung sei auf den Aufsatz von Remelé (Ziff. 1 zu § 325) verwiesen. — Eine wichtige systematische Zusammenstellung über die Rechtsprechung des RG. zu § 326 liefert Bendix (Lit. zu § 326). Neue wichtige Entscheidungen werden zu § 326 mitgeteilt.

Zu **§§ 320 ff.** I. *Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre, Fortsetzung, ACivPr. **110**, führt im Anschluß an das dort entworfene System der Leistungskondiktionen (vgl. §§ 812 ff.) aus: während die condictio ob causam von selbst entsteht, müssen die condictiones ob rem, ob effectum und ob finem erst durch Gestaltungsrechte ins Leben gerufen werden (§ 13). Letztere sind entweder Rücktrittsrechte oder Rücknahmerechte oder Kündigungsrechte. Während Rücktritt einen Vertrag gänzlich auflöst, macht Rücknahme nur einzelne Wirkungen des Vertrags rückgängig (vgl. z. B. § 323 BGB.). Beispiele hierfür im § 13 Abs. 3 und § 21 Abs. 1. Daß auch teilweiser Rücktritt ganz anders wirkt als teilweise oder totale Rücknahme, wird im § 21 Abs. 2 nachgewiesen. Dort wird auch erörtert, ob nicht trotz der §§ 351—353 BGB. ein Rücktritt zulässig bleiben müsse, der keine Rückforderung von Leistungen, sondern bloß das Ziel anstrebe, den Zurücktretenden von gewissen kontraktlichen Schadensersatzpflichten zu befreien. Ferner wird (§ 21 Abs. 1) noch folgendes hervorgehoben: Während der Wirkungsumfang einer condictio sich danach richtet, ob sie durch Rücktritt oder durch Rücknahme erzeugt wurde, ist die Wirkungsart der Kondiktionen, d. h. die Frage, ob sie nach §§ 346 ff. oder nach §§ 818 ff. wirken, grundsätzlich allein von der Ursache abhängig, die das Rücktritts- oder Rücknahmerecht auslöste (vgl. § 327 BGB.). Letzteres gilt auch für die Kondiktionen aus Kündigung (§ 543 Abs. 2 BGB.). Doch ist diese Bedeutung der

Ursache nicht überall beachtet, wie z. B. ein Vergleich von § 327 Satz 1 mit § 531 ergibt.

II. *Raape, Die Wollensbedingung. Der gegenseitige Vertrag ist ein Austauschvertrag. Aber nicht jeder Austauschvertrag ist ein gegenseitiger, es gibt auch einseitige. Beispiel: Es kauft jemand ein Grundstück in der Art, daß zunächst nur der Verkäufer, nicht auch er selbst gebunden ist; er soll es erst dann sein, wenn er eine dementsprechende Willenserklärung in gewisser Frist abgibt. (Vgl. o. zu § 158 I 2).

III. Oertmann, Entgeltliche Geschäfte (München 1912). 1. Die Frage der Schuldnerschaft ist für den Charakter des Geschäfts, ob entgeltlich oder unentgeltlich, schlechterdings einflußlos. Das etwaige Entgelt für die von uns übernommenen Leistungen kann auch in Verfügungen oder sonstigen realen Leistungen (Gebrauchsüberlassungen!) des Gegners bestehen. Und andererseits stellt die von uns übernommene Verpflichtung dann kein Entgelt für die Leistung des Gegners dar, wenn sie auf nichts weiter als auf demnächstige Rückgabe des von ihm Geleisteten gerichtet ist. — Rückleistung ist nichts anders als die Erfüllung einer Auflage, nur Aufhebung oder Minderung der früheren Leistung des anderen Teiles, aber keine dieser gleichwertige Gegenleistung. Die zweifellos noch immer herrschende Meinung schränkt den Kreis der entgeltlichen Geschäfte auf die Fälle ein, bei denen beide Teile entweder eine Leistung schon beim Geschäftsschlusse gemacht haben müssen oder doch zu einer solchen durch den Geschäftsabschluß verpflichtet werden. Gegenüber dieser engen Auslegung und der extremen entgegengesetzten Ansicht, nach der Entgeltlichkeit nur ein wirtschaftlicher Begriff ist, ist für richtig zu erachten, daß eine konditionale oder doch kausale Verknüpfung mit der Gegenleistung genügend, aber doch auch erforderlich ist (15 ff.). Unter kausaler Verknüpfung ist dabei die Rechtslage zu verstehen, daß die Gegenleistung der „rechtliche Grund" (§ 182) der Leistung ist (16). Die konditionale oder kausale Verknüpfung steht im Gegensatze zur Auflage, die der Leistung nicht selbständig gegenüber steht, sondern sie nur mindert oder einschränkt (53). 2. Äquivalenz ist nicht notwendig. Es genügt, daß Wert und Gegenwert ausgetauscht werden. 3. Ist der Vertragsgegner mit der ihm nur im Sinne von Bedingung oder causa auferlegten Gegenleistung säumig, so ist das kein echter Verzug, und er kann weder auf Leistung noch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verklagt werden. Dagegen dürfte auch für diesen Fall einer entsprechenden Verwertung des § 326 insoweit nichts im Wege stehen, als darin dem Gegner des Säumigen ein Rücktrittsrecht zugebilligt wird. — Wer die ihm im Sinne von Bedingung usw. angesonnene Gegenleistung in Kenntnis der Rechtslage, um den Anspruch auf die Leistung damit zu erwerben, vornimmt, muß sich nunmehr ebenso behandeln lassen, wie wenn er sie als geschuldete vorgenommen hätte, d. h. er muß für ihre Mängel einstehen wie ein Schuldner. Die Art seiner Haftung wird sich dann nach den Grundsätzen des besonderen Vertragtypus bestimmen, der von Anfang an vorgelegen hätte, wenn der anderen Partei auf die vollzogene, aber fehlerhafte Gegenleistung ein klagbarer Anspruch zugestanden haben würde — er haftet also je nachdem wie ein Verkäufer, Unternehmer, Dienstpflichtiger usw. und keineswegs wie ein Schenker. Denn der Unterschied lag ja nur im Mangel eines klagbaren Anspruchs auf die auferlegte Gegenleistung, aber nicht in der Eigenart dieser Leistung selbst. Der Vertragsgegner brauchte sie nicht vorzunehmen, aber wenn er sie vornahm, mußte er sie dem typischen Vertragszwecke gemäß ausführen; er machte sie nicht unter Abstandnahme von einem dafür zu erlangenden Erwerb, sondern um einen solchen dafür von Rechts wegen zu erlangen. Nur diese Auffassung entspricht dem Prinzipe von „Treu und Glauben" mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242), den Grundsätzen des „richtigen Rechtes" (122).

§ 320. 1. Gegenseitiger Vertrag — Einseitiger Vertrag. **RG.** LeipzZ. **12** 386. Regelmäßig erzeugen sowohl der Darlehnsvertrag

wie das Darlehnsversprechen im Sinne des § 610 BGB. nur einseitige Verpflichtungen, so daß ein solcher Vertrag als ein gegenseitiger selbst dann nicht ohne weiteres aufzufassen ist, wenn der Darlehnsnehmer sich verpflichtet hat, für das Darlehen eine Sicherheit zu bestellen.

2. Gegenseitiger Vertrag — zusammenhängende Verträge. **RG.** R. **12** Nr. 2017. Im geschäftlichen Leben mag es nicht selten vorkommen, daß zwei Verträge in ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis gebracht werden dergestalt, daß der eine nicht ohne den anderen zum Abschlusse gebracht wird; vielfach wird solchen Abreden die wirtschaftliche Erwägung zugrunde liegen, daß der etwaige Verlust aus dem ersten Geschäfte gedeckt werde durch den Gewinn aus dem zweiten. Im wirtschaftlichen Sinne mag dann das letztere Geschäft als Gegenleistung für das erstere gedacht werden. Die rechtliche Beurteilung muß sich jedoch diesem Gedankengange fernhalten; rechtlich liegen in solchen Fällen zwei Verträge vor, welche nebeneinander herlaufen und von denen ein jeder seine eigene Leistungs- und Gegenleistungspflichten hervorbringt, wenn sie auch, dem Parteiwillen entsprechend, in einem so gearteten Abhängigkeitsverhältnisse zueinander stehen mögen, daß die etwaige Unwirksamkeit des einen auch die des anderen nach sich zieht.

3. Gleichwertigkeit der Leistungen ist nicht begriffsnotwendig (s. auch Oertmann III 2 zu §§ 320 ff.). **RG.** LeipzZ. **12** 555 Nr. 5. Für den Begriff des gegenseitigen Vertrags kommt es nicht darauf an, ob die beiderseitigen Leistungen nach ihrem objektiven Wertverhältnisse gleichwertig sind, sondern ob sie nach dem Willen der Parteien einen Ausgleich bilden, im Sinne des Vertragszwecks gleichwertig sein sollen.

4. Anwendung auf den Gesellschaftsvertrag. **RG.** LeipzZ. **12** 387. Der Gesellschaftsvertrag ist zwar ein gegenseitiger Vertrag und es sind auf ihn, insoweit unmittelbare Rechte und Pflichten unter den Gesellschaftern insbesondere hinsichtlich der Beitragsleistungen begründet sind, die §§ 320 ff. anzuwenden. Diese Anwendung ist aber keine uneingeschränkte; sie ist vielmehr mit den sich aus der Gesellschaftsgemeinschaft ergebenden besonderen Verhältnissen und den für ihr Aufhören gegebenen besonderen Bestimmungen der §§ 723 ff. in Einklang zu bringen.

5. Anwendung auf den Werklieferungsvertrag. OLG. **24** 291 (KG.). Bei Werklieferungsverträgen ist die Einrede aus § 320 auch nach der Abnahme bis zur Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels zulässig.

6. Verzug der vorleistungspflichtigen Partei. **RG.** LeipzZ. **12** 543 Nr. 16. Eine vorleistungspflichtige Partei, die dem Vertrage zuwider handelt, ist so lange nicht berechtigt, Vertragserfüllung von dem Vertragsgegner zu fordern, als sie bei ihrer Vertragsverletzung beharrt und nicht auf den vertragstreuen Standpunkt sich gestellt hat. Deshalb konnten, wenn der Käufer mit der Zahlung seiner Schuld ungeachtet fortgesetzter Mahnungen seitens des Verkäufers im Rückstande geblieben ist, die Abrufe weiterer Lieferungen den Verkäufer so lange nicht in Verzug setzen und eine Verpflichtung zur Lieferung der abgerufenen Menge so lange nicht begründen, bis der Käufer die frühere Lieferung voll bezahlt hatte.

7. Keine Berücksichtigung von Amts wegen. **RG.** LeipzZ. **12** 656. Das aus § 320 BGB. sich ergebende Zurückbehaltungsrecht ist nicht von Amts wegen, sondern nur auf Grund eines Einwandes des Beklagten zu berücksichtigen, wie aus der Vorschrift des § 322 BGB. zu entnehmen ist.

§ 321. Literatur: Hoeniger, Diskontierung von Buchforderungen. Mannheim und Leipzig 1912. — Laubhardt, Zur Auslegung des § 321 BGB., AcivPr. **109** 248 ff. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

I. *Laubhardt, AcivPr. **109** 248 ff. § 321 bringt den Grundsatz zum Ausdrucke: Der zur Vorleistung Verpflichtete soll durch eine nachträgliche Vermögensverschlechterung des anderen nicht um den Wert seiner Leistung oder um deren Gegenwert kommen. — Nicht vertretbare Leistungen können von dem Verpflichteten, wenn ihm nur ein Zurückbehaltungsrecht gewährt wird, oft gar nicht oder mit Verlust später verwertet oder beschafft werden. — In solchen Fällen muß dem Verpflichteten trotz des Wortlauts des § 321 ein Rücktrittsrecht zugestanden werden.

II. Hoeniger. Eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse liegt in der Diskontierung der gesamten Außenstände (70).

III. SächsOLG. **33** 269. Allerdings bleibt die Verpflichtung des Schuldners zur Vorleistung auch bei einer Sachlage der im § 321 bezeichneten Art bestehen, und es kann daher der Schuldner, wenn er der Verkäufer ist, nur Abnahme der Ware, nicht aber Abnahme gegen Bezahlung des Kaufpreises fordern (**RG. 53** 63, **54** 358, JW. **04** 201, R. **10** Nr. 1718). Allein hier liegt eine abweichende Gestaltung des Falles insofern vor, als der Kläger in der ersten Instanz selbst erklärt hat, daß er die Lieferung der Ware nur gegen Bezahlung fordere. Wenn unter diesen Umständen der Beklagte in seinem erst nach Erlassung des landgerichtlichen Urteils geschriebenen Briefe Abnahme der Ware gegen Erlegung des Kaufpreises fordert, so kann sich der Kläger, der sich selbst hierzu erst erboten hatte, dadurch nicht beschwert fühlen. Es würde ihm der Einwand der Arglist entgegenstehen, falls er nach diesem Entgegenkommen den Beklagten an der sich aus § 321 ergebenden Beschränkung seiner Rechte festhalten wollte.

IV. *Walsmann, Der Verzicht. Auf dieses Recht, das lediglich dem Schutze des Vorleistungspflichtigen dient, und nur in seinem Interesse besteht, und das auch keineswegs einen wesentlichen Bestandteil der vertraglichen Verpflichtung ausmacht, kann der Berechtigte verzichten. Dazu ist wie sonst beim Verzicht auf Einreden nur die Erklärung gegenüber dem anderen Teile erforderlich (238).

Zu §§ 323 ff. *Eckstein, Untergang der Obligation usw., ABürgR. **37** 390 ff. Durch nachträgliche Unmöglichkeit geht das Schuldverhältnis unter (Kap. 2). Der Schadensersatzanspruch wegen zu vertretender Unmöglichkeit ist nicht Anspruch aus der Obligation, sondern obligatio ex lege, trotzdem werden für die Schadensersatzleistung Verjährung, Pfand, Bürgschaft usw. nicht verändert, die Haftung für Pfand und Bürgschaft bleibt auf die Höhe des Wertes der Vertragsleistung beschränkt. Berechnung des Schadensersatzes im Wege der Wertdifferenz, kein Leistungsaustausch, aber der Schadensersatzberechtigte kann seine Leistung anbieten und den Wert der ganzen ausgefallenen Leistung des Gegners verlangen. (Gemäßigte Differenztheorie.) Der Surrogatanspruch des § 281 wird wie der Schadensersatzanspruch behandelt (Kap. 3). Dauerndes Unvermögen bringt die Obligation zum Erlöschen, vorübergehendes nicht (Kap. 4). Die Scheidung von Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Gesichtspunkt „Unmöglichkeit für alle" und „Unmöglichkeit nur für den Schuldner" ist unrichtig, auch das Unvermögen besteht für alle Personen, sonst ist es überhaupt kein Unvermögen. Unvermögen ist eine Unmöglichkeit, die in den Umständen, nicht in dem Inhalte der Leistung liegt. Unmöglichkeit daher immer dauernd, Unvermögen nicht immer. Maßgebend für die Beurteilung Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung. Übermäßige Leistungserschwerung (Unerschwinglichkeit) ist als Unvermögen anzusehen (Kap. 5). Rechtswirkung des anfänglichen dauernden Unvermögens wie anfängliche Unmöglichkeit, des einfachen Unvermögens wie nachträgliche Unmöglichkeit. Schadensersatz aber nur für negatives Interesse (Kap. 6). Bei zu vertretender Unmöglichkeit: positiver Schadensersatz oder Rücktritt nebst negativem Schadensersatze (Kap. 8—10). — Unmöglichkeit der Mitwirkung und

Annahme der Leistung: Einrede nebst negativem Schadensersatze. Entsprechende Einrede der Mitwirkungs- und Annahmeerschwerung. Hat der Gläubiger sie zu vertreten: Fortfall der Einrede; hat der Schuldner sie zu vertreten: Fortfall des Schadensersatzes (Kap. 17).

§ 323. **RG.** LeipzZ. **12** 843. Daß auch eine zeitweilige Unmöglichkeit der Erfüllung einer vertragsmäßigen Verpflichtung unter die Vorschrift des § 323 BGB. fallen kann, unterliegt keinem Zweifel.

§ 324. Literatur: Becker, Anrechnung des Ersparten, insbesondere bei Mehrheit von Leistungen, JW. **12** 976 ff. — Helms, Mitwirkendes Verschulden bei fristloser Entlassung, GewuKfmG. **12** 25.

1. *Becker, JW. **12** 976. Besteht die Gegenleistung aus mehreren zu verschiedenen Zeiten fälligen Teilleistungen, so kann keiner der beiden Vertragsteile beliebig bestimmen, auf welche dieser mehreren Teilleistungen im Falle des Abs. 1 Satz 2 das Ersparte anzurechnen ist. Die Anrechnung hat vielmehr bei den Teilleistungen in der Weise zu erfolgen, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung des von der Leistung befreiten Schuldners vermieden, dieser aber auch nicht schlechter gestellt wird, als wenn seine Leistung nicht unmöglich geworden wäre. Es kommt also darauf an, wann er die Ersparnis gemacht hat, und, falls die Ersparnis in der Befreiung von einer Verbindlichkeit besteht, darauf, wann er, falls seine eigene Leistung nicht unmöglich geworden wäre, Aufwendungen (und in welchem Betrage) zur Befreiung von der Verbindlichkeit hätte machen müssen. Auf die zu diesem Zeitpunkte fällige Teilleistung hat er sich das Ersparte anrechnen zu lassen. Dabei müssen, ebenfalls zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung, unter Umständen Zwischenzinsen in Ansatz gebracht werden.

2. Helms, GewuKfmG. **12** 25. Durch vorzeitige Entlassung tritt für den Arbeiter die Unmöglichkeit ein, seine Dienste zu leisten (gegen Lotmar, Arbeitsvertrag 2 251 ff.).

3. OLG. **25** 38 (KG). Der Zeitungsinhaber behält den Anspruch auf die im Anzeigenvertrage vereinbarte Gegenleistung, wenn die Anzeige wegen Verstoßes gegen Polizei- oder Strafgesetze von der Polizeibehörde verboten wird.

§ 325. Literatur: Remelé, Bemerkungen zu der Frage der positiven Rechtsverletzungen, R. **12** 569. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

1. Remelé. Die Bestimmungen der §§ 325 u. 326 finden Anwendung auf alle obligatorischen Verträge, also auch auf solche, welche die Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum an Grundstücken zum Gegenstande haben. Dasselbe ist der Fall mit der entsprechenden Anwendung des § 326 auf den Fall der positiven Verletzung eines Grundstückskaufvertrags. Der V. Zivilsen. hat das allerdings in einem Urt. vom 24. März 1906 (**RG. 63** 100, R. **06** 615 Nr. 1439) verneint. Die Gründe, die hierfür gegeben sind, daß die Grundsätze über positive Vertragsverletzungen hauptsächlich bei Lieferungsgeschäften und ähnlichen, auf längere Dauer berechneten Verträgen in Betracht kämen, und daß solchen Verträgen Grundstückskäufe, die in der Regel einfach und rasch zu erledigen seien, nicht an die Seite gestellt werden dürften, sind nicht überzeugend. Auf die mehr oder weniger lange Dauer des Vertrags, sowie die mehr oder weniger einfache Erledigung desselben kommt es für die vorliegende Frage überhaupt nicht an. Richtig ist, daß bei Grundstücksverträgen die Fälle positiver Vertragsverletzungen nicht so häufig vorkommen werden wie bei sonstigen Kaufverträgen. Ausgeschlossen sind sie aber nicht.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 919. Der Anspruch auf Provision, die wegen der Leistung von Vorarbeiten für ein bestimmtes Unternehmen auf eine gewisse Zeit versprochen worden ist, geht nicht dadurch verloren, daß der Unternehmer das Unternehmen veräußert.

3. OLG. **24** 291 (Posen). Der Bierbrauer kann den Vertrag mit dem Bierverleger, dem er den Vertrieb seines Bieres für eine Stadt übertragen und während

der Dauer des Vertrags zwei Fuhrwerke überlassen hat, wegen Rückganges des Bierumsatzes jederzeit fristlos kündigen.

4. **RG.** R. 12 Nr. 1446. Hat ein Autor sich verpflichtet, seine etwaigen zukünftigen Werke stets zuerst einem bestimmten Verleger anzubieten und diesem das Vorrecht zu lassen, so kann dieser Vertrag aus wichtiger Ursache gelöst werden, wenn seine Fortsetzung nach den besonderen Umständen des Falles den Beteiligten nicht mehr zugemutet werden kann. Abgesehen von Vertragsverletzungen, kann auch die Anwendung des dem § 626 BGB. zugrunde liegenden Prinzips dazu führen, die Kündigung eines unhaltbar gewordenen Verhältnisses herbeizuführen, das persönliche Dienstleistungen der Beteiligten zum Gegenstande hat und nur auf Grund persönlichen Vertrauens begründet werden und gedeihen kann.

5. *Walsmann, Der Verzicht. Für den Verzicht auf das Rücktrittsrecht genügt einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Der Verzicht auf die beiden anderen Rechte bedarf des Erlaßvertrags, da hier inhaltlich die Aufhebung von obligatorischen Verpflichtungen vorliegt (238).

§ 326. Literatur: Bendix, Der § 326 BGB. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, SeuffBl. 12 153ff., 177ff., 208ff. — Lesser, Einzelfragen zur Lehre von der Erfüllungsverweigerung, PosMSchr. 12 136ff. — Steffens, Die Abnahmepflicht des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung, LeipzDiss. Cöln 1912.

I. Verzug (s. JDR. **10** Nr. I, **9** Nr. 1, **8** Nr. 5, **7** Nr. 3, **5** Nr. 1, **4** Nr. 1, 3 Nr. 1). 1. Im allgemeinen s. § 284.

2. Teilverzug. a) **RG.** SeuffA. **67** Nr. 2. Es kann nicht anerkannt werden, daß im § 326 der nichtsäumigen Partei das Recht, beim Verzuge der Gegenleistung vom Vertrage zurückzutreten, schlechthin und auch bei einem Verzuge mit einem unerheblichen Teile der Leistung habe zugestanden werden sollen. Vielmehr ist auch dieses Recht im Rahmen der Vorschrift des § 242 auszuüben, die das gesamte Vertragsrecht beherrscht, und es müssen deshalb immer noch besondere Umstände vorliegen, die den Verzug mit einer nur geringfügigen Teilleistung dennoch als eine so schwere Vertragswidrigkeit hinstellen, daß es nicht wider Treu und Glauben und die Verkehrssitte verstößt, deswegen vom Vertrage zurückzutreten. **b) RG.** R. 12 Nr. 1758. Ist für die Eingehung einer Konkurrenzklausel eine Vergütung zugesagt, so ist, wenn der Zahlungspflichtige auch nur hinsichtlich eines — nicht unerheblichen — Teiles seiner Verpflichtung in Verzug gerät, der andere Teil uneingeschränkt zum Rücktritte berechtigt. Denn das Abkommen über die Konkurrenzklausel ist in sich untrennbar, so daß eine teilweise beiderseitige Erfüllung des Vertrags ausscheidet.

II. Leistung. 1. Haupt- und Nebenleistung (s. JDR. **9** Nr. 2, **8** Nr. 6, **7** Nr. 4, **6** Nr 3, **5** Nr. 2, **4** Nr. 2, **3** Nr. 2). WürttJ. **24** 133 (Stuttgart). § 326 BGB. bezieht sich nicht nur auf die Hauptverpflichtung, so beim Dienstvertrag auf die Pflichten zur Leistung von Diensten und Zahlung der Vergütung, sondern auch auf Nebenverpflichtungen (z. B. auf Herausgabe des dem Agenten überlassenen Musterlagers), wenn diese Nebenverpflichtung nach dem aus den Umständen des Falles zu entnehmenden Willen der Parteien in einer „Wechselbedingtheit" zu den Leistungen des anderen Teiles steht.

2. Verzug des Dienstpflichtigen. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 588. Der § 326 BGB. findet auf Dienstverträge, soweit nicht für einzelne Arten etwas Abweichendes bestimmt ist, keine Anwendung (vgl. **RG. 64** 384, **69** 364, JW. **11** 106).

3. Verzug des Gesellschafters. **RG. 78** 305. Allerdings ist auch der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB., und es ist nicht in Abrede zu stellen, daß auch auf den Gesellschaftsvertrag, insoweit durch ihn unmittelbar Rechte und Pflichten unter den Gesellschaftern, insbesondere bezüglich der Beitragsleistungen begründet sind, die §§ 320 ff. BGB. anwendbar sind. Diese Anwendung kann aber jedenfalls dann, wenn das durch den Gesellschafts-

vertrag begründete Gesellschaftsverhältnis bereits zur Ausführung gelangt ist, nicht uneingeschränkt sein und ist in Übereinstimmung zu bringen mit den sich aus der Gesellschaftsgemeinschaft ergebenden besonderen Verhältnissen und den für das Aufhören der Gesellschaft gegebenen besonderen Bestimmungen der §§ 723 ff. BGB. Ist deshalb nach Ausführung der Gesellschaft ein Gesellschafter mit einer ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann die Anwendung der §§ 326, 325 BGB. die Auflösung der Gesellschaft nur dann zur Folge haben, wenn auch die Voraussetzungen der §§ 723 ff. BGB. gegeben sind.

4. Abnahmeverzug des Käufers. Steffens, Die Abnahmepflicht des Käufers und die Fogen ihrer Verletzung. Beim bloßen Abnahmeverzuge des Käufers hat der Verkäufer nicht die Rechte aus § 326 Abs. 1.

5. *Walsmannn, Der Verzicht 110. Auf die Rechte aus § 326 kann der Gläubiger nicht durch einseitige Willenserklärung verzichten; zu ihrer Beseitigung ist vielmehr ein den Inhalt des Schuldverhältnisses ändernder Vertrag erforderlich.

III. Positive Vertragsverletzungen (s. JDR. **10** Nr. III, **9** Nr. 3, **8** Nr. 7, **7** Nr. 5, **6** Nr. 1, 5 zu §§ 325 ff. 4, 6, 10, § 326 Nr. 4, **4** Nr. 4, **3** Nr. 4, **2** Nr. 5, **1** Nr. 5). 1. Remelé. Durchgängig wird angenommen, daß eine solche dann vorliegt, wenn der Schuldner sich einen Verstoß in der Vertragserfüllung zuschulden kommen läßt, durch den für den vertragstreuen Teil der Vertragszweck gefährdet wird, so daß ihm billigerweise die Fortsetzung des Vertrags nicht zugemutet werden könne. Dem ist in letzterer Hinsicht, also was die Erheblichkeit der Vertragsverletzung betrifft, unbedenklich zuzustimmen. Im übrigen aber ist diese Begriffsbestimmung zu weit, weil sie die Vertragsverletzungen allgemein umfaßt und sich nicht auf die schon aus dem Wortlaute sich ergebende bestimmte Art derselben beschränkt. Auch wer mit einer Vertragsleistung im Verzug ist, verletzt den Vertrag, schon weil er nicht rechtzeitig leistet. Er macht sich aber keiner positiven Rechtsverletzung schuldig, hinsichtlich deren eine entsprechende Anwendung des § 326 eintreten müßte. Gegen ihn findet derselbe direkt Anwendung. Deshalb ist es nicht zu billigen, wenn angenommen worden ist, daß auch die ernstliche Weigerung einer Vertragspartei, insbesondere die ernstliche Erklärung, „den Vertrag zu annullieren", als eine positive Vertragsverletzung, die den anderen Teil von der Mahnung und Fristsetzung entbinde, aufgefaßt werden könne. Daß eine Fristsetzung in einem solchen Falle je nach den Umständen unterbleiben kann, ohne die Rechte aus § 326 in Frage zu stellen, mag zugegeben werden; das beruht aber auf der bezüglichen Rechtsprechung bei direkter Anwendung des § 326. Dagegen wird in solchen Fällen eine Inverzugsetzung immer erfordert werden müssen. — Eine positive Rechtsverletzung, die auch eine Inverzugsetzung nicht mehr erforderlich erscheinen läßt, kann immer nur bestehen in einer direkten Zuwiderhandlung gegen den materiellen Vertragsinhalt, sei es in seinem ganzen Umfange, sei es in einem Teile desselben, sodaß das Gegenteil der Vertragserfüllung eingetreten ist.

2. **RG.** R. **12** Nr. 859. Bei sinngemäßer Anwendung des § 326 kann zwar ohne vorherige Androhung und Fristsetzung der Rücktritt vom Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung seitens des Vertragsgegners erklärt werden, aber doch nur dann, wenn die letztere von solcher Bedeutung ist, daß durch sie die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird.

3. OLG. **24** 292 (Hamm). Sind Waggonlieferungen vereinbart, so kann Lieferung in Fuhren abgelehnt werden.

IV. Sukzessivlieferungsgeschäfte (s. JDR. **10** Nr. IV, **9** Nr. 4, **8** Nr. 8, **7** Nr. 6, **6** Nr. 2, **5** zu §§ 325 ff. Nr. 2—10, § 326 Nr. 3, **4** Nr. 3, **3** Nr. 3, **2** Nr. 6). **RG.** WarnE. **12** 170. Bei einem Sukzessivlieferungsvertrag ist der Käufer nicht berechtigt, fristlos zurückzutreten, wenn der Verkäufer die Weiterlieferung vom Zugeständnis einer Preiserhöhung abhängig macht.

V. Fristsetzung (s. JDR. **10** Nr. V, **9** Nr. 5, **8** Nr. 9, **7** Nr. 7, **6** Nr. 4, **5** Nr. 5, **4** Nr. 5, **3** Nr. 5, **2** Nr. 8). 1. Zweck der Frist. **RG.** R. **12** Nr. 1757. Die Nachfrist soll nur die Möglichkeit gewähren, die bereits ins Werk gesetzte Erfüllung zu beschleunigen und zu vollenden; sie braucht daher nicht so geräumig bemessen zu werden, daß in der Nachfrist noch alles zur Erfüllung Erforderliche bewirkt werden kann.

2. Wirkung der unangemessenen Frist. **RG.** JW. **12** 141 Nr. 16. Eine zu kurze Fristbestimmung setzt die angemessene Frist in Lauf.

3. Rücktritt nach Ablauf der Frist. **RG.** WarnE. **12** 328. § 326 Satz 3 hat nicht nur den Fall im Auge, wo bis zur Nachfristsetzung der Gegner überhaupt noch nichts geleistet hat und nur innerhalb der Nachfrist teilweise leistet, sondern ist auch dann anwendbar, wenn schon bis zur Nachfristsetzung der Gegner teilweise erfüllt, innerhalb der Nachfrist aber nichts mehr geleistet hat (vgl. **RG. 50** 138, insbes. 142; JW. **05** 172 Nr. 13).

VI. Wegfall der Nachfristsetzung (s. JDR. **10** Nr. VI, **9** Nr. 6, **8** Nr. 10, 15, **7** Nr. 8, 14, **6** Nr. 4 c, 7, **5** Nr. 5 b, 8, **4** Nr. 5 b, 8, **3** Nr. 5 b, **2** Nr. 8 c). 1. *Lesser, PosMSchr. **12** 136—139. Die Erfüllungsweigerung erzeugt die im § 326 Abs. 1 vorgesehenen Rechte stets, wenn sie ohne Begründung erfolgt. Erfolgt sie dagegen mit einer Begründung, so erzeugt sie, wenn die Begründung tatsächlicher Art ist, nur bei bösem Glauben, der von dem anderen zu beweisen ist, jene Rechte, dagegen stets, wenn die Begründung rechtlicher Natur ist. Es genügt auch Weigerung durch schlüssiges Verhalten, dagegen nicht die Erklärung, nicht leisten zu können. Ferner genügt auch eine Weigerung im Prozesse. Eine vor Fälligkeit erklärte Weigerung erzeugt sofort die Rechte des § 326 Abs. 1. Der Gläubiger behält neben den Rechten aus § 326 Abs. 1 das Recht auf Erfüllung. Er ist nicht verpflichtet, erst nach § 249 Naturalrestitution zu verlangen und nach § 250 eine Frist zu setzen. Verweigerung der Zahlung des gestundeten Kaufpreises gibt nach Analogie des § 454 nicht die Rechte des § 326 Abs. 1. Die Erfüllungsweigerung kann, auch wenn vor Fälligkeit erklärt, dann nicht mehr zurückgenommen werden, wenn der andere Teil schon von einem der ihm zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat. Andernfalls ist die Rücknahme zulässig; der Weigernde muß aber den durch die Weigerung entstandenen Schaden ersetzen.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 227 Nr. 22. An dem Rechtsgrundsatze, daß bei der Beurteilung der Frage, ob eine Erfüllungsverweigerung so beschaffen ist, daß sie entgegen der gesetzlichen Regel den Eintritt der Folgen des § 326 aaO. ohne Setzung einer Nachfrist rechtfertigt, ein strenger Maßstab anzulegen ist (**RG. 66** 419), ist festzuhalten. Das Verhalten des Schuldners muß unzweideutig erkennen lassen, daß die Fristbestimmung zwecklos und überflüssig wäre, d. h. daß auch bei förmlicher Fristsetzung und der darin liegenden Vorführung der zu gewärtigenden Nachteile eine andere Entschließung nicht zu erwarten gewesen wäre.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1154. Eine aus irgendeinem Grunde unberechtigte Rücktrittserklärung von einem gegenseitigen Vertrag enthält nicht schlechthin und unter allen Umständen eine ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung, auf Grund deren der andere Teil seinerseits ohne Mahnung und Fristsetzung gemäß § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern berechtigt wäre, namentlich dann nicht, wenn ihr ein Erfüllungsverlangen des anderen Teiles nicht vorangegangen war.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 148. Die Ablehnung der Erfüllung wegen Meinungsverschiedenheit über die Vertragspflichten ist nicht als ein Grund anzusehen, aus dem es der Setzung der Nachfrist des § 326 nicht bedarf.

5. R. **12** Nr. 2519 (Hamburg). Die Erklärung der Schuldnerin, sie sei wegen der schlechten Ernte nicht in der Lage, die bestellte Ware (Gemüsekonserven) zu liefern,

berechtigt den Gläubiger nicht, ohne Nachfristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen.

6. **RG.** R. **12** Nr. 382. Die Voraussetzungen für den fristlosen Rücktritt müssen im Zeitpunkte des Rücktritts vorhanden sein; es genügt nicht, daß früher einmal die Voraussetzungen — Erfüllungsweigerung — vorgelegen haben.

VII. Schadensersatzanspruch (s. JDR. **10** Nr. VII). 1. Begriff. a) HansGZ. **12** 147 (Hamburg). Das Wesen dieses Schadensersatzes wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags besteht in einer Umwandlung des beiderseitigen Vertragsverhältnisses, nicht nur des Bestandteiles, der vom Schuldnerverzuge betroffen ist. An die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Parteien tritt ein Anspruch des vertragstreuen Teiles gegen den Säumigen auf Ersatz des Schadens dafür, daß der Vertrag, wie vereinbart, infolge des Verzugs des letzteren nicht zur Erfüllung gelangt (**RG. 50** 263 ff., **66** 67 ff.). b) HansGZ. **12** 147 (Hamburg). Nach § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. findet, wenn die Leistung des im Verzuge befindlichen Teiles bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt wird — wozu auch der Fall gehört, daß die Teilerfüllung schon vor der Fristsetzung bewirkt war: **RG. 50** 141 ff., SeuffA. **64** 262 — die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung, d. h. der vertragstreue Teil ist berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe von § 280 Abs. 2 zu verlangen, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat. Dazu ist nicht erforderlich, daß die Teilerfüllung für den Gläubiger überhaupt kein Interesse mehr hätte; vielmehr genügt es, daß die teilweise Erfüllung des gegenseitigen Vertrags, der teilweise Austausch der beiderseitigen Leistungen, für den Gläubiger kein Interesse hat.

2. Voraussetzungen. OLG. **24** 292 (Hamm). Ist die Fristsetzung ohne rechtfertigenden Grund unterlassen, so kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht nach § 286 gefordert werden.

3. Nachweis des Schadens. OLG. **24** 295 (Hamburg). Allein die Tatsache, daß der vertragstreue Teil Auslagen in Erwartung der Erfüllung gehabt hat, beweist noch keineswegs, daß er durch die Nichterfüllung geschädigt ist. Es kann vielmehr die Nichterfüllung für ihn auch von Vorteil gewesen sein, so z. B. wenn der Verkäufer den Gegenstand zu billig verkauft gehabt hätte oder der Wert des Gegenstandes nach dem Verkauf erheblich gestiegen wäre. Übersteigt nämlich der Wert des Gegenstandes oder die Wertsteigerung den Kaufpreis um einen Betrag, der höher ist als die Auslagen, dann läßt sich nicht sagen, daß der Verkäufer infolge der Nichterfüllung trotz seiner Auslagen geschädigt ist. Es muß eben zur Feststellung des Schadens die Gesamtlage des Vermögens der vertragstreuen Partei in Betracht gezogen werden, so wie sie sich nach der Nichterfüllung gestellt hat, und so wie sie gewesen wäre, wenn der andere Teil erfüllt hätte. Erst dieser Vergleich entscheidet, ob eine Schädigung der vertragstreuen Partei vorliegt oder nicht.

4. Ersatz des Schadens. BadRpr. **12** 25 (Karlsruhe). Bei dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 kann von Anwendung des § 249 Satz 1 (Naturalrestitution) nicht die Rede sein; denn sonst würde das Schadensersatzbegehren inhaltlich doch nur wieder auf dasselbe hinauslaufen, wie der durch § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 ausdrücklich für ausgeschlossen erklärte Vertragserfüllungsanspruch (vgl. **RG. 61** 353).

5. Geltendmachung des Ersatzanspruchs. **RG.** R. **12** Nr. 196. Wenn gegenüber der Klage auf Zahlung des Kaufpreises durch Aufrechnung und Widerklage ein Schadensersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung des Vertrags geltend gemacht wird, so kann der Kläger in dem anhängigen Rechtsstreite sich damit verteidigen, daß er gegen den Beklagten einen Anspruch auf Ersatz von Schaden habe, welcher mit dem vom Beklagten geltend gemachten Schaden in Zu-

sammenhange stehe und den Ersatzanspruch des Beklagten beseitige. Auf die Erhebung einer neuen Klage zur Geltendmachung dieses Schadens ist der Kläger nicht angewiesen.

6. Selbsthilfeverkauf. **RG.** LeipzZ. **12** 550 Nr. 2. Ein gemäß § 373 HGB. angedrohter Selbsthilfeverkauf ist zum Unterschiede von einem Selbsthilfeverkaufe, der nach der gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. erfolgten Ablehnung der Vertragserfüllung des säumigen Käufers von ihm vorgenommen werden soll, — als Vollziehung des ursprünglichen Kaufvertrags anzusehen, indem der Verkäufer die den Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs bildenden Waren auf Grund seiner ursprünglichen vertraglichen Lieferungsverpflichtung zum Selbsthilfeverkaufe bringt und dieser überhaupt für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt, was das Fortbestehen der ursprünglichen Verpflichtung des letzteren zur Zahlung des zwischen ihm und dem Selbsthilfeverkäufer vereinbarten — wenn auch durch den Erlös des Selbsthilfeverkaufs modifizierten — Kaufpreises zur Voraussetzung hat.

VIII. Rücktritt. 1. Rücktritt von einem Teile des Vertrags. **RG. 79** 310. Der Rücktritt von dem Teile eines Vertrags ist zulässig, wenn dieser Teil mit den anderen Abmachungen nur in einem äußerlichen Zusammenhange steht und die Absicht der Parteien, daß der weitere Inhalt des Vertrags mit dem Fortbestande dieses Teiles stehen und fallen solle, als ausgeschlossen anzusehen ist.

2. Folgen des unberechtigten Rücktritts. **RG.** LeipzZ. **12** 543 Nr. 18. Wenn jemand seinen Rücktritt von einem gegenseitigen Vertrag auf Grund des § 326 erklärt, ohne dazu berechtigt zu sein, so hat dieses nicht schlechthin und ohne weiteres die im § 326 für den Fall eines berechtigten Rücktritts vorgesehene Folge, daß der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist.

3. Illoyaler Rücktritt. **RG.** R. **12** Nr. 2928. Wenn auch die Ausübung der Rechte, die sich bei einem gegenseitigen Vertrag aus der Vertragsuntreue einer Partei für die vertragstreue Partei ergeben, insbesondere der Rechte aus § 326 BGB., vom Gesetze nicht an eine bestimmte Frist geknüpft ist, so muß doch im Falle des Verzugs wie im Falle positiver Vertragsverletzung ein arglistiges oder illoyales Verhalten des Käufers den von ihm erklärten Rücktritt zu einem unberechtigten machen.

4. Verzicht auf den Rücktritt. **RG.** R. **12** Nr. 1153. Läßt der Käufer übermäßig lange Zeit verstreichen, ohne gegenüber dem Verkäufer auf Lieferung zu dringen, so kann Verzicht angenommen werden; jedoch muß der Verkäufer diesen Einwand im Prozeß ausdrücklich vorbringen.

5. Geltendmachung des Rücktritts im Prozesse. SeuffA. **67** Nr. 55 (Darmstadt). Der Rücktritt nach § 326 kann noch im Prozesse von dem einen Prozeßbevollmächtigten dem anderen gegenüber erklärt werden.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. Literatur: Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Berlin 1912. — Rosenberg, Verträge zugunsten Dritter im Sachenrechte, DJZ. **12** 541 ff. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

1. *Bergk aaO. Der Versprechensempfänger kann seinen Anspruch nur mit der Wirksamkeit abtreten, daß der Zessionar vom Schuldner die Leistung an den Dritten verlangen kann (48 ff.).

2. *Rosenberg, DJZ. **12** 541 ff., tritt gegen die herrschende Meinung für die Zulässigkeit von Verträgen zugunsten Dritter im Sachenrecht ein.

3. Walsmann, Der Verzicht. Ein Verzicht zugunsten Dritter ist nicht unwirksam. Freilich kann der Verzicht als solcher nicht die Wirkung haben, daß der Dritte erwirbt. Entweder ist er ein Verzicht mit rechtlich bedeutungsloser Hervorhebung

des Motivs oder er ist bedingt dadurch, daß gegebenenfalls ein bestimmter Dritter Vorteil vom Verzichte hat (216).

4. **RG.** SeuffA. **67** Nr. 174. Die Begründung von Rechten und entsprechenden Verpflichtungen zugunsten und zu Lasten dritter Personen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses noch ungewiß sind, aber durch den Eintritt in einen gewissen Zustand, z. B. Erwerb und Besitz eines Grundstücks, bestimmt werden, ist auch nach dem Rechte des BGB. zulässig.

§ 329. Literatur: Reichel, Erfüllungsübernahme als Gläubigerrecht? DJZ. **12** 1520.

1. *Reichel, DJZ. **12** 1520, verneint, daß solche möglich, erblickt vielmehr in einer entsprechenden Abmachung eine Kombination von Erfüllungsübernahme (im Innenverhältnis) und Schuldmitübernahme oder kurz Schuldübernahme (im Verhältnisse zum Gläubiger).

2. **RG.** R. **12** Nr. 2929. Eine Losgeneralagentur, die die Gewinnauszahlung einer Kirchenbaulotterie übernommen hat, kann unmittelbar auf den Treffer verklagt werden.

§ 330. 1. KGJ. **41** 162. Ein Gutsüberlassungsvertrag ist auch nach heutigem Rechte zulässig. Seiner Wirksamkeit steht der Umstand nicht entgegen, daß die Auflassung erst nach dem Tode des Überlassenden durch einen von diesem bestellten Bevollmächtigten erfolgen soll. Nur dann liegt eine versteckte Verfügung von Todes wegen und infolgedessen bei Formmangel Nichtigkeit des Vertrags vor, wenn vereinbart ist, daß das Eigentum an dem Grundstücke mit dem Tode des Überlassenden ohne Auflassung auf den Übernehmer übergehen soll.

2. OLG. **24** 298 (Köln). Bei der Aussteuerversicherung wird dem Dritten in der Regel nichts weiter als eine Anwartschaft auf die Versicherungssumme eingeräumt, die erst dann zum unwiderruflichen Rechte wird, wenn der Versicherungsnehmer es ihm ausdrücklich einräumt.

§ 331. *Kirchmann, LeipzZ. **12** 615. Durch die Praxis der Lebensversicherungsgesellschaften wurde der Ausdruck „Tod" analog ausgedehnt auf „Eintritt des Versicherungsfalls".

§ 333. *Walsmann, Der Verzicht. Der Dritte hat das Gestaltungsrecht, durch seine Erklärung den eingetretenen Rechtserwerb ungeschehen zu machen, in der Weise, daß der Erwerb mit rückwirkender Kraft beseitigt wird. Dieses Gestaltungsrecht hat mit dem Rechte zum Verzichte große Verwandtschaft, die Zurückweisung ist aber wegen der rückwirkenden Kraft nicht dem Verzichtsbegriffe zu unterstellen. — Wohl aber dürfte ein wirklicher Verzicht des Dritten auf das Recht der Zurückweisung zulässig sein. Er bedarf der Erklärung des Dritten gegenüber dem Versprechenden. Die Annahme des Leistungsgegenstandes für einen solchen Verzicht zu erklären, läuft auf eine Fiktion hinaus. Es liegt darin vielmehr ein Verhalten, das sich mit dem Fortbestande des Zurückweisungsrechts nicht verträgt und daher das Erlöschen desselben zur Folge hat (239).

§ 335. OLG. **24** 299 (Braunschweig). Ein formloses Versprechen, für die von einem anderen geleisteten Dienste, dessen Kinder letztwillig zu bedenken, wäre nichtig. Deshalb haben weder die Kinder des Versprechensempfängers ein Recht darauf, letztwillig bedacht zu werden, noch dieser selbst nach § 335 ein entsprechendes Recht zugunsten seiner Kinder. Immerhin würde die Abrede nicht rechtlich bedeutungslos sein. Nur würde sie keinen gegenseitig verpflichtenden Vertrag enthalten, auch nicht einen solchen, der den Versprechenden irgendwie zu letztwilligen Verfügungen zwang, sondern eine den Versprechensempfänger einseitig verpflichtende Vereinbarung, wonach dieser die Arbeiten zwar unentgeltlich, aber in der zum Inhalte des Vertrags gemachten Erwartung einer demnächstigen, seine Kinder bedenkenden Verfügung zu leisten sich verpflichtet hätte. Es ergibt sich hieraus, daß

er gegen die Erben des Versprechenden eine Kondiktion haben würde, wenn sich bei dem Tode des Versprechenden herausstellen würde, daß er sich in seiner Erwartung getäuscht sah.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

Vorbemerkung: Rechtsprechung und Rechtslehre beschäftigen sich wiederholt mit der Frage, ob, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, die Verwirkung der Strafe ein Verschulden voraussetzt.

§ 339. Literatur: Reichel, Vertragsstrafe bei Unterlassungspflichten, DJZ. **12** 857.

1. Stillschweigendes Strafversprechen. OLG. **24** 300 (Hamburg). Widerspruchslose Bestätigung eines Auftrags, in dem Abzug einer Strafe für unpünktliche Lieferung angedroht wird, enthält das Versprechen einer Vertragsstrafe.

2. **RG. 79** 40. Weder Satz 1 noch Satz 2 des § 339 enthält zwingendes Recht. Beide Vorschriften müssen anderweiten Vereinbarungen weichen.

3. Verwirkung der Vertragsstrafe bei Unterlassungen. a) Reichel, DJZ. **12** 857. Auch wenn die Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung einer Unterlassungspflicht versprochen ist, steht dem Schuldner der Entlastungsbeweis offen. Wer ein Tun oder Lassen verspricht, der verspricht damit nicht mehr und nicht weniger, als sein Menschenmögliches (§ 242). Solange er dies tut, handelt er, streng genommen, seiner Verpflichtung nicht zuwider. Verspricht er also für den Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe, so ist diese nur dann verwirkt, wenn er das, was er hätte tun können, nicht getan hat (§ 276); denn erst alsdann hat er zuwidergehandelt. Dieser Satz gilt für Unterlassungs- ganz ebenso wie für Tunspflichten. Insoweit Gesetz oder Vertrag Ausnahmen vorsieht (§§ 278, 279 u. a.), sind diese selbstverständlich zu beachten. Wo dagegen eine solche Ausnahmenorm mangelt, da bewendet es bei dem allgemeinen Grundsatz, und es ist keinerlei innerer Grund ersichtlich, warum die Rechtsprechung eine solche in das Gesetz hineininterpretieren, insbesondere aber warum sie in irgendeinem Punkte die Unterlassungspflichten mit strengerem Maße messen sollte als die Tunspflichten. Wer also Strafe für den Fall des Nichtunterlassens verspricht, der sagt sie zu für den Fall eines ihm nach der Verkehrsanschauung zuzurechnenden Nichtunterlassens (§§ 157, 242, 276). Er sagt sie also zu nicht für den Fall des „objektiven Zuwiderhandelns“ schlechtweg, vielmehr lediglich für den Fall desjenigen Zuwiderhandelns, das er bei Beobachtung der verkehrserforderlichen Sorgfalt hätte vermeiden können (§ 276). Liegt mithin eine objektive Zuwiderhandlung vor, so ist es zwar Sache des Schuldners, den Nachweis zu führen, daß diese auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht (arg. §§ 282, 285); ist aber dieser Entlastungsbeweis angetreten und erbracht, so kann von einer Verurteilung auf die Strafe keine Rede sein. b) **RG. 79** 40. Die Frage, ob die zur Sicherung eines Unterlassungsanspruchs versprochene Vertragsstrafe nur im Falle des Verschuldens oder doch des bewußten Zuwiderhandelns verwirkt wird, wird ausführlich erörtert, aber nicht entschieden. Das RG. nahm nicht an, daß es sich um einen reinen Unterlassungsanspruch handelte. Hat jemand auf das Recht verzichtet, Milch aus bestimmten Ortschaften zu erwerben oder zu verwerten, und für die Zuwiderhandlung gegen diese Abrede eine Vertragsstrafe versprochen, so setzt die Verwirkung der Vertragsstrafe voraus, daß der Zuwiderhandelnde in bestimmter Weise tätig wird. Der Versprechende mußte bei der Innehaltung der Vertragsbestimmungen nach Treu und Glauben unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verfahren. Er mußte Vorkehrungen treffen, die geeignet waren, ihn gegen den Bezug von Milch aus jenen Orten zu sichern. Nicht nur hatte er Milch abzulehnen, von der er wußte, daß sie aus den

verschlossenen Orten stammte, er mußte namentlich auch dem Zwischenhandel gegenüber Sorge tragen, daß ihm keine solche Milch geliefert werde. Nach Treu und Glauben konnte ihm aber auf Grund des Vertrags nicht angesonnen werden, dafür einzustehen, daß die Einbringung verbotener Milch in seinen Betrieb geradezu unmöglich wurde. Eine solche Gewähr hat er eben nach der Vertragsauslegung nicht übernommen. Er tat vielmehr genug, wenn er sich durch ernstgemeinte Vertragsabreden mit seinen Lieferanten gegen ein ihn straffällig machendes Einbringen von Milch schützte. Schuldhafte Verletzung der Abmachung begründete ihm gegenüber eine Schadensersatzpflicht des Lieferanten. Daß er dieser Pflicht nicht durch Beredung einer Vertragsstrafe besonderen Nachdruck gegeben hat, ist unter keinen Umständen ein Verschulden. Auch das Verlangen, daß er den Geschäftsbetrieb der Molkerei hätte ständig überwachen sollen, überspannt die Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Also durch den Vertrag, wenn auch abweichend von den Vorschriften des § 339 BGB., waren die Verwirkungsvoraussetzungen in dem Sinne bestimmt, daß erst straffällig sein sollte, wer der Vorschrift zuwider gehandelt hatte, wissend oder schuldhaft verbotene Milch bezogen, solche unter Außerachtlassung der nach Treu und Glauben gebotenen Vorsichtsmaßregeln aus dem Zwischenhandel übernommen hatte.

4. Verwirkung bei Umgehungshandlungen. OLG. **24** 301 (Rostock). Auf Strafversprechen sind zwar die allgemeinen Auslegungsgrundsätze anzuwenden, insbesondere ist einer unmittelbaren Verletzung eines durch eine Strafe verschärften Verbots ein auf dessen Umgehung gerichtetes Verhalten gleichzustellen. Daraus folgt aber nicht, daß jede Handlungsweise, durch die die Partei gegen Treu und Glauben verstößt, unter die Strafbestimmung zu bringen ist; läßt sie sich nicht als durch die Strafe betroffen ansehen, so mag der Verletzte einen Schadensanspruch auf die allgemeinen Vorschriften, besonders den § 826 gründen.

5. Wiederholte Verwirkung. OLG. **24** 302 (Hamburg). Mehrere Angebote über verschiedene Artikel zu verschiedenen Zeiten enthalten mehrere Verletzungen des Wettbewerbsverbots, auch wenn sie an denselben Empfänger gerichtet waren.

6. Einforderung der Vertragsstrafe. **RG.** R. **12** Nr. 198. Die Einforderung einer Vertragsstrafe widerspricht nicht schon deshalb Treu und Glauben, weil der Gegner aus dem Vertrage trotz dessen Verletzung Nutzen gezogen hat.

7. Vertragsstrafe bei Abzahlungsgeschäften. *Aubele, RGes. betr. d. Abzahlungsgeschäfte (Mainz 1911) § 4 Anm. 6. Die verwirkte und bezahlte Vertragsstrafe ist vermöge ihrer akzessorischen Natur bei dem Abzahlungsvertrage nach erfolgter Rücktrittserklärung des Abzahlungsgläubigers gemäß den Bestimmungen der §§ 1 u. 2 AbzG. zurückzugewähren.

§ 340. 1. **RG. 77** 290. Durch die Geltendmachung des Anspruchs auf Vertragsstrafe wird der Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung nicht auch dann ausgeschlossen, wenn der Strafanspruch unbegründet ist.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1894. Bildet den Gegenstand der Verpflichtung ein dauerndes Unterlassen, so kann regelmäßig neben der verwirkten Strafe weitere Erfüllung verlangt werden. Nur dann kann die verwirkte Strafe nur statt und nicht neben der Erfüllung gefordert werden, wenn mit der Vertragsstrafe das Interesse an der ganzen Unterlassung und nicht nur das am Unterbleiben einer einzelnen Zuwiderhandlung gedeckt werden soll.

3. SeuffA. **67** Nr. 61 (Dresden). Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe hat in erster Reihe den Zweck, dem Gläubiger gegen den Schuldner durch den drohenden Nachteil ein Zwangsmittel zur ordnungsmäßigen Erfüllung der Verpflichtung zu

gewähren, und kann außerdem den Zweck haben, ihm den Beweis des erlittenen Schadens zu ersparen (§ 1428 SächsBGB., Art. 284 HGB. a. F., §§ 339, 340 BGB.). Sie verfolgt mithin einen vom Schadensersatz (z. B. § 113 Abs. 3 HGB.) unabhängigen eigenen Hauptanspruch, der der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegt.

§ 341. 1. **RG.** R. **12** Nr. 1447. Dem § 341 Abs. 3 genügt es allerdings auch, wenn an einer vor der Annahme abgegebenen Vorbehaltserklärung, für den anderen Teil erkennbar, bei der Annahme festgehalten wird. Daraus allein aber, daß die Partei ein Abgehen von dem früher erklärten Vorbehalte nicht zu erkennen gegeben hat, kann der erforderliche Vorbehalt „bei der Annahme" nicht entnommen werden. Es bedurfte vielmehr, wenn auch nicht einer ausdrücklichen Wiederholung des Vorbehalts, aber doch irgendeiner Kundgebung bei der Annahme, wodurch dem anderen Teile erkennbar wurde, daß bei dem Vorbehalte beharrt werde.

2. OLG. **24** 300 (Hamburg). Der Vorbehalt des Rechtes, die Strafe zu verlangen, kann, wie im Zweifel jede andere Willenserklärung, stillschweigend abgegeben werden; es ist nur nötig, daß er in einer dem Schuldner erkennbaren Weise ausgedrückt wird. Die Erklärung, den anderen Teil für die verzögerte Lieferung oder für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich machen zu wollen, kann genügen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 200. Zerfällt der Vertragsanspruch in mehrere Einzelleistungen, so wird der Anspruch auf Vertragsstrafe für die künftigen Zuwiderhandlungen nicht durch Unterlassung des Vorbehalts bezüglich einiger Verfehlungen verwirkt.

§ 343. I. Höhe der Strafe. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 543 Nr. 19. Wann eine unverhältnismäßige Höhe der verwirkten Vertragsstrafe vorliegt, ist Tatfrage (JW. **07** 12). Bei der Beurteilung der Angemessenheit nach § 343 ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen. Die Strafe ist nicht zu hoch, wenn sie das mögliche Interesse des Gläubigers nicht übersteigt. Das objektiv mögliche Erfüllungsinteresse des Gläubigers ist mit dem ausbedungenen Strafbetrage zu vergleichen. Konnte der Vertragsbruch den Schaden in Höhe der Vertragsstrafe voraussichtlich herbeiführen, dann ist das Recht auf Herabsetzung nicht schon deshalb gegeben, weil der Vertragsbruch solchen Schaden tatsächlich nicht veranlaßt hat.

2. GewuKfmG. **12** 208 (KfmG. Charlottenburg, LG. III Berlin). Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Strafe kann nicht außer Betracht bleiben, daß der Dienstherr bei einem großen Personal eine nicht zu ersetzende Einbuße von Autorität erleiden würde, wenn er nicht in der Lage wäre, sich durch eine wirklich empfindliche Vertragsstrafe gegen den Kontraktbruch seiner Angestellten zu sichern.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1760. Der Beweis, daß die Strafe übermäßig hoch sei, liegt dem Schuldner ob.

4. OLG. **24** 302 (Hamburg). Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Strafe ist auch der Grad des Verschuldens des Schuldners zu berücksichtigen.

II. Herabsetzung der Strafe. 1. GewuKfmG. **12** 252 (KfmG. Breslau). Eine Vereinbarung, wonach die Vertragsstrafe der richterlichen Herabsetzung nicht unterliegen soll, ist nichtig.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1761. Bei Herabsetzung der verwirkten Strafe sind nicht die Vermögensverhältnisse zur Zeit des Vertragsabschlusses, sondern die zur Zeit der Verwirkung zu berücksichtigen.

§ 344. **RG.** WarnE. **12** 286. Das Versprechen einer Vertragsstrafe für den Fall einer Verletzung einer Verbindlichkeit nach § 152 GewO. ist unwirksam.

§ 346. *Walsmann, Der Verzicht 110, 195, 237. Auf das vertragsmäßige Rücktrittsrecht kann durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem anderen Vertragsteile verzichtet werden.

§ 348. OLG. **24** 293 (Braunschweig). Muß infolge des Rücktritts dem Kläger von der Beklagten genau derselbe Geldbetrag gezahlt werden wie umgekehrt (§ 346 Nr. 2), so müßte die gegenseitige Zahlung desselben Betrags Zug um Zug erfolgen (§ 348 BGB.). Da dies töricht wäre, vollzieht sich die gegenseitige Rückgewähr in solchen Fällen bei freiwilliger Ausführung wirtschaftlich in Form der Aufrechnung, rechtlich bleibt es aber bei der Zahlung Zug um Zug. Auch der Richter braucht trotz des im § 348 enthaltenen Hinweises auf § 322 nicht auf Zahlung Zug um Zug zu erkennen. Die Erwirkung und die Vollstreckung eines solchen Urteils wären nicht nur töricht, sondern verstießen auch wegen der dadurch verursachten Belästigungen und Kosten gegen Treu und Glauben.

§ 349. 1. WürttJ. **12** 8 (Stuttgart). Eine Rücktrittserklärung ist in der Klage auf Herausgabe des verkauften Gegenstandes an sich nicht zu finden. Die Klage auf Herausgabe des verkauften Gegenstandes kann insbesondere in einem Falle, wo der Verkäufer sich das Eigentum vorbehalten hat, auch lediglich als Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts sich darstellen.

2. *Walsmann, Der Verzicht. Ist der Rücktritt einmal erklärt, dann kann von einem Verzicht auf das Rücktrittsrecht keine Rede mehr sein. Wollen die Parteien den Rücktritt und seine Wirkungen beseitigen, so müssen sie einen darauf gerichteten Vertrag schließen. Andererseits können die beiderseitigen Verpflichtungen, die durch den Rücktritt hervorgerufen sind, nur durch Erlaß aufgehoben werden (237).

§ 351. 1. *Raape, Die Wollensbedingung, 44, 54. Auch wenn der Berechtigte den Rücktritt erklären sollte, wird er doch nicht schadensersatzpflichtig, — ein Beweis gegen die Ansicht, daß er bedingt, nämlich unter der Bedingung seines Wollens, verpflichtet sei. (Vgl. o. zu § 158 Ziff. I 2.)

2. **RG.** LeipzZ. **12** 311 Nr. 16. Derjenige endgültige Zustand, in welchem das Wandelungsrecht nicht mehr gemäß § 351 a. a. O. verloren werden kann, wird nicht schon durch die einseitige Erklärung des Käufers, sondern erst durch den Vollzug der Wandelung geschaffen.

3. HansGZ. **12** 221 (Hamburg). Das Verschulden, von welchem der § 351 BGB. spricht, ist kein Verschulden gegen eine, einem anderen gegenüber bestehende Verpflichtung. Denn ehe der Berechtigte den Rücktritt erklärt hat, ist er niemandem gegenüber verpflichtet, für die Erhaltung des empfangenen Gegenstandes Sorge zu tragen. Der § 351 BGB. stellt weiter dem Verschulden des Berechtigten ein Verschulden seines Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB. gleich. Da der Berechtigte niemandem gegenüber zur Erhaltung der Sache verpflichtet ist, so kann auch von einem Erfüllungsgehilfen im eigentlichen Sinne des Wortes nicht gesprochen werden. Die Auslegung hat daher dieser Vorschrift die weitgehende Bedeutung gegeben, daß der Rücktritt auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Untergang, die Verschlechterung oder die Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache durch eine Person herbeigeführt worden ist, welcher der Berechtigte die Sache lediglich zur Aufbewahrung übergeben hat.

§ 355. **RG.** WarnE. **12** 410. Das Recht zum Rücktritte braucht nicht sofort ausgeübt zu werden; nur wenn in dem Hinausschieben der Erklärung, von dem Rücktrittsrechte Gebrauch machen zu wollen, ein arglistiges oder illoyales Verhalten zu finden wäre, könnte daraus eine Verwirkung des Rücktrittsrechts hergeleitet werden.

§ 359. BadRpr. **12** 218 (Karlsruhe). Ist im Mietvertrage folgendes vereinbart „Ein etwaiger Verkauf des Hauses setzt diesen Vertrag nicht außer Kraft, es steht jedoch dem neuen Erwerber das Recht zu, die Wohnung zu kündigen mit vierteljährlicher Kündigungsfrist. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so hat er an den Mieter eine Entschädigung von 2000 M. zu zahlen," so handelt es sich um Reu-

geld, nicht um Vertragsstrafe, weil die 2000 M. die Gegenleistung darstellen, von der das Recht zur Kündigung abhängt.

§ 360. **RG.** JW. **12** 385. War die kassatorische Klausel bei nicht rechtzeitiger Zinszahlung vereinbart, hat aber der Gläubiger jahrelang sich unpünktliche Zinszahlungen gefallen lassen, so muß er den Schuldner erst wissen lassen, daß er in Zukunft diese Nachsicht nicht mehr üben werde, wenn er von der kassatorischen Klausel Gebrauch machen will.

Dritter Abschnitt Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

Vorbemerkung: Die Lehre vom Erlöschen der Schuldverhältnisse hat eine bedeutende Förderung erhalten durch die schon oben mehrfach erwähnte umfangreiche Schrift Walsmanns, Der Verzicht. Leipzig 1912. — Zum Wesen der Quittung liefert einen interessanten Beitrag der kurze Artikel von Klein (Ziff. 2 zu § 368).

Vorbemerkung zu §§ 362 ff.

Literatur: Eckstein, Untergang der Obligationen usw., ABürgR. **37** 390 ff. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

I. *Eckstein, ABürgR. **37** 390 ff. Die Obligation endet durch Zeitablauf, wenn sie ihrem Wesen nach nur für bestimmte Zeit eingegangen ist, oft also schon vor Verjährung (Kap. 7).

II. *Walsmann, Der Verzicht. 1. Begriff des Verzichts. Der Verzicht ist das auf dem Willen des Berechtigten beruhende Aufgeben von Vorteilen, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung gewährleistet sind. Diese Vorteile bestehen entweder in einem Rechte des Verzichtenden, oder es sind vom Gesetze zugunsten des Verzichtenden aufgestellte Verfahrensvorschriften. Darüber hinaus ist der Verzichtsbegriff nicht auszudehnen. Insbesondere ist ein Verzicht auf ein Rechtsverhältnis begrifflich nicht möglich; ebenso ist ein Verzicht auf bloße Fähigkeiten und Eigenschaften ausgeschlossen. Auch das bloße Nichterwerben von Rechten, die man erwerben könnte, ist kein Verzicht, und derjenige, der unter potestativer Suspensivbedingung ein Recht erworben hat, ist nicht als verzichtend anzusehen, wenn er diese Bedingung zu erfüllen unterläßt (41/42). Das Recht zum Verzicht ist seinem Wesen nach ein Gestaltungsrecht. Dieses Recht hat im Privatrecht durchweg keine selbständige Bedeutung, vielmehr ist es dort stets eine Befugnis, die mit dem Rechte, auf welches verzichtet werden soll, verbunden ist. Schon deshalb ist ein Verzicht auf das Recht zum Verzicht ausgeschlossen (214). Der privatrechtliche Verzicht ist stets Verfügung. Er hat seinem Begriffe nach immer eine Veränderung im Bestande des Rechtes zur Folge. Der privatrechtliche Verzicht ist ferner ein abstraktes Rechtsgeschäft, das von seiner causa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängig ist. Allerdings kann die causa in der Form der Bedingung in das Verzichtsgeschäft hineingezogen werden. Denn normalerweise kann der Verzicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden (215). 2. Die Verzichtshandlung. Begriffswesentlich ist dem Verzichte sodann nach geltendem Rechte eine Aufgabeerklärung des Verzichtenden. Das geltende Recht kennt keinen Verzicht, bei dem die Verzichtsaktion nicht in einer auf rechtserheblichem Willen des Verzichtenden beruhenden Erklärung besteht. Es ist damit nicht gesagt, daß die Erklärung des Verzichtenden stets zur Aufhebung des ihm gewährleisteten Vorteils genügt. Aber ohne diese Erklärung gibt es begrifflich einen Verzicht nicht. Diese Erklärung muß auf die Aufhebung der in Frage kommenden Vorteile gerichtet sein. Dabei ist unter Rechtsgeschäft im weitesten Sinne ein Tatbestand zu verstehen, dessen wesentlicher Bestandteil eine auf Rechtsfolgen gerichtete Willenserklärung ist, die deshalb eintreten, weil sie gewollt sind. — Das Gesetz gebraucht zwar bisweilen die Wendung „gilt als Verzicht" und ähnliches

(vgl. §§ 418, 658 BGB., §§ 356, 382 StPO.). Solchenfalls tritt die Verzichtswirkung ein, auch ohne daß der Wille des Erklärenden auf die Aufhebungswirkung gerichtet ist. Aber hier werden nur die Verzichtswirkungen im Wege der gesetzlichen Fiktion auf andere Tatbestände übertragen; ein wirklicher Verzicht liegt nicht vor. — Die Verzichtshandlung ist im Gesetz auf den einzelnen Gebieten sehr verschieden ausgestaltet. Die Willenserklärung des Verzichtenden selbst ist nur das Minimum, der Kern der Verzichtsaktion. Diese besteht bald in einer einseitigen Willenserklärung, die in den überwiegenden Fällen eine empfangsbedürftige ist, bisweilen indessen auch den Charakter einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung trägt. Bald ist zur Verzichtsaktion ein Vertrag nötig. Für die Ausgestaltung sind die verschiedenartigsten, rechtspolitischen Momente von Bedeutung gewesen. Diese Verschiedenartigkeit in der Ausgestaltung der Verzichtsaktion darf jedoch nicht dazu führen, die Einheitlichkeit des Verzichtsbegriffs ganz und gar zu leugnen. Nur die Verzichtsinstitute sind verschieden, aber ihnen allen liegt derselbe Verzichtsbegriff zugrunde. Übrigens ist auch der Kern der Verzichtsaktion durchweg der gleiche. Überall finden wir als causa efficiens die Aufgabeerklärung des Berechtigten (42/44). — Es gibt Fälle, in denen die Verzichtsaktion in einer einseitigen Willenserklärung nach Lage der Dinge bestehen muß. Im übrigen ist zwar nicht notwendig, daß der Verzicht in einer solchen einseitigen Willenserklärung besteht, aber Gründe, welche ganz allgemein verbieten, zum Verzicht eine solche Willenserklärung für ausreichend zu erklären, sind nicht vorhanden. Zu einer Mitwirkung anderer wird sich nur da Veranlassung bieten, wo besondere Gründe dafür sprechen. Ein solcher Grund ist darin zu erblicken, daß ohne ihre Mitwirkung berechtigte Interessen auf ihrer Seite verletzt werden. Wenn nun in diesen besonderen Fällen der berechtigte Dritte eine in typischer Weise fest bestimmte Person ist, dann wird die zweckmäßige Regelung die sein, daß man an Stelle der einseitigen Willenserklärung den Vertrag zwischen den beiden Interessenten verlangt. Möglich ist aber auch, daß man auch hier die einseitige Willenserklärung des Berechtigten genügen läßt, ihre Wirksamkeit indessen von der Zustimmung des dritten Interessenten abhängig macht. Diese letzte Gestaltungsart ist dann wieder die allein gegebene, wo eine Mehrzahl von Interessenten in Frage kommt. Wo die einseitige Willenserklärung die oben dargelegten Gefahren in besonderem Maße hervorruft, wird man sie einer Form zu unterwerfen haben. Mit Rücksicht darauf kann es unter Umständen empfehlenswert erscheinen, an die Stelle der einseitigen Erklärung den Vertrag zu setzen. Den beiden letzten Gesichtspunkten dürfte freilich nur die Bedeutung eines gesetzgeberischen Motivs zukommen. Im übrigen haben alle diese Sätze unmittelbaren Wert für die Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen, für die uns das geltende Recht eine bestimmte Antwort nicht gibt. Und das geltende Recht läßt uns recht oft die bestimmte Antwort vermissen. Immerhin dürfte die Regelung im geltenden Rechte insofern mit jenen Sätzen in vollem Einklange stehen, als die vertragsmäßigen Verzichte gegenüber den einseitigen Verzichten zurückstehen (183/184). 3. Die Verzichtbarkeit. Das Recht im subjektiven Sinne ist seinem Begriffe nach weder verzichtbar noch unverzichtbar. Aus dem Wesen des Rechtes selbst folgt bei abstrakter Untersuchung nichts für die Frage der Verzichtbarkeit. Alle Gründe, die für die Verzichtsfrage in Betracht kommen, liegen außerhalb des subjektiven Rechtes. — Allgemeine Gründe, die für den Ausschluß der Verzichtbarkeit des subjektiven Rechtes überhaupt sprechen, gibt es nicht. Schon daraus folgt, da das Recht seinem Wesen nach weder verzichtbar noch nicht verzichtbar ist, daß wenn nur irgendwelche Gründe im konkreten Falle für die Verzichtbarkeit sprechen, auf das Recht im subjektiven Sinne verzichtet werden kann, vorausgesetzt, daß nicht besondere Gründe im Einzelfalle wieder dagegen sprechen. Bei allen Herrschaftsrechten ergibt sich, aus der Einschränkung der Rechtsgenossen bei denselben ein Interesse an der Aufhebung jener sie beschränkenden Rechte. Schon dieses Interesse

ist genügend, um für die Herrschaftsrechte die Verzichtbarkeit im allgemeinen zu verlangen und damit auch, weil kein allgemeiner Gegengrund besteht, als Prinzip aufzustellen. Für die Rechte des rechtlichen Könnens trifft dieser Gesichtspunkt nicht so generell zu. Vielmehr bedarf die Frage der Verzichtbarkeit der Einzeluntersuchung. Nur soviel läßt sich aus den gewonnenen allgemeinen Schlüssen entnehmen, daß positiv die Verzichtbarkeit eines Rechtes behauptet werden kann, wenn ein Interesse an der Verzichtbarkeit vorliegt, vorausgesetzt, daß nicht negativ ein Ausschließungsgrund der Verzichtbarkeit entgegensteht. Ein solcher Ausschließungsgrund wird vielfach darin liegen, daß mit dem Rechte eine Pflicht zur Ausübung des Rechtes verbunden ist und daß hier die Aufhebung des Rechtes schlechthin die Erfüllung jener Pflicht vereiteln würde. Vielfach hängt der Erwerb eines Rechtes nach der Regel des Rechtes vom Willen des Erwerbers ab. Für solche Fälle wird man im allgemeinen wohl den Grundsatz aufstellen können, daß niemand gezwungen ist, ein Recht, dessen Erwerb von seinem Willen abhängt, gegen seinen Willen zu behalten. Aber dieser Grundsatz ist doch nur mit großer Vorsicht aufzunehmen. Jedenfalls ist es sehr gewagt, daraus schwerwiegende Konsequenzen zu ziehen (68—70). 4. Wirkung des Verzichts. Die Wirkung des Verzichts ist stets die Vernichtung des dem Verzichtenden von der Rechtsordnung gewährleisteten Vorteils. Das Recht, auf welches verzichtet wird, wird durch den Verzicht ipso iure aufgehoben. Ebenso wird bei dem Verzicht auf Verfahrensvorschriften der gesetzlich bestehende Zwang, diese Vorschriften innezuhalten, wenn ein bestimmter Erfolg herbeigeführt werden soll ipso iure beseitigt. Der Erfolg tritt nunmehr auch ohne Befolgung jener Vorschriften ein. Eine Erklärung des Berechtigten, die einem anderen nur ein Gegenrecht gegenüber seinem Rechte gewährt, ist kein Verzicht. Ebenso ist eine Erklärung, durch die sich der Berechtigte nur dazu verpflichtet, von seinem Rechte keinen Gebrauch zu machen, begrifflich kein Verzicht. Es ist also unrichtig, da von einem Verzichte zu sprechen, wo das Recht des Verzichtenden durch seine Erklärung nicht aufgehoben, vielmehr nur die obligatorische Verpflichtung zur Nichtausübung des Rechtes übernommen wird (44).

§ 362. **RG.** JW. **12** 794 Nr. 11. Hat der Schuldner einer GmbH. das Geld dem Geschäftsführer hingegeben, um die streitige Schuld zu tilgen, dann führte die Zahlung zum Erlöschen des Schuldverhältnisses, auch wenn der Geschäftsführer auch der persönliche Gläubiger war und der Schuldner nicht ausdrücklich erklärt hat, daß sie an ihn in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer zahle, und wenn er sich der rechtlichen Notwendigkeit dieser Unterscheidung nicht bewußt gewesen ist. Der Wille, auf die bestimmte Forderung zum Zwecke der Erfüllung eine Leistung zu bewirken, schloß notwendig auch den Willen in sich, daß der Empfänger das Geld in seiner zur Tilgung erforderlichen Eigenschaft empfangen solle.

§ 363. Literatur: Bendix, Die Nachnahmesendung, LeipzZ. **12** 368 ff.

1. **RG.** LeipzZ. **12** 474 Nr. 7. Die Annahme der angebotenen Leistung „als Erfüllung", wovon § 363 spricht, bedeutet nicht etwa die Billigung der Leistung als einer völlig vertragsmäßigen — ein Fall, bei dem die Regelung der Beweislast für die unvollständige Leistung keinen Sinn haben würde —, sondern eben nur die Entgegennahme der Leistung auf Grund des Vertrags (vgl. **RG. 66** 282, **71** 23).

2. R. **12** Nr. 730 (Stuttgart). Die Beweislastverteilung gemäß § 363 BGB. greift nicht Platz in Fällen, in denen eine Eigenschaft zugesichert ist, die sich erst in der Zukunft bewähren muß, und der Gläubiger bei Entgegennahme der Leistung nicht beurteilen kann, ob die Zusicherung eingehalten ist.

3. *Bendix, LeipzZ. **12** 371. Die Ausnahmebestimmung des § 363, welche die Annahme der Leistung als Erfüllung voraussetzt, könnte bei Nichteinlösung der Nachnahmesendung durch den Käufer nur dann Platz greifen, wenn entweder in der Nichteinlösung ein vertragswidriges, die Verhältnisse veränderndes Verhalten des

Käufers gegenüber dem Verkäufer zu finden wäre, welches diesem die Führung des ihm an sich obliegenden Beweises wesentlich erschwerte oder unmöglich machte, und die Lage der Sache die Befreiung von der Beweislast als entsprechenden Ersatz seines durch den Gegner geschädigten Interesses aufzufassen wäre (**ROHG. 14** 242 Nr. 79, **21** 255 ff. Nr. 84); oder aber wenn in der vereinbarten Art der Vertragserfüllung durch Nachnahme der Ausdruck des Willens der Parteien zu erblicken wäre, daß mit der Andienung des mit der Nachnahme belasteten Pakets der Vertrag wenigstens vorläufig insoweit als erfüllt und Verkäufer von der Beweispflicht hinsichtlich des Zustandes der Ware als befreit gelten solle (**ROHG. 4** 340 ff. Nr. 68, **21** 255 ff. Nr. 84). Keiner dieser beiden möglichen Gründe für die Verschiebung der Beweislast liegt vor.

§ 364. 1. **RG. 78** 142. Durch die nur zahlungshalber erfolgende Hingabe eines Schecks tritt Erfüllung nur ein, wenn und soweit der Scheck honoriert wird.

2. **RG.** R. **12** Nr. 34. Darin, daß über eine Schuld eine neue Urkunde ausgestellt wird, in der die Schuld neu anerkannt wird, liegt noch keine Novation der Schuld.

§ 366. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2019. Wer mehrere selbständige Forderungen einklagt, und sofort selbst eine Gegenforderung zwar abrechnet, aber die davon betroffene Forderung nicht bezeichnet, muß sich die Aufrechnungsweise des Gegners gefallen lassen.

2. PosMSchr. **12** 120 (Posen). Die Anrechnungsgrundsätze des § 366 Abs. 2 BGB. sind entsprechend anwendbar, wenn bei der Vollstreckung eines mehrere Forderungen umfassenden Urteils der beigetriebene Betrag nicht alle Forderungen deckt.

§ 368. Literatur: Klein, Warum ist die Quittung des Bewucherten über das aus dem Wuchergeschäfte Erhaltene nichtig? R. **12** 93. — Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, JheringsJ. **60** 407—460.

1. **RG.** R. **12** Nr. 1762. Die Quittierungspflicht beschränkt sich nicht auf Geldzahlungen.

2. *Klein, R. **12** 93. Die Quittung ist in der Regel bloße Vorstellungsmitteilung (Geständnis, Mitteilung) des Ausstellers, daß die Leistung bewirkt ist und nur ausnahmsweise abstrakter selbständiger Tilgungsakt (sog. negativer Anerkennungsvertrag, § 397 Abs. 2 BGB.; vgl. Klein, ABürgR. **34** 338 ff., R. **11** Nr. 305).

3. Knoke aaO. Bei der Schuldübernahme sind dem Urschuldner in analoger Anwendung der §§ 368 u. 371 ähnliche Rechte zu gewähren, und zwar in allen Fällen der Schuldübernahme. Er kann keine Quittung verlangen, aber die Ausstellung einer Urkunde, in der der Gläubiger die erfolgte Schuldübernahme bescheinigt. Diese Bescheinigung genügt seinem Interesse. Sie wird aber auch durch dieselben Erwägungen gefordert, die zur Anerkennung des Rechtes auf Quittung geführt haben. Das Recht auf Bescheinigung der Schuldübernahme wird ferner durch die Analogie des § 403 getragen. Wie der Zessionar als derjenige, dem die Zession zum Vorteile gereicht, von dem Gläubiger als dem Verfügungsberechtigten eine Urkunde über die Schuldübernahme verlangen kann (449).

§ 371. OLG. **24** 309 (München). Der Anspruch aus § 371 ist ein persönlicher aus der Erfüllung, nicht aus dem Schuldverhältnisse, er richtet sich also gegen den Gläubiger, dem gegenüber erfüllt wird. Hat der frühere Gläubiger seine Forderung abgetreten, ohne den Schuldschein zu übergeben, so ist nunmehr Gläubiger allein der Neueingetretene; dieser letztere ist also passiv legitimiert. Der Zedent, der den Schuldschein zurückbehalten hat, ist aus dem Schuldverhältnis ausgeschieden, ihm gegenüber wurde nicht erfüllt, er ist also ein „Dritter". Das Wort „Rückgabe" ist vom Standpunkte des Schuldners aus zu betrachten, und man darf nicht sagen, der Gläubiger, der den Schein nie besessen hat, kann ihn nicht „zurückgeben".

Zweiter Titel. Hinterlegung.

§ 372. 1. Wesen der Hinterlegung. a) *Steffens, Die Abnahmepflicht des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung. Die Hinterlegung nach dem BGB. und der Selbsthilfeverkauf nach dem HGB. stellen selbständige Erfüllungssurrogate dar, während die Hinterlegung nach Handelsrecht und der Selbsthilfeverkauf nach dem bürgerlichen Rechte selbständige Arten der Erfüllung des Verkäufers nicht sind (102 ff.). b) R. **12** Nr. 1763 (Colmar). Die bürgerlich-rechtliche Hinterlegung nach § 372 BGB. und die prozessuale nach § 853 ZPO. sind verschieden. Die erstere beruht nicht auf einer Verpflichtung, sondern auf einem Rechte des Schuldners, dem sie ein Mittel gewährt, seine Befreiung von der Schuld ohne Mitwirkung des Gläubigers herbeizuführen (Komm. v. RGR. Anm. 1 zu § 372 BGB.; Gaupp-Stein Bem. II zu § 853 ZPO.; **RG. 61** 250). Zu der prozessualen Hinterlegung aber ist der Drittschuldner verpflichtet, wenn sie von dem Pfändungsgläubiger verlangt wird, dem die gepfändete Forderung zur Einziehung überwiesen worden.

2. Hinterlegungsgründe. a) **RG.** R. **12** Nr. 1449. § 409 BGB. soll zum Schutze des Schuldners dienen, nicht gegen ihn wirken (**RG. 53** 417). Seine Vorschriften schließen, auch wenn der Gläubiger eine Abtretungsurkunde ausgestellt und der Zessionar sie dem Schuldner vorgelegt hat, die Möglichkeit nicht aus, daß aus besonderen Umständen für den Schuldner begründete Zweifel entstehen, ob durch Zahlung an den formell legitimierten Zessionar die Verbindlichkeit mit Sicherheit erfüllt werden kann. Solche Ungewißheit kann dem Schuldner, auch wenn der Zessionar die abgetretene Forderung geltend macht, einen rechtmäßigen Anlaß zur Hinterlegung bieten (**RG. 70** 88). b) MecklZ. **31** 9 (Rostock). Der Umstand allein, daß der Gläubiger den Anspruch durch Abtretung erworben hat und nach dem Vertrage mit dem Zedenten bedingt zur Rückabtretung an diesen verpflichtet ist, rechtfertigt noch nicht die Hinterlegung.

3. Hinterlegung für mehrere. **RG. 79** 76. Sind in der Hinterlegungsurkunde mehrere Ansprüche auf die Hinterlegungsmasse angegeben, so gilt die Hinterlegung als für sämtliche Gläubiger erfolgt, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich in der Hinterlegungsurkunde vermerkt ist.

§ 376. *Walsmann, Der Verzicht. Der Verzicht auf die Rücknahme ist nicht deshalb nichtig, weil die Voraussetzung für die Hinterlegung nicht vorlag, wohl aber können die Folgen vermittels der Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung rückgängig gemacht werden (240).

§ 377. *Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Das Recht des Hinterlegers zur Rücknahme der hinterlegten Sache gemäß § 382 Halbs. 2 entsteht mit der Hinterlegung und unterliegt schon mit diesem Zeitpunkte trotz der Vorschrift des § 377 Abs. 1 der Pfändung (184).

§ 380. **RG. 79** 76. Ist die Hinterlegung wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers für mehrere Gläubiger erfolgt, so kann einer dieser Gläubiger nur dann mit Erfolg auf die Auszahlungsbewilligung des Schuldners klagen, wenn er nachweist, daß die Ungewißheit nicht mehr besteht, daß insbesondere die anderen in der Hinterlegungsurkunde benannten angeblichen Forderungsberechtigten dies nie gewesen oder daß sie inzwischen weggefallen sind.

§ 383. OLG. **24** 304 (München). Die Nichtbeachtung des § 383 Abs. 3 hat einen Anspruch auf Schadensersatz nicht zur Folge, nimmt aber der Versteigerung die befreiende Wirkung des § 383 Abs. 1.

Dritter Titel. Aufrechnung.

Vorbemerkung: I. Zur Theorie der Aufrechnung sind neue Aufsätze erschienen von Stölzel und Dickel (zu § 388).

II. Wichtige Entscheidung des **RG.** über den Begriff der Gleichwertigkeit II 1 zu § 387.

III. Widersprechende Rechtsgrundsätze über die Aufrechnung mit Forderungen Dritter III zu § 382.

§ 387. Literatur: v. Bardeleben, Ist ein vertraglicher Verzicht auf Aufrechnung gültig? DRichterZ. 12 68. — Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, HirthsAnn. **11** 916. — Merckens, Ausfall-Sicherheiten im Bankverkehre, LeipzZ. 12 801 ff. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

I. Begriff des Aufrechnungsrechts. *Merckens, Ausfallsicherheiten im Bankverkehre, LeipzZ. **12** 801 ff. Das Aufrechnungsrecht ist kein Pfandrecht an der eigenen Schuld, wie sich bei der Konkurrenz des Aufrechnungsrechts mit einem fremden Pfandrechte zeigt.

II. Gleichartigkeit der Forderungen. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 458 Nr. 24. Auch bei Auslegung des § 387 BGB. dürfen die Verkehrsanschauungen nicht außer acht gelassen werden. Der moderne Verkehr hat aber eine Reihe von Zahlungsmitteln geschaffen, neben die die eigentliche Geldzahlung mindestens im Großverkehr in den Hintergrund getreten ist. Erfahrungsgemäß werden zum Ausgleiche größerer Zahlungsverbindlichkeiten gerade Wertpapiere, insbesondere die marktgängigen Schuldverschreibungen großer und bekannter öffentlicher Körperschaften, deren Tageswert im Börsenkurse zum genauesten ziffermäßigen Ausdrucke kommt, jederzeit gegeben und anstandslos genommen. Das Gesetz hindert deshalb nicht, nach Prüfung des Einzelfalls, die Leistung von Wertpapieren als gleichartig mit der Leistung von Geld zu behandeln, wenn im verständigen Sinne der Parteien keinerlei besonderes Interesse an einer bestimmten Art der Leistung obwaltet.

2. OLG. **24** 303 (Dresden). Geldansprüche und Ansprüche auf Einwilligung in die Auszahlung von Geld durch einen Dritten sind ungleichartig.

3. BadRpr. **12** 172 (Karlsruhe). Ein Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit kann nicht gegen einen Geldanspruch zur Aufrechnung gestellt werden.

III. Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten. 1. **RG.** WarnE. **12** 79. Zu einer Aufrechnung im Sinne des § 387 BGB. kann es allerdings nur kommen, wenn dieselben Personen einander Leistungen schulden, aber es läßt sich auch durch Aufrechnung eine fremde Schuld tilgen (vgl. **RG. 72** 377). Die Gegenforderung braucht nicht notwendig in das Vermögen des Aufrechnenden übergegangen zu sein (vgl. § 185 BGB.).

2. **RG. 78** 383. Das Gesetz begnügt sich nicht damit, daß der Schuldner, der aufrechnen will, über die gegen den Gläubiger gerichtete Forderung verfügen kann. Es verlangt, daß er Inhaber der Forderung ist. Gehört die Forderung einem Dritten, so wird durch die Einwilligung des Dritten nach § 185 nur das in dessen Person liegende Hindernis beseitigt. Der Gläubiger, gegen den aufgerechnet werden soll, braucht dies nicht zu dulden. Sein Interesse erheischt, daß der Schuldner nur mit eigenen Forderungen aufrechnet. Hiergegen kann nicht eingewendet werden, daß es sich der Gläubiger gefallen lassen muß, wenn der Dritte dem Schuldner eine Forderung zum Zwecke der Aufrechnung abtritt. Erstens ist der Gläubiger in solchem Falle selber in den Stand gesetzt, mit einer Forderung an den Schuldner aufzurechnen, und zweitens verzichtet der Dritte durch die Abtretung auf das Recht, die Forderung zur Tilgung einer etwaigen eigenen Schuld gegen den Gläubiger zu verwenden. In beiden Beziehungen würde die Lage des Gläubigers verschlechtert sein, wenn die Zustimmung des Dritten der Abtretung gleichgestellt werden müßte. Daß dies die Meinung des Gesetzes ist, wird auch bestätigt durch den Gegensatz des § 267 Abs. 1 zu § 268 Abs. 2 und die entsprechende Vorschrift (§§ 1142, 1150, 1224, 1249). Diese Stelle lassen keinen Zweifel daran, daß der Dritte, von den angeführten Ausnahmefällen abgesehen, die ihm fremde Schuld wider Willen der Gläubiger nicht durch

selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann. Es wäre widerspruchsvoll, wenn seine bloße Zustimmung den Schuldner befähigen würde, die Erklärung der Aufrechnung seinerseits abzugeben. Nicht ausgeschlossen ist es, daß eine solche unwirksame Einwilligung in die Aufrechnung unter Umständen als Abtretung aufrechterhalten werden kann.

3. **RG.** WarnE. **12** 416. Der Ehemann kann zwar gegen Forderungen Dritter gegen seine Ehefrau (deren Berichtigung aus dem eingebrachten Gute verlangt werden kann) mit Forderungen seiner Frau aufrechnen, wie er auch über Forderungen seiner Ehefrau mit deren Zustimmung verfügen kann. Aber dadurch werden sie nicht zu ihm zustehenden Forderungen. Nach § 387 ist, abgesehen von im Gesetz ausdrücklich zugelassenen Fällen (§§ 268, 1142, 1224, 1249, 1376 Nr. 2), die Aufrechnung nur möglich unter denselben Personen, die einander Leistungen schulden. Es kann daher auch die Aufrechnungsfähigkeit gegen den Willen dessen, gegen den aufgerechnet werden soll, nicht, wie die Revision meint, dadurch erzeugt werden, daß der dritte Forderungsberechtigte mit der Aufrechnung einverstanden ist, denn ungeachtet dieses Einverständnisses bleibt die Forderung eine solche des Dritten. Aus dem gleichen Grunde kann es nicht darauf ankommen, ob die Aufrechnung auf eine Schuld des Ehemanns eine der Frau zugute kommende Verwaltungshandlung sein kann, denn auch dann würde der Ehemann immer doch nur mit einer nicht ihm, sondern seiner Ehefrau zustehenden Forderung aufrechnen, was unzulässig ist.

IV. Aufrechnung mit der Prozeßkostenforderung. OLG. **24** 303 (Hamburg). Die Partei ist nicht berechtigt, im Prozesse mit ihrer etwaigen Prozeßkostenforderung aufzurechnen; denn es handelt sich nicht um eine Leistung, welche sie schon jetzt fordern kann.

V. Aufrechnung gegenüber dem Konkursverwalter. **RG. 79** 129. Der Gläubiger kann eine Forderung, die er vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen seines Schuldners erlangt hat, zur Aufrechnung verwenden gegenüber einer Forderung des Konkursverwalters, die dadurch entstanden ist, daß der Gläubiger seine Lieferungspflicht aus einem vor der Konkurseröffnung abgeschlossenen Kaufvertrage nicht erfüllt und der Konkursverwalter Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt.

VI. Verweisung auf die Restforderung? **RG.** SeuffA. **67** Nr. 149. Ist eine Teilforderung eingeklagt, so darf der Kläger die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht auf seine Restforderung verweisen.

VII. Verzicht auf die Aufrechnung (JDR. **10** Nr. 4). a) *Walsmann, Der Verzicht. Der Gläubiger kann auf das Recht zur Aufrechnung verzichten. Zu diesem Verzicht ist nichts weiter als die einseitige formlose Erklärung gegenüber dem Schuldner erforderlich (241). b) v. Bardeleben, DRichterZ. **12** 68. Auf die Aufrechnung kann durch Vertrag verzichtet werden (gegen Gerson, DJZ. **11** Nr. 4).

VIII. Unzulässigkeit der Aufrechnung mit einer Gegenforderung, über die ein Schiedsgericht zu befinden hat. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 590. Die Aufrechnung mit einer streitigen Gegenforderung kann im ordentlichen Rechtswege nicht geltend gemacht werden, wenn über ihr Bestehen vertragsmäßig ein Schiedsgericht zu entscheiden hat.

IX. Anwendung auf das öffentliche Recht. *Kormann, HirthsAnn. **11** 916. Auch öffentlichrechtliche Forderungen können mangels gegenteiliger Sonderbestimmungen zur Aufrechnung verwendet werden; stehen sich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Forderungen gegenüber, so ist Voraussetzung der Aufrechenbarkeit die Verfolgbarkeit beider Ansprüche im gleichen Verfahren.

§ 388. Literatur: Dickel, Zur Eventualaufrechnung, DJZ. **12** 1344. — Stölzel, Zur Aufrechnungslehre, JheringsJ. **60** 46 ff..

1. Stölzel, JheringsJ. **60** 46, stellt den grundlegenden Sätzen in den Ausführungen Thons, JDR. **10** Ziff. 1, folgende abweichende Sätze gegenüber, die das von ihm vorgeschlagene Verfahren ausschließen: 1) Einen Anspruch auf Vollzug einer Aufrechnung kennt unser Recht nicht, mithin auch nicht eine Klage oder einen Parteiantrag auf Vollzug einer Aufrechnung und nicht ein „Gestaltungsurteil", dessen Formel ausspräche: „es wird hiermit aufgerechnet". 2) Prozesse, in denen eine Aufrechnung geltend gemacht wird, nehmen ihren Ausgang lediglich von einer Klage auf Verurteilung zur Bezahlung einer der beiden gegenübergestellten Forderungen oder auf Feststellung des Nichtbestehens einer von ihnen; Klagen auf Feststellung stattgehabter Aufrechnung beider Forderungen gibt es nicht. 3) Gleichwohl kann es im Prozesse zu richterlichem, rechtskraftfähigem Ausspruch über die Tilgung beider Forderungen kommen, aber nur in den Gründen von Klagabweisungsurteilen, die eine zwischen den beiden als festgestellt angenommenen Forderungen stattgehabte wechselweise Tilgung als gegeben darlegen. 4) Bei streitiger auf Zahlung gerichteter Klageforderung und liquider geltend gemachter Gegenforderung ist in den Gründen des Klagabweisungsurteils auszuführen, daß die Klageforderung getilgt, die Frage aber, ob auch die Gegenforderung getilgt sei, offen bleibe. Eine Beweisführung über das Entstandensein der Klageforderung hat zu unterbleiben (wie bei jeder sonstigen streitigen Klage, welcher gegenüber ein liquides Verteidigungsmittel vorliegt), es müßte denn der Kläger seine Leistungsklage in eine negative Feststellungsklage ändern oder der Beklagte Widerspruch erheben.

2. Dickel, DJZ. **12** 1344, wendet sich gegen die Beweiserhebungstheorie.

3. **RG. 79** 24. Die Eventualaufrechnung ist zulässig, wenn sie in dem Sinne zu verstehen ist, daß der Beklagte die Aufrechnung überhaupt nur für den Fall der Entscheidung des Gerichts unterbreiten, sie nur für den Fall zum Prozeßstoff machen will, daß die Klageforderung wider Erwarten vom Gericht als begründet erachtet werden sollte.

§ 390. 1. SeuffA. **67** Nr. 150 (Rostock). Daß auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags eine Einrede im Sinne des § 390 ist, kann nicht zweifelhaft sein folgt übrigens auch daraus, daß die Aufrechnung zur Abweisung der Klage führt und eine Abweisung der Klage Zug um Zug gegen Lieferung eines Gegenstandes unmöglich ist. Demgegenüber kann der Beklagte sich auch nicht darauf berufen, daß der Kläger sich im Annahmeverzuge befinde.

2. HessRspr. **12** 35 (Darmstadt). Die Vorschrift des § 390 BGB., wonach eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann, findet nur dann Anwendung, wenn der Forderung eine objektiv begründete, ausschließende oder aufschiebende Einrede entgegensteht. Von einer solchen kann aber nicht die Rede sein, solange noch streitig ist, ob sie nicht unbegründet entgegengestellt worden ist. Ergibt sich später, daß sie begründet war, so ist die Aufrechnung hinfällig.

3. **RG.** HessRspr. **12** 330. Der Behauptung, daß eine Forderung durch Aufrechnung getilgt sei, kann, wenn die Gegenforderung bestritten wird, die Einrede entgegengesetzt werden, daß über die Gegenforderung ein Schiedsgericht zu entscheiden habe (s. hierzu VIII zu § 387).

§ 392. 1. **RG.** WarnE. **12** 329. Wenn auch nach § 392 BGB. durch die Beschlagnahme einer Forderung die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nicht ausgeschlossen ist, so wird doch vorausgesetzt, daß eine Aufrechnung mit der im § 389 BGB. vorgesehenen tilgenden Wirkung gegenüber dem Gläubiger der gepfändeten Forderung überhaupt noch möglich ist. Diese Möglichkeit fällt fort mit der Zahlung. Daß diese Zahlung gegen das im Pfändungs-

beschluß ausgesprochene Verbot erfolgt ist, hat zwar zur Folge, daß sie gegenüber dem Pfandgläubiger nicht wirkt, d. h. den Zahlenden von seiner Verbindlichkeit nicht befreit (§§ 930, 829 ZPO., §§ 135, 136 BGB.), macht aber die Zahlung nicht ungeschehen.

2. **RG.** WarnE. **12** 416. Wird dem Schuldner eine während eines Rechtsstreits erfolgte Abtretung oder Pfändung bekannt, so kann er Einwendungen aus der Person des bisherigen Gläubigers nicht mehr erlangen.

§ 394. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 71 Nr. 23. Die die Aufrechnung ausschließenden §§ 393 u. 394 BGB. sind als aus sittlichen und sozialen Gründen gegebene Bestimmungen zwingenden Rechtes zu erachten.

2. **RG.** JW. **12** 909 Nr. 4. Die Aufrechnung einer gegen den Vorerben persönlich gerichteten Forderung gegen eine Nachlaßforderung ist mit Rücksicht auf § 2115 BGB. unstatthaft.

3. HansGZ. **12** 121 (Hamburg). Der noch nach altem Rechte zugesprochene Rentenanspruch des Klägers beruht zwar nicht auf § 843 BGB., aber es entspricht dem Sinne der §§ 394 BGB., 350 ZPO., die unter Geltung des neuen Rechtes versuchte Aufrechnung gegen eine dem Anspruch aus § 843 BGB. entsprechende Forderung alten Rechtes ebensowenig zu gestatten, wie gegen einen unmittelbar auf dem § 843 BGB. beruhenden Anspruch.

4. v. Ziegler, BayRpflZ. **12** 390. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. ist die Aufrechnung unzulässig.

Vierter Titel.

§ 397. Literatur: Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

I. *Walsmann, Der Verzicht. 1. Wesen des negativen Schuldanerkenntnisses. Das negative Schuldanerkenntnis umfaßt an sich zwei Fälle: Bestand das Schuldverhältnis nicht, so stellt jenes Anerkenntnis das Nichtbestehen unter den Parteien fest. Bestand es hingegen, so wirkt das negative Anerkenntnis konstitutiv und bringt das Schuldverhältnis zum Erlöschen. Der § 397 kann sich indessen nur auf diesen zweiten Fall beziehen. Denn die Bestimmung „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger anerkennt, daß es nicht besteht" setzt die Existenz des Schuldverhältnisses voraus. Beide Erlaßarten, positiver Erlaß und negatives Schuldanerkenntnis, sind nur verschiedene Formulierungen eines und desselben Gedankens, der vertragsmäßigen Aufhebung der schuldrechtlichen Verpflichtung. Diese Formulierung ist nach ihrem materiellen Inhalte der Ausdruck für den Verzicht auf das Forderungsrecht, der nach § 397 des Vertrags bedarf (231). 2. Abschluß des Erlaßvertrags. Die Offerte zum Erlaßvertrage kann sowohl vom Gläubiger als auch vom Schuldner ausgehen. Geht sie vom Schuldner aus, so muß die Annahme des Gläubigers dem Schuldner gegenüber erklärt werden. Dagegen ist bei der Erlaßofferte von seiten des Gläubigers eine Annahmeerklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger nicht erforderlich. Das läßt sich wohl gemäß § 151 damit erklären, daß eine Annahmeerklärung gegenüber dem Gläubiger in diesem Falle nach der Verkehrssitte allgemein nicht zu erwarten ist. Es ist hier auch nicht erst nach einer besonderen Annahmehandlung zu forschen. Der Sinn und Zweck des Erlaßvertrags ist der, daß dem Schuldner die Befreiung von seiner Verpflichtung nicht aufgedrängt werden soll. Dieser Zweck wird damit erfüllt, daß dem Schuldner beim Empfange der Erlaßofferte die Erklärung der Ablehnung, also der Widerspruch, freisteht. Schweigt er, so wird man schon in dem bloßen Schweigen die Annahme der Erlaßofferte erblicken können. In den meisten Fällen wird ja die Zustimmung des Schuldners schon in dem Abschlusse des dem Erlasse zugrunde liegenden Kausalgeschäfts zum Ausdrucke gebracht sein. Hat freilich der Schuldner bereits vorher seinen ablehnenden Willen kundgegeben, so wird man

in dem Schweigen nicht mehr den Ausdruck eines auf die Annahme gerichteten Willens sehen können. Es handelt sich hier um wirkliche stillschweigende Willenserklärung, nicht um die Wirkung gegensätzlichen Verhaltens. Daher ist hier auch Anfechtung der im Schweigen enthaltenen Willenserklärung z. B. wegen Irrtums, möglich, was beim gegensätzlichen Verhalten ausgeschlossen ist (232). Der Erlaß kann auch durch stillschweigende Willenserklärungen geschlossen werden. Ein solcher stillschweigender Erlaßvertrag kann z. B. in der Rückgabe des Schuldscheins und seiner Annahme durch den Schuldner liegen. Der gleiche Erfolg wie durch einen Erlaßvertrag kann durch gegensätzliches Verhalten des Gläubigers herbeigeführt werden, wenn also der Gläubiger bewußt ein Verhalten einschlägt, das mit dem Fortbestande seines Forderungsrechts unverträglich ist; vgl. § 341 (235). 3. Bedingung und Befristung. Der Erlaßvertrag kann auch unter einer Suspensivbedingung oder unter einem Anfangstermin abgeschlossen werden. Die auflösende Bedingung ist nur dann für zulässig zu erachten, wenn die Entscheidung über ihren Eintritt nach dem Inhalte der Bedingung und des Erlaßvertrags bald erfolgen muß und jene Bedingung nicht zu einer langdauernden Ungewißheit führt. Ein Erlaß unter einem Endtermin ist unzulässig, weil er sich mit dem Wesen des Erlasses als eines Verzichts nicht verträgt (233). 4. Antizipierter Erlaß. In dem „Erlaß künftiger Zinsen" liegt in Wirklichkeit kein antizipierter Verzicht. Werden die Zinsen bereits fest geschuldet, so daß der Gläubiger ein freilich befristetes Recht hat, so liegt Erlaß vor; andernfalls wird es sich um Abänderung des bestehenden Schuldverhältnisses, aus dem die Zinsenforderung erwachsen kann, handeln, und zwar entweder der getroffenen Vereinbarung oder dispositiver Normen. Nur bei bedingten Forderungen kann unter Umständen ein wirklicher antizipierter Erlaß von Bedeutung werden (233). 5. Wirkung des Erlasses. Die Wirkung des Erlasses besteht in der Aufhebung des Schuldverhältnisses: das Forderungsrecht erlischt. Der Erlaß kann auch auf einen Teil des Schuldverhältnisses beschränkt werden. Bei gegenseitigen Verträgen sind, wenn die beiderseitigen Verpflichtungen erlöschen sollen, zwei Erlaßverträge erforderlich. Dabei wird man im Zweifel annehmen, daß beide wechselseitig bedingt sind, so daß die Nichtigkeit des einen auch die des anderen nach sich zieht. Bei gegenseitigen Verträgen werden die Parteien indessen, wenn die sämtlichen vertraglichen Verpflichtungen aufgehoben werden sollen, es vorziehen, durch einheitlichen Aufhebungsvertrag das ganze Schuldverhältnis aufzuheben. Dieser Vertrag ist dann wirklich das, was der Erlaß des BGB. seiner formellen Ausgestaltung nach darstellt. Inhaltlich sind die Verzichtsleistung, d. i. der Erlaß, und dieser Vertrag verschieden, wenn auch eine Mehrheit wechselseitig bedingter Erlaßverträge und der einheitliche Aufhebungsvertrag im Resultat auf dasselbe hinauslaufen. Scharf zu trennen von dem Erlaß ist der Vertrag, durch den der Gläubiger die Verpflichtung übernimmt, seine Forderung nicht geltend zu machen. Ein solcher Vertrag ist zulässig. Er hat aber keine Verzichtswirkung und hebt das Forderungsrecht nicht auf. Es ist die notwendige Rechtsform, wenn die Geltendmachung der Forderung nur für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen sein soll, da ein zeitlich beschränkter Erlaß unzulässig ist (234). 6. Der Erlaß ist nicht notwendig abstrakt; er kann in Form des bedingten Geschäfts von der causa abhängig gemacht werden (235).

II. **RG.** LeipzZ. 12 754. Im Gegensatze zur Ausübung des Vorkaufsrechts (§ 505 Abs. 2) erfordert der Verzicht auf das Vorkaufsrecht einen Erlaßvertrag.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung: Von besonderem Interesse ist die Lehre von der Diskontierung der Buchforderungen. Die Schrift von Hoeniger sei eingehendem Studium empfohlen. Sie stellt die wirtschaftlichen Verhältnisse klar und rückt die Rechtsfolgen überall in das richtige Licht.

§ 398. Literatur: Aubele, Charakter der Kaufschillingsforderung nach Stundung oder Übertragung. BayNotZ. **12** 370. — Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Berlin 1912. — Eckstein, Wirken prozessuale Verträge für und gegen den Zessionar des materiellen Anspruchs? GruchotsBeitr. **56** 458. — Hoeniger, Die Diskontierung von Buchforderungen. Mannheim und Leipzig 1912. — Hartrodt, Die Diskontierung von Buchforderungen. Berlin 1912.

I. Allgemeines. 1. Die Übertragung ändert die Rechtsnatur der Forderung nicht. *Aubele, BayNotZ. **12** 370. Die Übertragung einer Forderung vermag einer Kaufpreisforderung nicht einen Darlehnscharakter zu gewähren; die Rechtsgrundsätze des Darlehens, insbesondere auch bezüglich Kündigung, werden auch nicht analog anwendbar.

2. Abtretung erfüllungshalber und an Erfüllungsstatt. OLG. **24** 305 (KG.). Bei Übertragung von Vermögensrechten muß, ähnlich wie im Falle des § 364 Abs. 2, der übereinstimmende Wille der Beteiligten dahin gehen, daß dadurch der übertragende Schuldner befreit sein soll. Ohne diesen Willen gibt die Übertragung dem Gläubiger das Recht, sich aus dem übertragenen Rechte zu befriedigen, aber nicht die Befriedigung selbst. Die Vermutung spricht jedenfalls dafür, daß Vermögenswerte, die zu der Befriedigung wegen einer Forderung abgetreten werden, erfüllungshalber, aber nicht an Erfüllungsstatt übereignet werden. Bei Hingabe erfüllungshalber ist der Gläubiger verpflichtet, aus dem abgetretenen Rechte seine Befriedigung mit verkehrsüblicher Sorgfalt zu suchen. Es bleibt ihm aber unbenommen, wenn die abgetretene Forderung aus irgendeinem Grunde nicht einziehbar ist, seine Forderung aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse geltend zu machen. Hierbei genügt es, daß die Zahlung nicht eingegangen ist.

3. BadRpr. **12** 239 (Karlsruhe). Die Diskontierung von Warenbuchforderungen nach Maßgabe der Geschäftsordnung der Klägerin war rechtlich als eine Beleihung der Buchforderungen aufzufassen, welche dagegen zur Sicherung der Kreditgeberin durch Abtretung übereignet wurden. Aus § 7 der Geschäftsordnung ergibt sich, daß die Klägerin jederzeit berechtigt war, die Einziehung der Forderung selbst in die Hand zu nehmen. Immerhin sollten aber auch zunächst noch die Zedenten die Befugnis behalten, die bei ihnen eingehenden Buchforderungen in eigenem Namen in Empfang zu nehmen. Es liegt in dem Wesen und Zwecke solcher Diskontierungen von Buchforderungen und ergibt sich auch aus den §§ 7 u. 12 der Geschäftsordnung der Klägerin, daß es zunächst bei einer sog. „stillen Zession" verbleiben, d. h., daß die Schuldner nicht von der Abtretung in Kenntnis gesetzt werden sollen, solange nicht besondere Umstände die Einziehung durch die Zessionarin selbst erforderlich machen und daß insolange noch der Zedent seinen schuldenden Kunden gegenüber berechtigt sein soll und zwar nicht nur zur Empfangnahme bei ihm eingehender Zahlungen (wie Hoeniger in seiner Schrift „Die Diskontierung von Buchforderungen" 16/21 annimmt), sondern auch zur Beitreibung in eigenem Namen (vgl. Türk, JW. **11** 1004 ff.). Die Empfangnahme und Einziehung durch den Zedenten im eigenen Namen hat aber, da auch die Schuldner ihre Leistung an diesen übereignen wollen, zur Folge, daß das bezahlte Geld Eigentum des Zedenten wird. Die Bestimmung im § 12 Geschäftsordnung, daß „die Eingänge auf diskontierte Buchforderungen Eigentum der Genossenschaft bilden", kann für sich allein den unmittelbaren Übergang des Eigentums nicht bewirken, da die für die Eigentumsübertragung festgesetzten Bedingungen (§§ 929 ff. BGB.) nicht gegeben sind. Jene Bestimmung kann daher nur dahin verstanden werden, daß der Zedent verpflichtet sein soll, die in Empfang genommenen und dadurch ihm zu eigen gewordenen Gelder unverzüglich der Zessionarin als Eigentum zu übertragen. Geht man von dieser Auffassung aus, so konnten K. und Sch., da sie durch den Einzug der zedierten Forderungen Eigentümer des Geldes wurden, dadurch daß sie das Geld für sich verwendeten,

weder eine Unterschlagung noch eine Untreue begehen. Sie haben vielmehr lediglich einer zivilrechtlichen Verpflichtung, die bezahlten Beträge abzuführen, zuwidergehandelt. Nach anderer Ansicht allerdings (vgl. Türk aaO.) hat bei Diskontierung von Buchforderungen der Zedent zwar im eigenen Namen, jedoch als „verdeckter" (indirekter) Stellvertreter der Bank die Zahlungen für diese in Empfang zu nehmen, somit soll diese unmittelbar Eigentümerin der bezahlten Gelder werden, und der Zedent, der das Geld für sich verwendet, macht sich einer Untreue nach § 266 StGB. schuldig.

II. Bestimmtheit der Abtretung. 1. OLG. 24 305 (KG.). Zur Gültigkeit einer Abtretung ist nach allgemeinen Grundsätzen eine genügende Bestimmtheit des Gegenstandes der Übertragung erforderlich. Die Forderung selbst muß derart individualisiert sein, daß wenigstens bestimmbar ist, was die Zession in sich begreifen soll. Dies ist nicht möglich, wenn die Mieterträgnisse eines Grundstücks die jährlich insgesamt 20 000 M. betragen, „bis zum Höchstbetrage von 10 000 M." abgetreten sind, denn es bleibt unklar und unbestimmt, bis zu welchem Betrage die einzelnen Mietforderungen als abgetreten zu erachten sind.

2. SchlHolstAnz. **12** 281 (Kiel). Die zeitlich unbegrenzte Abtretung „aller künftiger Geschäftsforderungen" ohne Übernahme der Verpflichtung die künftigen Forderungen bereits bei ihrer Entstehung in den Büchern kenntlich zu machen, ist mangels ausreichender Bestimmtheit der abgetretenen Ansprüche unwirksam.

III. Abtretung künftiger Forderungen. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 767. Ist ein Versicherungsvertrag mit der Klausel „durch Zahlung der Entschädigungssummen tritt die Versicherungsgesellschaft Dritten gegenüber in die Rechte des Versicherten, ohne daß es einer besonderen Zession bedarf ..." geschlossen, so liegt eine bedingte Abtretung künftiger Ansprüche vor, die weil die Ansprüche in genügender Weise gekennzeichnet sind, als gültig anzusehen ist (**RG. 55** 334, 404, **67** 166, **75** 227).

2. *Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Die Wirksamkeit der Übertragung und Pfändung künftiger Rechte wird verneint. Die Ansicht des RG., nach der künftige Rechte grundsätzlich übertragbar und pfändbar sind und nach der eine Grenze für die Wirksamkeit nur insofern gezogen ist, als die künftigen Rechte im Zeitpunkte der Übertragung oder Pfändung bereits „bestimmt oder bestimmbar" sein müssen (**RG. 67** 425), wird weniger in den Ergebnissen als in der Begründung als unrichtig hingestellt. Bei genauer Feststellung des Zeitpunktes der Entstehung eines konkreten Rechtes kommt man zu dem Ergebnisse, daß da, wo das RG. die Verfügung über ein künftiges Recht zuläßt, in Wirklichkeit meist eine Verfügung über ein bestehendes Recht vorliegt, während andererseits in Fällen, in denen das RG. die Zulässigkeit der Verfügung wegen Unbestimmbarkeit des künftigen Rechtes verneint, es sich tatsächlich um eine Verfügung über ein künftiges Recht handelt. Während die Entscheidung über die nach der Ansicht des RG. erforderliche Bestimmbarkeit eines künftigen Rechtes immer Tatfrage sein muß, ist die Entscheidung auf Grund der Rechtsfrage nach dem Entstehungszeitpunkte des konkreten Rechtes zu fällen.

IV. Abtretung von Gestaltungsrechten. *Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Über Übertragung und Pfändung von Befugnissen (Gestaltungsrechten) (38 ff.).

V. Abtretung des Berichtigungsanspruchs. **RG. 78** 87. Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs kann nur in dem Sinne abgetreten werden, daß der Zessionar die Berichtigung zwar in eigenem Interesse und in eigenem Namen, aber doch nur auf den Namen des abtretenden Eigentümers verlangen kann.

VI. Umfang der Abtretung. **RG.** R. **12** Nr. 201. In der Einwilligung in die Aushändigung beschlagnahmter Sachen an einen Dritten „als Eigentum" liegt auch die Übertragung des dinglichen Anspruchs.

VII. Wirkung der Abtretung. 1. *Eckstein, GruchotsBeitr. 56 458. Rechte des Gläubigers prozessualen Inhalts gehen mit der Forderung über, Verpflichtungen nicht.

2. NaumburgAK. 12 78 (Naumburg). Der Zedent ist berechtigt, mit Einwilligung des Zessionars auf Leistung an diesen im eigenen Namen zu klagen, auch wenn die Zession vor der Rechtshängigkeit erfolgt ist.

3. RG. 77 407. Beim pactuum de mutuo dando kann der Versprechensempfänger auch nach Abtretung seines Anspruchs Auszahlung des Darlehens an den Zessionar verlangen.

4. RG. JW. 12 28 Nr. 10. Wenn ein Bankier sich einem anderen gegenüber verpflichtet, „das Konto eines Schuldners des letzteren abzulösen", so will er damit regelmäßig unter Befriedigung des bisherigen Gläubigers als neuer Gläubiger an dessen Stelle treten. Wenn er nun vollends die für das Schuldverhältnis laufenden Wechsel von dem bisherigen Gläubiger auf sich indossieren, die Wechsel sich aushändigen und die bestellten Sicherheiten sich übertragen läßt, so wird damit in eklatanter Weise dargetan, daß die Befriedigung des bisherigen Gläubigers nicht eine objektive Tilgung der Wechselobligation bezweckt, sondern daß diese im Gegenteile fortbesteht. Nur der Gläubiger hat gewechselt. Bürgenhaftungen bleiben also bestehen.

VIII. Die Diskontierung von Buchforderungen. 1. Hoeniger. Die Diskontierung von Buchforderungen ist Sicherungszession (7) und das genaue Analogon zur Sicherungsübereignung bei Fahrnissen (8). Die Sicherungszession ist im § 223 Abs. 2 BGB. anerkannt (9). Eine Vereinbarung, einzelne Gläubigerrechte, wie etwa die Einziehungsbefugnis, sollten beim zedierenden Diskontnehmer bleiben, kommt beim Diskontierungsgeschäft nicht vor, aus der Vereinbarung über die Unterlassung der Anzeige (§ 409 BGB.) kann sie nicht gefolgert werden. Die Abtretung beim Diskontierungsgeschäft enthält also keine mit ihr in inneren Widerspruch tretende unzulässige Zerteilung der Gläubigerbefugnisse und der Forderungsrechte überhaupt. Das Geschäft ist also gültig (22). Der Diskontnehmer wird Eigentümer des Empfangenen und hat nur die obligatorische Verpflichtung, das Eigentum alsbald an den Diskonteur zu übertragen. Das Geld kann also beim Diskontnehmer gepfändet werden und fällt in seine Konkursmasse, ohne daß der Diskonteur widersprechen und aussondern könnte. Wenn der Diskontnehmer es für sich verwendet, begeht er keine Unterschlagung, sondern lediglich eine Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung (37). Bei regulärer Abwickelung des Geschäfts hört also mit der Zahlung des Buchschuldners an den Diskontnehmer jede dingliche Sicherung des Diskonteurs auf. Die Diskontierung von Buchforderungen gewährt keine fortlaufende Realsicherheit (40).

2. Hartrodt. Die Diskontierung von Buchforderungen ist ein Forderungskauf (75). Hiergegen Hoeniger (8).

§ 399. 1. RG. JW. 12 857 Nr. 12. Ein Anspruch auf Befreiung von einer Schuld kann abgetreten (und gepfändet) werden, wenn der Zessionar (bzw. Pfändungspfandgläubiger) mit dem Gläubiger identisch ist.

2. OLG. 24 309 (KG.). Die Abrede, daß die Außenstände auf den Käufer nicht übergehen sollen, von ihm aber kostenfrei auf Anweisung und für Rechnung des Verkäufers einzuziehen sind, begründet nur eine Nebenverpflichtung und steht der Abtretbarkeit der Ansprüche des Käufers aus dem Kaufvertrage nicht entgegen.

3. *Kirchmann, LeipzZ. 12 614. Das Recht, eine Lebensversicherung zu kündigen, ist nicht höchstpersönlich; auch das Recht, den Widerruf einer widerruflichen Begünstigung auszusprechen, ist kein höchstpersönliches Recht des Versicherungsnehmers; beide Rechte sind vielmehr vermögenswert (s. auch §§ 1, 6 KO.).

§ 400. **RG.** WarnE. **12** 18. Die Ehefrau kann dem Manne den Anspruch auf eine Rente nach § 843 BGB. nur soweit abtreten, als sie 1500 M. jährlich übersteigt.

§ 401. 1. Über prozessuale Nebenabreden vgl. *E c k s t e i n VII 1 zu § 398.

2. **RG.** WarnE. **12** 80. Das Recht, die Genehmigung (§ 416) anzufechten, geht bei der Abtretung einer Hypothek nicht mit auf den neuen Gläubiger über. Auf selbständige Ansprüche, auch wenn sie mit dem abgetretenen Anspruch im Zusammenhange stehen, z. B. auf vertragsmäßige Gewährleistungsansprüche (GruchotsBeitr. **49** 907, **RG. 39** 254, **60** 369), kann er nicht ausgedehnt werden. Ein solcher selbständiger Anspruch aber steht hier in Frage. Ist das Recht, aus persönlichen Gründen, wegen Irrtums und Betrugs, die Genehmigungserklärung anzufechten, überhaupt abtretbar, so ist es nur zusammen mit der persönlichen Forderung, deren Erlöschen angefochten werden sollte, der Abtretung zugänglich (vgl. **RG. 30** 74).

3. OLG. **24** 310 (KG.). Der Bereicherungsanspruch ist kein „Nebenrecht" im Sinne des § 401 Abs. 1.

§ 404. 1. OLG. **24** 311 (Hamburg). Bei der Zession einer Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage steht an sich dem Zessionar nach Maßgabe des § 404 die Einrede des nicht erfüllten Vertrags auch dann entgegen, wenn der Zedent erst nach der Abtretung mit seiner Gegenleistung in Verzug kommt. Der Schuldner verliert aber gleichwie alle anderen Einwendungen aus § 404, so auch diese Einrede dann, wenn er nach der Abtretung durch Vertrag mit dem Zessionar nicht lediglich die Rechtsgültigkeit des Zessionsakts, sondern seine Schuld an ihn anerkannt hat.

2. **RG. 77** 157. Ob in der „Annahme" einer Forderungsabtretung nur eine Genehmigung oder auch ein Verzicht auf die aus dem Verhältnisse zum Abtretenden herrührenden Einwendungen gefunden werden kann, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.

3. **RG.** JW. **12** 239 Nr. 6. In der Erklärung des Zedenten, er hafte für Güte, Bestand und Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung, ist nicht die Übernahme einer Bürgschaft, also einer den Bestand der Hauptforderung voraussetzenden Nebenverpflichtung, sondern die einer selbständigen, in ihrem rechtlichen Bestande von dem der Hauptschuld unabhängigen Verbindlichkeit zu finden.

4. HansGZ. **12** 261 (Hamburg). Es genügt, daß für die Einwendung zur Zeit der Abtretung schon der Grund gelegt war.

§ 405. **RG.** LeipzZ. **12** 657. Der gutgläubige Erwerb von Forderungen ist durch § 405 BGB. nur gegen die Einwendungen des Scheingeschäfts und der vertragsmäßigen Ausschließung der Übertragbarkeit unter den dort bezeichneten Voraussetzungen geschützt; auf andere der Forderung anhaftende Mängel, insbesondere auf die Nichtigkeit der Forderung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, erstreckt sich dieser Schutz nicht.

§ 406. 1. WürttJ. **24** 272 (Stuttgart). Die Aufrechnung gegenüber dem Zessionar ist auch dann zulässig, wenn die Ansprüche erst nach der Abtretung gleichartig geworden sind. Hiernach ist die Aufrechnung mit einem Geldanspruche statthaft, wenn der Schuldner die Wechselsumme nach der Abtretung des auf die Herausgabe des Wechsels gerichteten Anspruchs eingezogen hat, so daß er gemäß § 818 Abs. 1 BGB. dem Zessionar statt der Wechsel den eingezogenen Geldbetrag schuldet.

2. HansGZ. **12** 261 (Hamburg). Zur Aufrechnung gegenüber einer abgetretenen Forderung genügt eine bloß bedingte Forderung des Schuldners gegen den Zedenten (**RG. 73** 139).

§ 407. H o e n i g e r, Diskontierung von Buchforderungen. Würde der Diskontnehmer durch Rechtsgeschäft mit dem Buchschuldner (z. B. Stundung) irgendeine Änderung in dem Rechtsbestande der Buchforderung herbeiführen, so wäre allerdings diese Verfügung dem Diskonteur gegenüber wirksam, wenn der

Buchschuldner bei Vornahme des Rechtsgeschäfts von der Abtretung noch keine Kenntnis hatte. Das läßt aber den Grundsatz unberührt, daß der Diskontnehmer an diesem Forderungsrechte nichts mehr ändern darf. Er begeht vielmehr durch eine solche rechtsgeschäftliche Änderung der Buchforderung eine Vertragsverletzung und eine strafbare Untreue. Das bedeutet praktisch: Mit der Diskontierung der Buchforderungen begibt sich der Diskontnehmer zum großen Teile der Möglichkeit der entgegenkommenden Behandlung seiner Kundschaft (56).

§ 409. 1. **RG. 79** 308. Der Zweck der in den §§ 409 u. 1280 vorgesehenen Anzeigen ist nicht der gleiche. Im Falle des § 409 ist die Anzeige für den Übergang der Forderung auf den neuen Gläubiger ohne Bedeutung, bezweckt vielmehr nur den Schutz des Schuldners; dagegen ist die Anzeige nach § 1280 für den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung wesentlich; ohne die Anzeige kann das Pfandrecht nicht zur Entstehung kommen. Für die Verpfändung einer Forderung enthält sonach der § 1280 eine Sondervorschrift, die nach § 1279 die Anwendbarkeit des § 409 Abs. 1 ausschließt.

2. Erdel, GewuKfmG. **12** 29. § 409 findet auch Anwendung auf eine nach § 2 LohnBG. vom 21. Juni 1869 unwirksame Abtretung. Eine Ausnahme macht nur § 115 a GewO. für den Vergütungsanspruch des gewerblichen Arbeiters.

3. Inkassozession. a) OLG. **24** 308 (KG.). Der Schuldner kann dem Inkassozessionar gegenüber keine Rechte daraus herleiten, daß die Forderung noch im Besitze des Zedenten geblieben sei, wie er auch umgekehrt dem die Forderung einklagenden Gläubiger jedenfalls dann keine Einwendung aus der Tatsache der Inkassozession entgegensetzen kann, wenn der Zessionar selbst dem Schuldner erklärt, daß ihm die Inkassozession gekündigt worden sei und er selbst keine Rechte bezüglich dieser Forderung habe. b) OLG. **24** 307 (Hamburg). Der Auffassung des RG. (**RG. 53** 417), daß, wenn der Inkassozedent den Einziehungsauftrag und die Abtretung widerrufen habe, auch der Schuldner sich darauf jedenfalls dann berufen könne, wenn er damit nicht das Recht des Zedenten, sondern eigenes Recht und eigenes Interesse verfolge, ist nicht beizutreten.

§ 412. **RG.** R. 12 Nr. 386. Macht die Berufsgenossenschaft die nach dem Unfallversicherungsgesetz auf sie übergegangenen Ansprüche gegen den haftpflichtigen Dritten geltend, so wirkt ein von dem Dritten mit dem Beschädigten geschlossener Vergleich gegen die Berufsgenossenschaft nur dann, wenn der Dritte sich in Unkenntnis des Überganges der Schadensersatzforderung befand. Hierfür wird die Unkenntnis der den Übergang begründenden Tatsachen erfordert.

§ 413. Pfeiffer, LeipzZ. **12** 374. 1. „Rechte" aus einem Vertragsantrage können nicht abgetreten werden. Ist dem Antragsempfänger diese „Abtretung" gestattet, so ist die Willenserklärung des Antragenden sinngemäß dahin auszulegen, daß er das Angebot dem Antragsempfänger oder demjenigen machen will, den dieser binnen der bestimmten Frist an seine Stelle setzen wird.

2. KGJ. **41** 234 (KG.). Das durch die Einwilligung des Hypothekengläubigers dem Nichtberechtigten eingeräumte Recht, über eine Briefhypothek zu verfügen, ist mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung übertragbar.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Vorbemerkung: I. Wichtige wissenschaftliche Neuerscheinungen von Knoke, v. Gierke und Reichel (zu § 414).

II. Das **RG.** entscheidet, daß in der Mitunterzeichnung einer Urkunde nicht ohne weiteres eine Schuldübernahme gefunden werden kann (I d zu § 414).

III. In 4 Gutachten wird zu der Frage über die Notwendigkeit einer Änderung des § 416 Stellung genommen. Gegen die Änderung ist Wellspacher, für die Änderung sind Oberneck, Litten und Güthe (mit verschiedenen Vorschlägen).

IV. Besondere Beachtung verdienen die wissenschaftlichen Erörterungen über die Bedeutung der Vermögensübernahme (§ 419) (v. Gierke, Beyersdorff) und ihr Verhältnis zur Sicherungsübereignung (Boschan, Asch). — Hier auch wichtige Entscheidungen des RG.

§ 414. Literatur: Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte. Mannheim 1912. — v. Gierke, Schuldnachfolge und Haftung (Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand v. Martitz. Berlin 1911). — Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, JheringsJ. **60** 407. — Reichel, Verjährung des Anspruchs gegen den Schuldmitübernehmer, R. **12** 376.

1. Wesen der Schuldübernahme. a) Knoke tritt gegen Strohal, JheringsJ. **57** 231, für die Sukzessionstheorie ein. Die Identität der Forderung hängt nicht von der Identität der Haftung ab. Mithin steht der Begriff der Forderung der Annahme einer Sondernachfolge in die Schuld nicht entgegen. Es kann sich nur darum handeln, ob die besonderen Normen, die für die Schuldübernahme gegeben sind, die Annahme einer Sondernachfolge in die Schuld verbieten. Das ist zu verneinen. Die Schuldübernahme kann sich sowohl im Falle des § 414 wie im Falle des § 415 BGB. nur unter Mitwirkung des Gläubigers vollziehen (419, 420). Dieses Erfordernis der Mitwirkung des Gläubigers bei der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme ist als entscheidendes Argument gegen die Sukzessionstheorie nicht zu verwerten (421). Nicht nur das „Wofür" der Haftung kann rechtsgeschäftlich geändert werden, sondern auch das „Womit". Die beschränkte Haftung kann in eine unbeschränkte umgewandelt werden, die unbeschränkte in eine beschränkte. Auch dies bedarf der Mitwirkung des Gläubigers (422). Es entspricht nur den für andere rechtsgeschäftliche Änderungen des Schuldverhältnisses geltenden Grundsätzen, wenn auch die rechtsgeschäftliche Änderung hinsichtlich der Person des Schuldners nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers vor sich gehen kann. So wenig das Erfordernis der Mitwirkung des Gläubigers bei jenen Veränderungen dazu nötigt, den Untergang des alten und die Entstehung eines neuen Schuldverhältnisses anzunehmen, so wenig nötigt es dazu bei der Schuldübernahme. Daß eine Forderung ohne Mitwirkung des Schuldners abgetreten werden kann, ist eine Ausnahme von der Regel, daß beide Parteien zur Änderung des Schuldverhältnisses mitwirken müssen. Sie findet ihre Rechtfertigung nicht darin, daß bei der Abtretung eine Sondernachfolge in die Forderung stattfindet, sondern in der wirtschaftlichen Erwägung, daß es für den Schuldner im allgemeinen gleichgültig oder doch nur von geringer Bedeutung ist, ob sein Gläubiger wechselt oder nicht (422/423). Die Bestimmungen des § 417 BGB. sind natürlich mit der Sukzessionstheorie aufs beste vereinbar (423). Der § 418 Abs. 2 beruht auf ähnlichen Erwägungen wie die im § 61 KO. den Konkursprivilegien gesetzten zeitlichen Schranken. Das besondere Schutzbedürfnis und die besondere Schutzwürdigkeit der im § 61 Ziff. 1—5 genannten Forderungen wird nur innerhalb der gesetzlichen Fristen anerkannt, weil der Gläubiger sich wegen der älteren Forderungen durch rechtzeitige Geltendmachung hätte schützen können und sollen. Daß sie noch nicht befriedigt sind, liegt an ihm. Ebenso beruht die Schuldübernahme auf dem Willen des Gläubigers. Indem er sich mit dem Wechsel des Schuldners einverstanden erklärt, entfällt das besondere Schutzbedürfnis und die besondere Schutzwürdigkeit, die zur Aufstellung der Privilegien führten. Der § 418 Abs. 2 steht also in engem Zusammenhange mit dem Erfordernisse der Einwilligung des Gläubigers. Er ist nicht darauf zurückzuführen, daß bei der Schuldübernahme eine neue Forderung begründet wird, sondern auf die eigentümlichen Zwecke der Vorzugsrechte. Er beweist deshalb nichts gegen die Sukzessionstheorie. Als eine wirkliche Durchbrechung der Sukzessionstheorie ist dagegen § 418 Abs. 1 BGB. anzusehen (433). Er ist eine Ausnahmevorschrift, die nur durch wirtschaftliche Erwägungen zu begründen ist. Bei der Erbfolge muß das Interesse des Bürgen usw., beim Wechsel

in der Person des Schuldners frei zu werden, hinter dem Interesse des Gläubigers zurücktreten. Dieser hat sich gegen alle Möglichkeiten schützen wollen und darf deshalb durch den ohne seinen Willen geschehenden Schuldnerwechsel nicht leiden. Bei der Schuldübernahme hängt der Schuldnerwechsel von ihm ab. Deshalb verdient hier das Interesse des Bürgen usw., frei zu werden, den Vorzug. Führt man aber die Forthaftung der Bürgen und Pfänder bei der Erbfolge auf den Gedanken der Nachfolge in die Schuld zurück, so muß man anerkennen, daß bei der Schuldübernahme die Konsequenz der Sukzessionstheorie im § 418 Abs. 1 preisgegeben ist (435/436). **b)** v. Gierke. Der Gläubiger erklärt mit seiner Genehmigung zugleich den bisherigen Schuldner für befreit und den neuen Schuldner für verpflichtet, aber er vollzieht nicht eine besondere Schuldnerentlassung und Schuldnerannahme, sondern erklärt nur die Folgen des von ihm gutgeheißenen Schuldnerwechsels als in Kraft gesetzt. Durch die Genehmigung wird also der Gläubiger keineswegs zum Mitkontrahenten (55). Die Theorien, die eine Ergänzung des zwischen den Schuldnern geschlossenen Vertrags durch einen Vertragsschluß mit dem Gläubiger annehmen, verdunkeln das Wesen der Sondernachfolge in Schuld. Noch weniger aber ist er der wahre Kontrahent, der von dem alten Schuldner nur vertreten würde. (55/57.)

2. Kumulative Schuldübernahme. **a)** v. Gierke. Dadurch, daß sie Eintritt in die alte Schuld ist, unterscheidet sich die kumulative Schuldnachfolge von dem Hinzutritt eines Bürgen oder sonstigen Garantieschuldners. Denn seine Schuld ist nicht die Urschuld, sondern eine neue Schuld mit anderem Inhalte (35). **b)** Reichel, R. **12** 376. Die Verjährungsfrist ist für den Mitübernehmer die gleiche wie für den Urschuldner. Die Verjährungsfrist ist jedoch eine ungleiche dann, wenn ausnahmsweise die Normierung der Frist für den Urschuldner oder den Mitübernehmer mitbestimmt wird durch besondere Umstände, die lediglich in seiner, nicht auch in des Mitschuldners Person gegeben sind (vgl. § 196 Abs. 1 Ziff. 1, 2, Abs. 2 BGB.). Dasselbe dürfte, obschon Zweifel berechtigt sind, auch angesichts des Nachübernehmers (§§ 414, 415) seine Richtigkeit behalten. Hierfür spricht u. a. auch die Erwägung, daß der Schuldübernehmer oft gar nicht wissen wird, ob die Lieferung in den Geschäftsbetrieb (Haushalt) des Urschuldners erfolgt ist oder nicht. Ganz anders dagegen ist die Stellung des Bürgen; denn die Bürgschaftsschuld verjährt ausnahmslos erst in 30 Jahren (§ 195); eine raschere Verjährung kann ihm mithin nur insoweit zustatten kommen, als er sich auf das Verjährtsein der Hauptschuld berufen kann (§ 768). Verjährt also letztere, weil im Gewerbebetriebe des Hauptschuldners begründet, in vier Jahren, so kann auch der Bürge eine kürzere Verjährungsfrist nicht behaupten. **c)** **RG. 78** 40. Im Zweifel ist die kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft zu betrachten. **d)** **RG. 78** 40. In der Mitunterzeichnung einer Urkunde kann nicht ohne weiteres eine kumulative Schuldübernahme gefunden werden, wenn die Urkunde keine ausdrückliche Erklärung des Unterschreibenden enthält, und zwar auch dann nicht, wenn er Veranlassung gegeben haben mag, eine solche kumulative Schuldübernahme vorzunehmen.

3. Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte (307). Ist vereinbart, daß die Raten eines Baudarlehens nicht an den Bauherrn selbst, sondern an einen Dritten als Treuhänder auszuzahlen sind, damit ihre sachgemäße Verwendung zur Förderung des Baues gesichert werde, so hat der Treuhänder die einzelnen Baugläubiger nach Maßgabe ihrer Arbeiten zu befriedigen. Die Gläubiger haben jedoch ohne weiteres kein direktes Klagerecht gegen den Treuhänder, auch nicht unter der Beschränkung auf die Baugelder. § 414 BGB. findet also auf das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Treuhänder ohne besondere Vereinbarung keine Anwendung.

§ 415. 1. **RG.** JW. **12** 683 Nr. 7. Die zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Erwerber des mit der Hypothek für die Schuld belasteten Grundstücks ver-

einbarte Schuldübernahme ist regelmäßig nach ihrem wirtschaftlichen Zwecke eine befreiende Schuldübernahme.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 657. In der Vereinbarung des Inhalts, daß die Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis „sich verpflichten, die auf den Kaufgrundstücken lastenden Hypotheken zu übernehmen", ist nicht nur der (selbstverständliche) Eintritt der Käufer in die dingliche Haftung mit dem Grundstück ausgesprochen, sondern auch die Übernahme der persönlichen Verbindlichkeit des Verkäufers für die den Hypotheken zugrunde liegenden Forderungen enthalten, und die Käufer sind dadurch, solange der Gläubiger nicht die Schuldübernahme genehmigt hat, gemäß § 415 Abs. 3 BGB. dem Verkäufer gegenüber verpflichtet worden, den Gläubiger zu befriedigen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 37. Die Genehmigung der Schuldübernahme kann nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze auch stillschweigend erteilt werden.

4. **RG.** JW. **12** 683 Nr. 7. Ist die Schuldübernahme nicht gemäß § 416 Abs. 1 mitgeteilt, so kann die Genehmigung nicht schlechthin in dem stillschweigenden Verhalten des Gläubigers gefunden werden; es muß vielmehr eine Willenserklärung vorliegen, sei es ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, die als Genehmigung der Schuldübernahme im Sinne des § 415 gedeutet werden kann (**RG. 33** 184, JW. **05** 462 Nr. 9, WarnE. **02** Nr. 67). An eine Frist ist diese Genehmigung nicht gebunden (**RG. 56** 202, **75** 338, JW. **08** 327 Nr. 7), und sie kann mit rechtlicher Wirkung sowohl dem ursprünglichen Schuldner wie dem Übernehmer gegenüber erklärt werden (§ 182 Abs. 1 BGB., JW. **11** 644 Nr. 10).

§ 416. Literatur: Zu der Frage: Empfiehlt sich eine Änderung des im Deutschen Reich und in Österreich geltenden Rechts betr. die aus Anlaß einer Grundstücksveräußerung stattfindende Übernahme einer durch Hypothek gesicherten Forderung durch den Grundstückserwerber? haben Gutachten erstattet: für den 31. DJT. Wellspacher, Oberneck, Litten (Verhdl. I 306, II 395, 942), ferner in DJZ. **12** 1048 Güthe; vgl. ferner Fraeb, Kündigungsrecht des Hyothekengläubigers bei Schuldübernahme des Grundstückserwerbers, R. **12** 160. — Günther, Kann bei Schuldübernahme nach § 416 BGB der Gläubiger die Genehmigung schon vor der Mitteilung verweigern? DJZ. **12** 510.

I. 1. Wellspacher I 366 ff., 408 ist gegen eine Änderung des § 416 (für deutsches Recht).

2. Oberneck 393 ff., 439 empfiehlt, den § 416 durch folgende Bestimmung zu ersetzen: „Hat der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine an dem erworbenen Grundstücke bestehende Hypothek übernommen, und bleibt diese ungeachtet ihrer Kündbarkeit oder Fälligkeit länger als ein Jahr von dem Zeitpunkte der Fälligkeit ab gerechnet stehen, so tritt der Erwerber an Stelle des bisherigen Schuldners in dessen Schuld ein. — Eine dieser Bestimmung entgegenstehende Abrede ist nichtig. — Auf Hypothekenvormerkungen, Grund- und Rentengrundschulden und die sie sichernden Vormerkungen finden Abs. 1 u. 2 entsprechende Anwendung."

3. Litten 442 ff., 511 schlägt folgende Fassung vor: „Der Erwerber eines Grundstücks, der durch Vertrag mit dem Veräußerer eine für dessen Schuld an dem Grundstücke bestehende Hypothek übernimmt, tritt mit seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch auch als persönlicher Schuldner an die Stelle des Veräußerers, wenn nicht der Gläubiger binnen eines Monats seit der Zustellung der im Abs. 2 bestimmten Benachrichtigung Widerspruch erhebt; der Widerspruch ist dem Grundbuchamte schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären. Der Gläubiger kann schon vor Abschluß des Vertrags zwischen Veräußerer und Erwerber auf sein Widerspruchsrecht verzichten; der Verzicht erfolgt durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Veräußerer. — Ist der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so hat das Grundbuchamt den als Gläubiger Eingetragenen im Wege der Zustellung zu benachrichtigen. Benennt der Veräußerer einen anderen als Gläubiger, so hat das Grundbuchamt diesen zu benachrichtigen. Der Veräußerer

ist dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, ihn dem Grundbuchamte zu benennen, wenn der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen ist. Erlangt der Veräußerer vor Ablauf der einmonatigen Frist von einem Übergange der Forderung Kenntnis, so ist er dem neuen Gläubiger gegenüber verpflichtet, ihn dem Grundbuchamte zu benennen. Das Grundbuchamt hat alsdann den neuen Gläubiger zu benachrichtigen. Das Grundbuchamt hat auch den Gläubiger zu benachrichtigen, der ihm vor Ablauf der einmonatigen Frist vom Übergange der Forderung auf ihn Mitteilung gemacht hatte. — Die Benachrichtigung muß den Inhalt des § 416 Abs. 1 Satz 1 und des § 418 enthalten. Die Benachrichtigung unterbleibt, wenn dem Grundbuchamte die im Abs. 1 Satz 2 bezeichnete Verzichtserklärung oder ein gemäß § 414 geschlossener und öffentlich beglaubigter Vertrag eingereicht wird. — Widerspricht der Gläubiger dem Schuldnerwechsel, so ist im Zweifel der Erwerber dem Veräußerer gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. — Die Vorschrift des § 415 findet keine Anwendung; die Vorschrift des § 414 findet mit der Maßgabe Anwendung, daß die Schuldübernahme der öffentlichen Beglaubigung bedarf und erst mit der Einreichung des Vertrags bei dem Grundbuchamte wirksam wird. — Das Grundbuchamt hat den Veräußerer und den Erwerber von dem Zeitpunkte der gemäß Abs. 2 erfolgten Zustellung und von einer rechtzeitigen Widerspruchserklärung des Gläubigers, den Veräußerer von einer gemäß Abs. 5 wirksamen Schuldübernahme zu benachrichtigen."

4. Güthe empfiehlt, den § 416 durch folgende Vorschrift zu ersetzen: „Mit der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke tritt der Erwerber an Stelle des Veräußerers in eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, wenn nicht bei der Hypothek eingetragen ist, daß der Gläubiger sich die Genehmigung der Schuldübernahme vorbehält. Ist ein solcher Vermerk eingetragen, so tritt die gleiche Wirkung dann ein, wenn nicht der Gläubiger innerhalb von drei Monaten nach dem Empfange der Mitteilung des Grundbuchamts von der Eintragung des Eigentumsüberganges dem Grundbuchamt anzeigt, daß er die Schuldübernahme nicht genehmigt. — Die Mitteilung des Grundbuchamts muß schriftlich geschehen und den Hinweis enthalten, daß der Erwerber an die Stelle des Veräußerers tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung der Genehmigung innerhalb der drei Monate dem Grundbuchamt erklärt. Das Grundbuchamt ist zu der Mitteilung verpflichtet."

II. *Fraeb, R. **12** 160—162. Bei vereinbarter sofortiger Einforderbarkeit des Kapitals für den Fall der Veräußerung des Grundstücks muß bei Genehmigung der Schuldübernahme seitens des Gläubigers eine solche des Verkaufs dann erblickt werden, wenn der Gläubiger bei jener nicht erklärt, daß er von dem Rechte, die Schuld sofort einzufordern, Gebrauch machen wolle. Dies trifft namentlich bei der fingierten genehmigten Schuldübernahme des § 416 zu. Der durch das in das freie Belieben des Gläubigers gestellte sofortige Kündigungsrecht hervorgerufene Zustand der Rechtsunsicherheit muß sein Ende erreichen, sobald der Gläubiger sich durch rechtsverbindliche Erklärung, sei es für, sei es gegen die Ausübung seiner Kündigungsbefugnis entschieden hat (vgl. zu §§ 135, 136 betr. Berufung der durch Veräußerungsrecht Geschützten auf sein Schutzrecht; im Gegensatze hierzu handelt es sich z. B. beim Rangvorbehalt um ein Zustandsrecht, vgl. hierüber § 881). Eine solche Erklärung kann insbesondere auch durch konkludente Handlung, z. B. durch vorbehaltlose Annahme der Zinszahlungen erfolgen. Nach den Bestimmungen der §§ 133, 157 BGB. darf das dem Gläubiger eingeräumte Recht nicht zu einem völlig in seine Willkür gestellten Schwebezustande führen, vielmehr muß er es binnen eines Zeitraums ausüben, der nach dem gewöhnlichen Verlaufe zur Übermittelung seiner Erklärung ausreicht. Durch den einmal eingetretenen Verkaufsfall ist die Forderung keinesfalls zu einer jederzeit rückforderbaren geworden. An sich würde

der Anspruch auf sofortige Bezahlung der Schuld durch einmalige Ausübung erlöschen; dasselbe würde zu gelten haben, wenn auf den Anspruch verzichtet wird. Ein Verzicht auf die sofortige Einforderbarkeit liegt aber bei einmal genehmigter Schuldübernahme nicht vor, sondern nur die Genehmigung des Überganges der Schuld auf den Erwerber unter Aufrechterhaltung des bedingten sofortigen Einforderungsrechts des Gläubigers dem neuen Eigentümer gegenüber. Erst wenn der Gläubiger einmal seinem seitherigen Schuldner gegenüber durch Erklärung bei Eintritt der Bedingung des Eigentumswechsels die alsbaldige Auszahlung angefordert und damit gemäß § 315 BGB. die Leistung bestimmt hat, ist der Anspruch durch Ausübung erloschen, mag nun seine Erfüllung vom Gläubiger betrieben oder aber darauf verzichtet werden.

III. *Günther, DJZ. **12** 510 f. Auch eine vor der Mitteilung der Schuldübernahme ausgesprochene Verweigerung der Genehmigung beseitigt die Fiktion des § 416 BGB.

IV. **RG.** R. **12** Nr. 2021. Die besonderen Bestimmungen des § 416 BGB. beziehen sich nur auf den Fall, daß der Gläubiger sich schweigend verhält; erklärt er sich dagegen und handelt es sich darum, ob diese Erklärung von Wirksamkeit ist, so ist § 416 BGB. außer acht zu lassen und lediglich § 415 BGB. in Betracht zu ziehen (**RG. 63** 42; RGRKomm. § 416 Anm. 1).

V. **RG.** R. **12** Nr. 1589. Die Erklärung des Gläubigers, „das Geld stehen zu lassen", kann als Genehmigung der Schuldübernahme genügen.

VI. **RG.** JW. **12** 1102 Nr. 3. Steht ein Grundstück im Miteigentume mehrerer, so können die Miteigentümer gemäß § 747 Satz 2 BGB. das gemeinschaftliche Grundstück im ganzen allerdings nur gemeinschaftlich veräußern. Aber ein jeder von ihnen ist Veräußerer im Sinne des § 416 BGB., da er sich seines Eigentumsrechts an dem Grundstück entäußert. Ist nur einer der Veräußerer persönlicher Schuldner einer Hypothekenforderung und übernimmt der Erwerber durch Vertrag mit ihm die Schuld, kann nur er als der Veräußerer gelten, von dem die Mitteilung von der Schuldübernahme an den Gläubiger nach Maßgabe des § 416 BGB. auszugehen hat. Sind die veräußernden Miteigentümer Gesamtschuldner der Hypothekenforderung und hat der Erwerber durch Vertrag mit ihnen allen die Schuld übernommen, so sind sie sämtlich für die Hypothekenschuld persönlich haftende Veräußerer im Sinne des § 416 BGB. Machen sie dem Hypothekengläubiger gemeinschaftlich von der Schuldübernahme Mitteilung, so können sie nach Maßgabe dieser Vorschrift alle zugleich von ihrer Schuld frei werden. Jedoch kann auch der einzelne Veräußerer für sich allein vorgehen, um sich von der Hypothekenschuld zu befreien.

§ 417. 1. Knoke aaO. Im Falle des § 91 ZVG. kann der § 417 BGB. nicht angewendet werden. Unmöglich können dem Gläubiger, der die sichere Aussicht hatte, aus dem Bargebote befriedigt zu werden, deshalb, weil er sich auf das Stehenbleiben der Hypothek eingelassen hatte, hinterher Einwendungen aus der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung entgegenstehen.

2. **RG.** WarnE. **12** 330. Der Gesetzgeber hat durch die Vorschrift des § 417 absichtlich den Übernahmevertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner (dem Schuldübernehmer) von der Gültigkeit und dem Bestande des Grundgeschäfts unabhängig machen wollen, indem er erwog, daß der Gläubiger an dem Abschlusse des Grundgeschäfts nicht beteiligt ist, auf diesen keine Einwirkung hat und darum nicht der Gefahr ausgesetzt werden darf, durch eine Anfechtung des Grundgeschäfts seine Ansprüche gegen den Schuldübernehmer zu verlieren, zumal mit der Annahme des neuen Schuldners durch den Gläubiger gleichzeitig der Verlust des alten Schuldners verknüpft ist.

3. R. **12** Nr. 732 (Stuttgart). Hat der Gläubiger dem Schuldner Stundung

nur für dessen Person gewährt, so kann sich der spätere Übernehmer der Schuld auf diese Stundung — ungeachtet § 417 Abs. 1 BGB. — nicht berufen.

§ 418. 1. Knoke aaO. Nur die bestellten Pfandrechte erlöschen, die gesetzlichen bleiben bestehen. Dasselbe gilt von den gesetzlichen Bürgschaften (436). Die verschiedene Behandlung der bestellten und der gesetzlichen Pfandrechte ist darauf zurückzuführen, daß der Besteller eines Pfandrechts auf die Person des Schuldners vertraut; wer ein Pfand für eine fremde Schuld bestellt, kreditiert dem Schuldner, und auch wer für seine eigene Schuld ein Pfand gibt, verläßt sich auf seine eigene Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit als Schuldner. Dieses Moment des Vertrauens fällt bei den gesetzlichen Pfandrechten weg, die ganz unabhängig vom Willen des Pfandeigners eintreten, und deshalb ist es gerechtfertigt, in diesem Falle auch bei der Schuldübernahme dem Interesse des Gläubigers den Vorzug zu geben und in strenger Konsequenz der Sukzessionstheorie das Pfandrecht bestehen zu lassen. Die gleichen Erwägungen führen zum Fortbestande der gesetzlichen Bürgschaften (§§ 571, 1251 BGB.) im Falle der Schuldübernahme. Auch sie entstehen unabhängig vom Willen des Bürgen. Zudem ist zu beachten, daß der ursprüngliche Vermieter auch für den dritten und späteren Erwerber des Grundstücks haftet, auf dessen Auswahl er keinen Einfluß hat. Durch die Haftung für den Schuldübernehmer wird ihm aber keine härtere Haftung auferlegt als für den späteren Erwerber. Der Fortbestand der gesetzlichen Bürgschaften und Pfandrechte erscheint vom Standpunkte der Sukzessionstheorie aus nur konsequent (437/438).

2. Knoke aaO. 442. § 418 BGB. ist auf den Vertrag nach § 91 ZVG. unanwendbar.

3. v. Gierke aaO. Der Einwilligung ist nach richtiger Ansicht die Genehmigung gleichzustellen (Enneccerus § 309 Anm. 8, Oertmann Bem. 3; dagegen Planck Bem. 1, Schollmeyer Bem. 2 a, Strohal 350 Anm. 164). Es liegt aber kein Grund vor, der Genehmigung hier die ihr nach §§ 184 u. 185 zukommende Kraft zu versagen. Natürlich muß sie erteilt sein, bevor die Zustimmung verweigert war. Man wird § 415 analog anwenden dürfen (59).

§ 419. Literatur: Asch, Rechtsbehelfe des Gläubigers bei Rechtsgeschäften des Schuldners zum Nachteil des Gläubigers, JW. **12** 65 ff. — Beyersdorff, Übernahme eines Vermögens. Gött. Diss. 1911. — Boschan, Sicherungsübereignung und § 419 BGB., R. **12** 425 ff. — v. Gierke, Schuldnachfolge und Haftung (Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand v. Martitz. Berlin 1911.).

I. Allgemeine Bedeutung. 1. v. Gierke, Die gesetzliche Schuldübernahme ist eine kumulative. Der alte Vermögensherr haftet nicht bloß in bisheriger Weise fort, sondern bleibt auch Schuldner (63). Im Verhältnisse des Veräußerers und des Erwerbers zueinander entscheidet lediglich der schuldrechtliche Vertrag darüber, inwieweit dieser jenem zur Schuldbefreiung verpflichtet ist. Der Regel nach wird in der Vermögensübernahme zugleich eine generelle Schulderfüllungsübernahme zu finden sein (64). Im Falle der Zuwendung des Vermögens durch Stiftungsgeschäft unter Lebenden ist auch dann, wenn das Zuwendungsgeschäft nicht als Vertrag aufgefaßt wird, § 419 entsprechend anzuwenden. — Die Vorschriften des § 419 haben den Fall im Auge, daß jemand „das Vermögen eines anderen" übernimmt. Darunter kann nur das Gesamtvermögen einer Person verstanden werden. Zweifellos aber nicht bloß das Vermögen einer Einzelperson, sondern auch das einer Verbandsperson (65). Man ist einig, daß ein auf Übertragung des Vermögens im ganzen gerichteter Vertrag seine Natur nicht ändert, wenn einzelne Vermögensgegenstände ausgenommen werden. Auf der anderen Seite aber muß auch die vertragsmäßige Übernahme einzelner Vermögensgegenstände dann die Wirkungen des § 419 auslösen, wenn sie tatsächlich Vermögensübernahme ist. Dies ist der Fall, wenn sie sich auf sämtliche einzelne Vermögensgegenstände erstreckt,

aber auch dann schon, wenn sie die Überführung des Vermögens in seinem wesentlichen Bestande erwirkt. Im Anschluß an die geschichtliche Entwickelung werden namentlich vielfach Gutsübernahmeverträge dahin zu rechnen sein. Auch die Vornahme der Vermögensübertragung durch mehrere zeitlich getrennte Verträge steht der Anwendung des § 419 nicht entgegen. Somit kommt es, sobald Vermögensübertragung stattgefunden hat, auch nicht darauf an, ob ein Verpflichtungsvertrag in der nach § 311 erforderlichen Form geschlossen ist (66). Abgesehen vom Erbschaftskauf (§§ 2382—2384), enthält das BGB. keine Bestimmungen über Schuldnachfolge und Haftung bei vertragsmäßigem Erwerb eines Sondervermögens. Es muß aber bei einem solchen unbedingt die entsprechende Anwendung des § 419 gefordert werden. Denn die Vorschrift des § 419 ist keineswegs, wie Planck und andere hiergegen einwenden, „durchaus singulärer Natur". Sie ist vielmehr der Ausfluß eines Prinzips, das überall da, wo die Zugehörigkeit bestimmter Schulden zu einem Sondervermögen irgendwie rechtlich ausgeprägt ist, erst recht Platz greifen muß (68). Somit ist stets, wenn ein Sondervermögen als solches vertragsmäßig übertragen wird, ohne daß eine Gesamtnachfolge stattfindet, die Vorschrift des § 419 entsprechend anzuwenden. Die Sondervermögensschulden gehen kraft zwingenden Rechtssatzes auf den neuen Vermögensherrn über. Seine Haftung aber beschränkt sich auf den Bestand des Sondervermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Schuld und Haftung des bisherigen Vermögensherrn bleiben unberührt (69). Durch die §§ 25, 28 HGB. wird § 419 nicht ausgeschlossen, sondern nur ergänzt. Er gilt also als Mindestvorschrift dann, wenn der Tatbestand der handelsrechtlichen Normen nicht erfüllt ist (72 ff.). In dem Falle, daß das Geschäft einer Handelsgesellschaft von einem bisherigen Gesellschafter als Einzelkaufmann übernommen wird, ist für die entsprechende Anwendung des § 419 BGB. dann kein Raum, wenn die Übernahme des Geschäfts einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft durch einen Gesellschafter gemäß § 152 HGB. „mit Aktiven und Passiven" erfolgt. Denn dann kann zwar von einem Fortbestande der Gesellschaft nicht die Rede sein. Allein infolge der gesetzlichen Bestimmung, daß auf die Auseinandersetzung die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, tritt nach der in der Praxis durchgedrungenen Meinung kraft Anwachsung des Anteils des ausgeschiedenen Gesellschafters Gesamtnachfolge des Übernehmers in das Vermögen der erloschenen Gesellschaft ein. Dagegen wird, wenn ein Gesellschafter das Geschäft auf anderem Wege unter Ausschließung der Gesamtnachfolge erwirbt, das unabwendbare Minimum der eintretenden Passivsukzession genau so durch § 419 BGB. bestimmt, wie im Falle der Veräußerung eines Handelsgesellschaftsgeschäfts an einen Dritten (78/79).

2. *Beyersdorff. Die Anwendung des § 419 setzt einen gültigen Übernahmevertrag voraus. Die Nichtbeachtung der Formvorschrift des § 311 bei Übernahme des Vermögens schließt die Haftung des Vermögenserwerbers dann nicht aus, wenn den Übernahmeparteien, insbesondere dem Erwerber bei Übernahme des Vermögens das Bewußtsein, daß es sich um ein ganzes Vermögen handelt, fehlt. Das Anwendungsgebiet des § 419 geht also über das des § 311 hinaus, obwohl nicht so weit, wie **RG. 69** 420 will (45—50). Bei einer auf Nichtbeachtung des § 311 beruhenden Formnichtigkeit des Vertrags beginnt die Haftung des Erwerbers erst mit dem Vollzuge des Vertrags, also mit der Übereignung sämtlicher oder doch der wichtigsten Vermögensbestandteile (111). § 419 muß auch dann gelten, wenn das übernommene Vermögen nur aus einem Gegenstande besteht (50). — Ob § 419 bei Übertragungen von Sondervermögensmassen anwendbar ist, läßt sich wegen der verschiedenartigen Natur der einzelnen Sondervermögensarten nicht allgemein entscheiden. Bei der Übertragung des Vermögens einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft und eines nicht rechtsfähigen Vereins erscheint die analoge Anwendung des § 419 geboten. Die Übernahme

eines Handelsvermögens dagegen hat im § 25 HGB. eine völlig ausreichende Sonderregelung erhalten, durch die die Anwendung des § 419, soweit nicht das Handelsvermögen mit dem ganzen Vermögen des Veräußerers identisch ist, ausgeschlossen wird (80—88).

II. Sicherungsübereignung und § 419. 1. *Boschan, R. **12** 425. Bei einem Sicherungskauf oder einer Sicherungsübereignung gilt, sofern es sich um die Übereignung eines ganzen Vermögens im Sinne des § 419 BGB. handelt, im Verhältnisse zwischen dem Sicherungserwerber und den Gläubigern des Veräußerers die Forderung des Sicherungserwerbers als nicht erloschen, im Gegenteil ist der Sicherungserwerber von vornherein denjenigen Gläubigern gleichzustellen, zu deren Befriedigung er etwa nach dem entsprechend zur Anwendung kommenden § 1991 Abs. 3 BGB. zu verurteilen sein sollte (Komm. v. RGR. Anm. 2 zu § 1991). Er darf sich deshalb vor ihnen aus dem übernommenen Vermögen befriedigen und ist daher berechtigt, die Herausgabe der hierzu zu verwendenden Vermögensbestandteile zu verweigern, mindestens braucht er diese Gegenstände nur Zug um Zug gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung dem Gläubiger herauszugeben (§§ 273, 274 BGB.). Der § 419 BGB. gewährt hiernach Dritten Schutz gegen die Wirkungen der Sicherungsübereignung nur soweit, als der Wert der übereigneten Sachen den Betrag der zu sichernden Forderung übersteigt, denn nur insoweit hat der Gläubiger auf Befriedigung wegen seiner Forderung zu rechnen.

2. *Asch, JW. **12** 65 ff. § 419 BGB. findet auf den typischen Fall der Sicherungsübereignung Anwendung, in dem der Schuldner seine gesamte Habe dem Gläubiger zur Sicherheit übereignet. Der Nachweis, daß eine Übertragung des gesamten Vermögens vorliegt, wird leicht durch die Bescheinigung der fruchtlosen Zwangsvollstreckung erbracht, der gegenüber der Vermögenserwerber darzutun und nachzuweisen hat, daß der Schuldner zur Zeit der Vermögensübertragung noch andere Gegenstände als die übereigneten besessen habe. § 419 Abs. 2 BGB., der die Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt, gibt eine praktisch wertvolle Einrede für den Interventionsprozeß, da der Kläger nicht dieselben Gegenstände der Zwangsvollstreckung entziehen darf, die er nach § 419 Abs. 2 BGB., § 786 ZPO. den Beklagten zur Zwangsvollstreckung bereit stellen muß. Der Rechtsbehelf des § 419 BGB. ähnelt also in seinen Rechtsfolgen der erfolgreichen Anfechtung, ohne aber das Vorliegen einer fraudulosen Handlung und eines vollstreckbaren Titels zur Voraussetzung zu haben. Eine weitere Handhabe für zahlreiche Interventionsprozesse bietet die **RG.** Entsch. JW. **11** 324, nach der § 826 und somit auch § 138 BGB. durchgreift, sobald in dem Schuldner eine wirtschaftliche Existenz geschaffen ist, deren schädigende Einwirkung auf den redlichen Geschäftsverkehr der Gegenpartei von vornherein hätte klar sein müssen. Die Entscheidung ist insbesondere auch gegen gewisse Machenschaften, die in letzter Zeit den Geschäftsverkehr schwer geschädigt haben, anwendbar. In der JW. **12** 347 veröffentlichten **RG.** Entsch. hat das RG. die Wirksamkeit der Einrede aus § 419 BGB. gegenüber Interventionsklagen anerkannt. Aus dem Wortlaute der Veröffentlichung, wie dem Urt. des RG. ist zwar nicht erkennbar, daß es sich bei der Entscheidung auch um eine Sicherungsübereignung handelt. Der Entscheidung liegt aber nach dem Tatbestande des RG. der schriftliche Vertrag vom 4. Februar 1909 zugrunde, der nach dem klaren Wortlaute seines § 2 („zur Sicherung .... überträgt die Gewerkschaft") und dem unstreitigen Tatbestande der Vorinstanzen (LG. Hannover 3. O. 308/09 und OLG. Celle 2. U. 15/10) eine Sicherungsübereignung darstellt.

3. Bedeutung für den Interventionsprozeß. **RG.** WarnE. **12** 171. Dem Übernehmer ist es nicht gestattet, gegenüber einem Gläubiger des Übergebers, der auf Grund eines gegen diesen erwirkten Titels in dessen Gewahr-

sam befindliche Gegenstände hat pfänden lassen, sich zur Beseitigung dieser Zwangsvollstreckung auf einen Eigentumsübertragungsakt zu berufen, durch den er selbst, wenn auch nur obligatorisch, verpflichtet worden ist, dieselben Gegenstände dem Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wieder zur Verfügung zu stellen.

III. Begriff des Vermögens. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 71 Nr. 25. Vermögen im Sinne des § 419 bedeutet nur das Aktivvermögen, und die Haftung des Übernehmers für die Schulden des Überlassers tritt auch dann ein, wenn die Übernahme ausdrücklich ausgeschlossen ist (vgl. **RG. 69** 287).

2. **RG.** BayRpflZ. **12** 18. Die Haftung des Übernehmers wird durch den Umfang der Gegenleistungen nicht berührt (**RG. 69** 287). Das Gesetz will, daß die Gläubiger da ihre Befriedigung suchen können, wo die Vermögensmasse geblieben ist. Der Übernehmer darf verlangen, daß seine Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt werde. Im übrigen ist es seine Sache, sich gegen die ihm von den Gläubigern des Veräußerers drohende Gefahr zu schützen. Es kommt demnach nicht darauf an, ob die Gegenleistung dem Vermögen gleichwertig war.

IV. Bewußtsein des Übernehmers. R. **12** Nr. 2023 (Stuttgart). Die Haftung aus § 419 BGB. setzt voraus, daß der Erwerber beim Vertragsabschlusse sich bewußt war, daß der andere Teil sein ganzes Vermögen überträgt.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Vorbemerkung: Die Entscheidungen des **RG.** bei Ziff. I 1 und II 2 zu § 426 enthalten wichtige Grundsätze über das Wesen des echten und des unechten Gesamtschuldverhältnisses.

§ 420. KGJ. **41** 243. Bezahlt einer der Miteigentümer die auf dem ganzen Grundstücke haftende Hypothek, so erwirbt, wenn er namens aller Miteigentümer zahlt, jeder Miteigentümer einen der Höhe seines Miteigentumanteils entsprechenden realen Teil der Hypothek. Zahlt der Miteigentümer nur im eigenen Namen, so erwirbt er die Hypothek in voller Höhe auf seinem Anteil und im Falle des Bestehens eines Rückgriffsrechts auch auf dem Anteile des Rückgriffsverpflichteten.

§ 421. Literatur: Josef, Goertz, Eckstein, Die Schadensersatzpflicht verbundener Rechtsanwälte, JW. **12** 511, 629; SeuffBl. **12** 427. — Heß, Verpflichtungsgeschäfte über Gesamtgut, besonders die sog. Gesamthandsschuld, ErlDiss. **11**. — Puntschart, Schuld und Haftung im geltenden deutschen Rechte, GoldschmidtsZ. **71** 297 ff.

I. Puntschart. 1. Mehrheit von Schuldnern. Bei der Gesamtschuldnerschaft (§§ 421 ff. BGB.) besteht, wie ein gläuberisches Bekommensollen, so schließlich bloß eine Schuld. Im Stadium der Unentschiedenheit ist das Sollen der eine Gesamtheit bildenden Personen positiv noch unwirksam. Hat sich der Gläubiger für eine Person als Schuldner entschieden, dann soll diese Person auch mit positiver Wirkung leisten. Das Sollen der übrigen Personen fällt in diesem Zeitpunkte fort. Jeder „Gesamtschuldner“ haftet, bei der Gesamtschuld nach dem Gesamthandprinzipe. Bei der Teilschuldnerschaft (§ 420) gibt es so viele, im Zweifel gleich große Schulden und so viele Haftungen, als Personen die passive Seite ausmachen. 2. Mehrheit von Gläubigern. Bei der Gesamtgläubigerschaft (§§ 428 ff. BGB.) und bei der Teilgläubigerschaft (§ 420) findet das Gesagte analoge Anwendung auf die aktive Seite. Es liegt eine Schuld und eine Haftung vor.

II. 1. *Heß. Das BGB. kennt bei Gesamthandsverhältnissen zwar eine besondere Art des Forderungsrechts der mehreren Gesamthändergläubiger, dagegen keine besondere Kategorie der Schuldnerverpflichtung: Der Umstand, daß der Gegenstand der von mehreren Schuldnern geschuldeten Leistung der gesamthänderischen Verfügung aller Schuldner unterliegt, begründet nicht eine sog. „Gesamthandsschuld“ [wie sie z. B. das PrALR. § 450 I. 5 kannte]

der sich zur Leistung aus gesamthänderisch gebundenem Vermögen Verpflichtenden, d. h. es steht dem einzeln verklagten Schuldnergesamthänder nicht die Einrede mangelnder Passivlegitimation zu, er ist nicht wirklich „notwendiger" Streitgenosse im Sinne mangelnder alleiniger Sachlegitimation; die Gesamthänderschuldner haften nicht ohne weiteres unter Beschränkung auf das Gesamthandsvermögen; zur Vollstreckung ist nicht ein gegen die Gesamthänder als solche gerichteter einheitlicher Titel erforderlich. 1. Auszugehen ist davon, in welchem Verhältnisse die Schulden zum Vermögen stehen (70 ff.), da es sich um den Einfluß einer Verbundenheit der Subjekte auf eine unter denselben bestehende Vermögensgemeinschaft handelt. Der Verf. kommt zur Ansicht, daß die Schulden nicht Vermögensbestandteile sind, daß folglich von der gesamthänderischen Gebundenheit des „Vermögens" noch nicht auf eine gesamthänderisch gebundene Schuldverpflichtung der zur Leistung aus Gesamtgut verpflichteten Gesamthänder geschlossen werden kann (74). 2. Auch das positive Recht gibt keinen Anhaltspunkt zur Annahme einer „Gesamthandsschuld", weder einer sog. „reinen" noch einer „modifizierten", d. h. neben der Solidarhaft der Gemeiner bestehenden (74 ff.); die Vorschriften über Schuldnermehrheit (§§ 420—432 BGB.) kennen sie nicht; § 431 BGB. insbesondere spricht direkt dagegen. Auch die Vorschriften über die Sondervermögen der Gesamthänder (Gesellschaft 77 f., 82 f.), Gütergemeinschaft (84 ff.), Erbengemeinschaft (86 ff.) ergeben nichts für die Annahme einer Gesamthandsschuld; eine „modifizierte" Gesamthandsschuld ist ein widerspruchsvoller Begriff (79). Das Verhältnis zwischen Gesamthandsschuld und der angeblich daneben bestehenden Solidarschuld ist undefinierbar (80 f.). 3. Auch eine vereinbarte Beschränkung der Haftung auf Gesamthandsvermögen (89 ff.), die zulässig ist, vermag das Wesen der Schuldnerverpflichtung, den Inhalt der Verbindlichkeit nicht im Sinne einer „Gesamthandsschuld" umzuändern (94 f.), weil die Obligation niemals dadurch, daß in concreto ein Sondergut das Haftungsobjekt bildet, eine Wesensänderung erleiden kann. 4. Auch die Bestimmungen der §§ 736, 743 ZPO. berechtigen nicht zur Annahme, daß das moderne bürgerliche Recht eine „Gesamthandsschuld" kennt (95 ff.).

2. Josef, JW. **12** 511. Wenn Rechtsanwälte sich zur Ausübung des Berufs verbinden, so liegt zwar, da jeder den Beruf selbständig ausübt, keine Gesellschaft vor; wohl aber liegt in der Verbindung die öffentliche Erklärung, daß, wie die Anwälte durch ihre Tätigkeit gemeinschaftlich Erwerb suchen, jeder von ihnen auch gesamtschuldnerisch für Verschulden des anderen haften wolle. Hiergegen Goertz, JW. **12** 629, Eckstein, SeuffBl. **12** 427.

3. R. **12** Nr. 2198 (Hamburg). Ein sog. echtes Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421 BGB. wird nicht dadurch begründet, daß für denselben Schaden der eine aus einem kontraktlichen Verhältnisse (Miete), der andere wegen unerlaubter Handlung haftet.

§ 422. 1. **RG.** JW. **12** 1102 Nr. 3. Die §§ 422—425 BGB. treffen Bestimmung darüber, ob und inwieweit Tatsachen, die in der Person eines Gesamtschuldners eintreten, auch für oder gegen die übrigen Gesamtschuldner wirken; insbesondere bestimmt § 423, daß ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß auch für die übrigen Schuldner wirkt, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. Daraus erhellt, daß ein Schuldner deswegen, weil neben ihm noch andere als Gesamtschuldner für die Schuld haften, nicht behindert ist, für sich allein Maßnahmen zu treffen, um sich von seiner Schuld zu befreien, und daß es zur Wirksamkeit der Maßnahmen nicht der Zuziehung der übrigen Gesamtschuldner bedarf. Dies muß auch dann gelten, wenn mehrere Grundstücksveräußerer Gesamtschuldner einer Schuld sind, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, und auf Grund der Schuldübernahme durch den Erwerber

die Befreiung von seiner Schuld an den Hypothekengläubiger die im § 416 BGB. vorgesehene Mitteilung von der Schuldübernahme ohne Zuziehung der anderen Gesamtschuldner zu bewirken (s. VI zu § 416).

2. **RG. 79** 148. Ist bei einer Körperverletzung der Täter im Strafverfahren zu einer Buße verurteilt, so ist der neben dem Täter haftende Dritte von seiner Verbindlichkeit insoweit befreit, als durch die Zahlung der Buße gleichzeitig eine Tilgung des Rentenanspruchs eingetreten ist. Es bedarf dann allerdings einer besonderen Berechnung, für welchen Zeitraum durch die Zahlung des Kapitals der dem Gläubiger sonst zustehende Rentenanspruch getilgt wird.

§ 425. **RG.** LeipzZ. **12** 754. Daß für den einen Mitbürgen ein erhebliches Interesse daran bestehen kann, ob der andere neben ihm haftet oder nicht, liegt auf der Hand. Aus dieser Interessenlage kann aber noch nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß mangels besonderer Vereinbarung jeder der Mitbürgen zum anderen in einem der Gesamthaftung entfließenden vertretungsartigen Verhältnisse stände, kraft dessen entgegen der Regel des § 425 BGB. die von einem erklärte Kündigung auch als solche des anderen gelten könnte. Eine solche Abweichung von dieser Regel kann weder aus dem Verhältnisse der Mitbürgen zueinander noch aus dem der einzelnen Mitbürgen zum Gläubiger entnommen werden. Daß der eine Mitbürge sich nur im Vertrauen auf die Mithaftung des anderen verbürgt hat, wird unter Umständen dazu führen können, die Haftung jenes insoweit nur als bedingt anzusehen und etwaige Ansprüche daraus wegen des Wegfalls der Haftung des anderen abzuweisen. Im übrigen aber handelt derjenige, der neben einem anderen die Bürgschaft für einen Hauptschuldner übernimmt, wie jener auf seine Gefahr, und an sich besteht kein Anhalt dafür, daß der andere irgendwie dazu berufen wäre, um den Bestand der Haftung des Mitverpflichteten Sorge zu tragen . . . Will der eine Mitbürge sich gegen die Möglichkeit sichern, daß ohne sein Wissen die Haftung des anderen zufolge Kündigung wegfällt, so wird er hierwegen besondere Vereinbarungen treffen müssen. Eine solche aber kann aus der Tatsache allein, daß die beiden Mitbürgen sich in einer Urkunde verbürgt haben, noch nicht entnommen werden.

§ 426. I. Wesen und Wirkung des echten Gesamtschuldverhältnisses. 1. **RG. 79** 288. Die Vorschrift des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB. bezieht sich nicht nur auf die der Befriedigung des Gläubigers nachfolgende Ausgleichung, sondern die Rechtsgemeinschaft unter den Gesamtschuldnern besteht von vornherein und hat, wie die Mot. 2, 169 hervorheben, die Bedeutung, daß jeder dem anderen gegenüber verpflichtet ist, seinem Anteil entsprechend zur Befriedigung des Gläubigers mitzuwirken, also bei Fälligkeit der Schuld einen seinem Anteil entsprechenden Betrag an den Gläubiger zu zahlen, und dadurch so zu handeln, daß es überhaupt nicht zu einem Rückgriffe zu kommen braucht. Eine solche Rechtsgemeinschaft besteht allerdings nicht in den Fällen der sog. unechten Solidarität, wo mehrere Personen lediglich zufällig und ohne inneren Zusammenhang gleichartige Leistungen einem und demselben Gläubiger in der Weise schulden, daß der wirtschaftliche Zweck der Schuldverpflichtungen durch einmalige Leistung an den Gläubiger erreicht wird und deshalb der Gläubiger nur einmal Zahlung verlangen kann (vgl. **RG. 61** 60, **67** 130). — Wenn der Gesamtschuldner mit Erfüllung der Verpflichtung, seinen Anteil zu zahlen, in Verzug geraten ist, so hat er gemäß § 286 BGB. dem Kläger den ihm durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen. Abzulehnen ist die in OLG. 8 53 (vgl. auch Planck [3] zu § 426 Bem. 1 aE.) vertretene Meinung, daß diese Schadensersatzpflicht sich auf den Ersatz der durch stärkere Heranziehung des anderen Gesamtschuldners diesem entstandene Mehrbelastung beschränke, während sich die Frage, ob auch sonstige nachteilige Folgen, z. B. das Ausbleiben der Leistung des Gläubigers, von dem säumigen Gesamtschuldner zu vertreten seien, nach dem besonderen zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnisse richte. Diese

Meinung findet im Gesetze keine Grundlage. Sie würde zu der, wie oben dargelegt, dem Gesetze nicht gerecht werdenden Auffassung zurückführen, daß die aus § 426 Abs. 1 sich ergebende anteilsmäßige Verpflichtung der Gesamtschuldner untereinander sich auf Erstattung dessen beschränke, was ein Gesamtschuldner über seinen Anteil hinaus an den Gläubiger geleistet hat. Diese Verpflichtung ist vielmehr in ihrem ganzen Umfang eine den gewöhnlichen Regeln folgende Schuldverbindlichkeit im Sinne des BGB., die auch durch Klage verfolgbar ist (vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht [4] II Abt. 1 § 164 III 1). Die allgemeinen Regeln des BGB. über die Schadensersatzpflicht im Falle des Verzugs müssen also auch hierauf Anwendung finden. Eine andere Frage ist, ob im Falle der Säumnis eines Gesamtschuldners ein nach Lage der Umstände die Schadensersatzpflicht ganz oder teilweise ausschließendes Mitverschulden des anderen Gesamtschuldners gemäß § 254 Abs. 2 BGB. etwa darin gefunden werden kann, daß er unterlassen hat, den Schaden dadurch abzuwenden, daß er seinerseits die ganze Schuld bezahlte.

2. **RG.** JW. **12** 746 Nr. 9. Mitbürgen haben einen Ausgleichungsanspruch untereinander auch dann, wenn die Bürgschaften selbständig zu verschiedenen Zeiten übernommen sind.

II. Unechtes Gesamtschuldverhältnis. 1. **RG. 77** 317, 323. Zu der Theorie vom unechten Gesamtschuldverhältnisse hat das RG. eine endgültige Stellung noch nicht genommen. Geht man davon aus, daß es einer Gemeinschaft unter den mehreren Schuldnern bedarf, um die Vorschriften über die Gesamtschulden, insbesondere die Ausgleichsregeln des § 426 zur Anwendung zu bringen, so wird man die Gemeinschaft mit Enneccerus, BürgR. § 313, als Zweckgemeinschaft aufzufassen haben. Der erkennende Senat hat sich ferner schon dagegen gewandt, ein wahres Gesamtschuldverhältnis bloß aus dem Grunde zu verneinen, weil der eine Schuldner ein abstraktes Versprechen gegeben hat (**RG. 70** 410). Auch der Umstand, daß der eine aus Vertrag, der andere aus Delikt haftet, schließt die Gemeinschaft, um die es sich hier handelt, nicht notwendig aus.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 583. Die auf Grund des HaftpflG. für die Folgen eines Straßenbahnunfalls verantwortlich gemachte Straßenbahngesellschaft hat einen Ausgleichungsanspruch gegen den Vater des verletzten Kindes, wenn dieser durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht den Schaden mitverursacht hat und diese Pflichtversäumung nach Lage des Falles gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt.

III. Ausgleichung. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2522. Ist das Verschulden mehrerer als Gesamtschuldner auf Schadensersatz Haftenden ein ungleiches, so kann dies bei der Auseinandersetzung der Gesamtschuldner berücksichtigt werden.

2. **RG.** DJZ. **12** 401. Zwischen dem Frachtführer A., der einen überseeischen Transport übernommen hat, und dem Frachtführer B., dem A. den Transport vom Kai zum Schiffe übergeben hat, besteht ein echtes Gesamtschuldverhältnis. Der Ausgleichungsanspruch des A. gegen B. geht nicht nach der Regel des § 426 Abs. 1 BGB. auf die Hälfte. Diese Regel gilt nur „soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Diese anderweitige Bestimmung ergibt sich aus dem Vertrage der Parteien (vgl. **RG. 75** 256). Hiernach kann A. gegen B. auf das Ganze Regreß nehmen. Dem steht auch die Verjährung der Vertragsrechte nicht entgegen, „da der Vertrag nur die Funktion erfüllt, den Inhalt des gesetzlichen Ausgleichsverhältnisses zu bestimmen".

3. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 583. Die grundsätzlichen Ausführungen in **RG. 75** 251 über die entsprechende Anwendbarkeit des § 254 für die Bestimmung des Haftungsverhältnisses sind nicht auf die Fälle zu beschränken, in denen dem einen Gesamtschuldner die Verletzung einer Vertragspflicht gegen den anderen zur Last fällt. Eine, von der Hilfsregel des § 426 BGB. über die gleichmäßige Verteilung des

Schadens abweichende, „ein anderes bestimmende", gesetzliche Regelung darf gerade in dem Grundsatze des § 254 BGB. gefunden werden.

4. **RG.** JW. **12** 240 Nr. 7. Hat ein Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft Aufwendungen aus seinem Vermögen gemacht, so hat er während der Dauer der Gesellschaft seine Befriedigung in erster Linie aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen. Den einzelnen Mitgesellschafter persönlich kann er zum mindesten so lange nicht in Anspruch nehmen, als nicht die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen fruchtlos versucht ist oder dessen Unzulänglichkeit feststeht.

5. **RG.** LeipzZ. **12** 472 Nr. 5. Die Frage, in welcher Weise und in welchem Zeitpunkte der Kläger seinen Anspruch geltend machen kann, beantwortet sich nicht aus dem § 426 BGB., sondern nach den Vorschriften, die für das zwischen den Parteien bestehende private Rechtsverhältnis gelten.

IV. OLG. **24** 290 (Hamburg). Der § 426 ist auf das Verhältnis des Wechselgläubigers einerseits und der Indossanten und des Akzeptanten andererseits unanwendbar.

§ 427. R. **12** Nr. 1591 (Stuttgart). Die Gesamthaftung fällt nicht schon dann weg, wenn feststeht, daß die Parteien über die Gesamt- oder Teilhaftung eine Bestimmung nicht getroffen haben, sondern erst dann, wenn feststeht, daß sie die Gesamthaftung ausgeschlossen haben; denn die Regel des § 427 ist ein ergänzender Rechtssatz, nicht eine bloße Auslegungsregel.

§ 431. SeuffA. **67** Nr. 32 (Dresden). Der Zweck der Beseitigung der Erdspalten, Wiederherstellung des früheren Zustandes, kann durch eine teilweise Ausfüllung der Spalten auch nicht teilweise erreicht werden; die teilweise Ausfüllung entspricht auch nicht einmal verhältnismäßig der gesamten Leistung und würde sich vielmehr im Verhältnisse zur Gesamtleistung als eine Leistung von inhaltlich anderer Art darstellen (Komm. von RGR. § 266 Anm. 1 und § 275 Anm. 4). Jeder Passivbeteiligte haftet also für die Beseitigung der Erdspalten neben den anderen Beteiligten als Gesamtschuldner, d. h. aufs Ganze. Soweit sich die Verbindlichkeit zur Wiederherstellung des früheren Zustandes aus irgendwelchem Grunde z. B. auf Grund des § 251 Abs. 2 BGB. in eine Verpflichtung zum Schadensersatz in Geld verwandelt, gilt auch von dieser Verpflichtung dasselbe; jeder Passivbeteiligte haftet also auch als Gesamtschuldner, soweit der Schadensersatz in Geld zu leisten ist.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Vorbemerkung: Größere theoretische Arbeiten sind zu diesem Abschnitt nicht hervorzuheben. Die Abnahmepflicht des Käufers bildet noch immer ein beliebtes Thema für Dissertationen. Vgl. schon Oberloskamp und Gerhard, JDR. **4** und **10** und jetzt Steffens Ziff. I zu § 433.. Aus dem Berichtsjahre sei im übrigen nur auf die Arbeiten des bekannten Kommentators der Vorschriften des Viehkaufs, Stölzle, hingewiesen. Mit der rechtlichen Natur der den Kraftdroschken von der Polizei zugeteilten Nummern hatten sich Literatur und Judikatur zu befassen (vgl. Ziff. II 3 zu § 433). Die vielangefeindete Wertzuwachssteuer ist nach einer Entscheidung des RG. von dem Verkäufer zu tragen es sei denn, daß die vertraglichen Vereinbarungen zweifelsfrei eine andere Absicht der Parteien erkennen lassen (s. unten zu § 449).

Literatur: Meisner, Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels beim Viehkaufe, JW. **12** 897—900. — Steffens, Die Abnahmepflicht des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung (Diss.). Leipzig 1912. — Stölzle, Die Trächtigkeitsgarantie, Gruchots Beitr. **56** 433—458. — Derselbe, Trächtigkeitsgarantie und Verjährung, JW. **12** 1015—1016.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. I. *Steffens, Abnahmepflicht (vgl. JDR. **10** Ziff. I 1). Unter „Abnahme" ist nur der rein tatsächliche Akt des körperlichen Wegschaffens der Sache aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers zu verstehen (6). Die Abnahmepflicht ist a) selbständig klagbar und vollstreckbar (40), b) von einem besonderen Interesse des Verkäufers nicht abhängig (48), c) regelmäßig Nebenpflicht (52). Nur in den Fällen ist die Abnahmepflicht Hauptpflicht, wo die Parteien die Abnahme ausdrücklich oder stillschweigend zum Gegenstand ihrer Vereinbarung erhoben haben. Wenn stillschweigende Erklärungen der Parteien vorliegen, entscheiden die besonderen Umstände des Einzelfalls (55 und die dort angef. Beisp.). Diese Verträge sind aber keine reinen Kaufverträge mehr, vielmehr sog. gemischte Verträge oder Verträge eigener Art. Verschieden von der Abnahme ist a) der Abruf. Die Abrede auf Abruf bildet weder einen Teil der Abnahmepflicht noch eine selbständige Schuldnerpflicht. Sie ist vielmehr ein Recht, das sich der Käufer bei Abschluß des Kaufvertrags vorbehält. Die Unterlassung des Abrufs stellt eine Verletzung einer Vertragspflicht nicht dar und gibt ohne weiteres dem Verkäufer keinen Anspruch auf Ersatz etwaigen Schadens (7 ff.). b) Die Annahme. Die Annahme ist ein juristischer Akt, ein Vertrag. Zur Annahme ist immer Erwerb des Besitzes erforderlich. Die Besitzübertragungsleistung des Verkäufers muß der Käufer mit dem Willen, Eigentum zu erwerben, annehmen, und muß weiterhin ausdrücklich oder stillschweigend seinen Willen zu erklären geben, die Leistung des Verkäufers in ihrer Eigenschaft als Erfüllung des Kaufvertrags entgegen nehmen zu wollen (15 ff.). Erst diese Momente in ihrer Gesamtheit begründen beim Kaufvertrage den Tatbestand der Annahme als Erfüllung im Sinne des Gesetzes. Die Annahme bezieht sich daher sowohl auf das dingliche wie auf das kausale Geschäft (vgl. auch Oberloskamp, JDR. **4** Ziff. 1 zu § 433). Die Abnahme ist nicht als die der Übergabe entsprechende Handlung des Käufers oder als ein Bestandteil des Übergabegeschäfts aufzufassen. Denn die Übergabe ist ein juristischer Begriff, ein Vertrag, der unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Erwerbers zur Folge hat, während die Abnahme in der Regel nur ein rein tatsächliches Verhältnis des Käufers zur Sache zur Folge hat (22). Die Abnahme ist auch nicht immer korrespondierend mit der Ablieferung (aM. Gerhard, JDR. **10** Anm. 1 zu § 433), denn die Ablieferung kann unter Umständen auch nur, wie die Übergabe, vertraglich unter Mitwirkung des Käufers erfolgen (25). Der Anspruch des Verkäufers auf Abnahme setzt zunächst das Dasein einer zur körperlichen Wegnahme bereiten Sache voraus (26). Weiter muß die Kaufsache zur Abnahme vertragsmäßig angeboten sein. Gegenüber einer ihm angebotenen mangelhaften Sache hat der Käufer immer ein Abnahmeverweigerungsrecht, und zwar in den Fällen des § 480 BGB. auf Grund der Einrede des nichterfüllten Vertrags, in den Fällen des Spezieskaufs auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze (34). Der Erfüllungsort und die Erfüllungszeit der Abnahme richtet sich nach den §§ 269 und 271; nicht ist der Ort oder die Zeit der Übergabe oder Ablieferung entscheidend (35 ff.). Der Unterschied zwischen Abnahme- und Annahmeverzug ist sowohl in den Voraussetzungen der beiden Verzugsfälle, als auch in den Begriffen Abnahme und Annahme selbst begründet. Abnahme- und Annahmeverzug können sowohl allein als auch in Verbindung miteinander eintreten (65). Wenn sie gleichzeitig eintreten, konkurrieren die Rechte aus den beiden Verzugsfolgen kumulativ, soweit sie sich nicht begrifflich gegenseitig ausschließen und nicht hierdurch die allgemeinen Vorschriften über die Art der Schadensberechnung verletzt werden (94). Bei Abnahmeverzug hat der Käufer a) das Recht der Klage auf Abnahme (über deren Zweck, rechtliche Natur, Gerichtsstand und Zwangsvollstreckung 66 ff.); b) Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 286 event. unter Ablehnung der verzögerten Abnahme (§ 286 Abs. 2).

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 27. 11. 11, JW. **12** 188, BayRpflZ. **12** 73. Verkauft der Vorerbe ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück, und ist der Kaufvertrag rechtsbeständig zustande gekommen, dann ist der Vorerbe zur Erfüllung auch schuldrechtlich verpflichtet, und es finden in dieser Hinsicht lediglich die allgemeinen Grundsätze von der Leistungspflicht des Schuldners (§§ 241, 242) in Verbindung mit den besonderen, die Verpflichtung des Verkäufers regelnden Bestimmungen der §§ 433 ff. Anwendung. Gemäß § 2113 kann allerdings die Verfügung des Vorerben bei Eintritt der Nacherbfolge insoweit wieder unwirksam werden, als sie das Recht der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Indessen würde auf diesem Wege die Leistung des Vorerben in der Folge auch wirklich wieder vereitelt, so käme alsdann für das Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Käufer nur in Frage, ob der erstere dem letzteren wegen Entziehung der Kaufsache auf Grund des Vertrags auf Schadensersatz haften müßte. Dagegen enthebt die Möglichkeit des Eintritts solcher Folgen den Vorerben keineswegs der Verpflichtung, den Vertrag zunächst zu erfüllen und dem Käufer das verkaufte Grundstück zu übereignen. Hat der Käufer das Bestehen der Nacherbschaft bei Abschluß des Kaufvertrags gekannt, dann hat auch dieser Umstand gemäß § 439 BGB. nur soviel zur Folge, daß der Käufer das Recht einbüßt, vom Verkäufer nach § 434 die Beseitigung der Last zu verlangen oder es müßte der Verkäufer die Beseitigung der Last ausdrücklich zugesagt haben. Aber ein Recht kann der Verkäufer aus § 439 für sich niemals herleiten, namentlich nicht das Recht, die Erfüllung des Vertrags überhaupt zu verweigern. Jedenfalls besteht auch nicht eine Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn der Käufer nur der Gewährleistungspflicht aus § 434 nicht zu entsprechen vermag.

2. Spezieskauf (JDR. **2** Ziff. 6, **9** Ziff. II 6c) **RG.** 30. 1. 12, JW. **12** 340. Zur Annahme eines Spezieskaufs reicht es nicht hin, daß der Verkäufer schon bei Vertragsabschluß die Lieferung einer bestimmten Sache ins Auge gefaßt und hiervon auch gelegentlich der Vertragsverhandlungen gesprochen hat, sondern es ist dazu erforderlich, daß die Lieferung einer bestimmten Sache zum Vertragsinhalte gemacht ist, derart, daß nur sie und keine andere als Vertragserfüllung verlangt werden kann und geliefert werden muß.

3. Kraftdroschkennummern. Rechtlicher Charakter und Übertragbarkeit (JDR. **10** Ziff. II 3). a) Korsch, JW. **11** 841, **12** 573. Die den Kraftdroschken von der Polizeibehörde zugeteilten Nummern sind nicht die Träger des der Erlaubnis zum Betrieb einer Kraftdroschke innewohnenden Vermögenswerts, obwohl im Handelsverkehre die Nummern als solche gekauft und verkauft zu werden pflegen, sondern privatrechtlich und wirtschaftlich ist maßgebend, daß dem Inhaber eines polizeilichen Erlaubnisscheins allein die Befugnis zuerkannt ist, eine Kraftdroschke von genau beschriebener Art und Stärke und mit einer bestimmten Nummer in Betrieb zu setzen. Diese Konzession ist nach der Berliner Droschkenordnung (§ 32) und nach der in allen Großstädten geübten Praxis unter gewissen Voraussetzungen übertragbar (vgl. KGBl. **11** 80). b) aM. *Apt, JW. **12** 271 ff. Der Übergang der Droschkennummer auf den Erwerber ist nichts als eine Berichtigung der polizeilichen Listen. Der Verkäufer wird durch den Kaufvertrag zur Übereignung des Droschkenkörpers und zur Betätigung eines solchen Verhaltens verpflichtet, daß die Eintragung des Erwerbers in die polizeilichen Listen erfolgen muß. Der Käufer erwirbt die Nummer mit der Eintragung endgültig, auch ohne Eigentum an dem Droschkenkörper. Eine wirtschaftliche oder rechtliche Einheit von Droschke und Nummer existiert nicht. Tritt der Abzahlungsverkäufer einer Droschke von dem Vertrage zurück, so erwirbt er nicht ipso jure auch wieder die Nummer, er kann nur von dem Käufer ein solches Verhalten verlangen, daß die Liste auf ihn berichtigt werden muß, ein Anspruch, der jedesmal dann versagt,

wenn der Käufer nicht mehr in der Liste der Polizei eingetragen ist. — Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist nur dieser Anspruch des Verkäufers oder Käufers, nicht der Anspruch gegen den Polizeipräsidenten. ➡ AM. OLG. **12** 323 (KG.): Der ausbedungene Eigentumsvorbehalt erstreckt sich nicht nur auf den Wagenkörper, sondern auch auf die Berechtigung, die mit dem Besitze der numerierten Droschke verknüpft war, auf die Nummer. ⬅ **c)** Über den Verkauf einer Kraftdroschke mit der polizeilichen Nummer vgl. auch OLG. **24** 323 (KG.) und **26** 63 (KG.).

4. BayRpflZ. **12** 316 (Nürnberg). Das Wesen des Vinkulationskaufs besteht darin, daß ein Dritter, ein Bankier, der auf die vom Verkäufer zur Erfüllung des Kaufvertrags bestimmte Ware einen Vorschuß gegeben hat, vom Verkäufer sich das Verfügungsrecht über die Ware übertragen läßt und dem Käufer die Ware als Erfüllung des Kaufvertrags anbietet, jedoch unter der Bedingung (vinkuliert), daß der Käufer den Kaufpreis (oder einen geringeren Betrag desselben) an ihn, den Vinkulanten bezahlt und auf eine Aufrechnung sowie auf alle Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Vinkulanten verzichtet.

5. **a) RG.** 16. 1. 12, JW. **12** 342, LeipzZ. **12** 385. Eine Pflicht des Käufers, den Verkäufer über alle diejenigen ihm bekannten, dem Verkäufer aber, wie er weiß, unbekannten Umstände aufzuklären, die geeignet sein könnten, ihn vom Abschlusse des Vertrags abzuhalten, kann im allgemeinen nicht anerkannt werden. Es ist vielmehr nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob und inwieweit der Verkäufer vom Käufer nach der Verkehrsauffassung Aufklärung erwarten darf. **b) RG.** 12. 4. 12, JW. **12** 682. Wenn auch grundsätzlich anzuerkennen ist, daß der Verkäufer bei der Lieferung fehlerhafter Ware, falls er wegen schuldhafter Vertragserfüllung in Anspruch genommen wird, nicht seine Sorgfalt beweisen, sondern der Käufer das Verschulden des Verkäufers nachweisen muß, so können von dieser Regel die besonderen Umstände doch Ausnahmen bedingen. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn nach dem Sachverhalte die Schädigung des Käufers durch die gelieferten Sachen im Hinblick auf die allgemeinen Verkehrsanschauungen und Erfahrungen nicht anders zu erklären ist als durch mangelhafte Aufsicht des Verkäufers in seinem Betrieb oder durch geschäftliche Unordnung.

6. **RG. 78** 270 ff. behandelt die Frage, ob der Verkäufer eines Geschäfts, der den Käufer durch Betrug zum Abschlusse des Kaufvertrags veranlaßt hat, unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes dem Käufer für Verluste haftet, die dieser beim Betriebe des Geschäfts erleidet und führt aus, daß der Verkäufer nicht für alles aufzukommen hätte, was dem Käufer im Laufe des Geschäftsbetriebs Übles widerfährt.

7. **RG.** 19. 12. 11, R. **12** Nr. 367. Wenn ein Käufer beim Kaufabschlusse dem Verkäufer seinen Willen unzweideutig kundgibt, eine von ihm bestimmt bezeichnete Kaufsache geliefert zu erhalten, und der Verkäufer ausdrücklich oder stillschweigend sich hiermit einverstanden erklärt, ohne dabei auf einen ihm auch die Lieferung einer Sache anderer Art gestattenden Handelsgebrauch hinzuweisen, so bildet in der Regel — d. h. von besonderen Ausnahmefällen, wie z. B., wenn dem Käufer der Handelsgebrauch bekannt ist, abgesehen — die vom Käufer bezeichnete Sache ausschließlich den Gegenstand des Kaufes und der Verkäufer kann sich dem die Lieferung gerade dieser Sache verlangenden Käufer gegenüber nicht auf den erwähnten Handelsgebrauch berufen.

8. **RG. 78** 115 ff. Ist bei einem Kaufvertrage der Kaufpreis zum Scheine höher angegeben worden, als vereinbart, dann ist der ganze gerichtlich beurkundete Vertrag nichtig. Es läßt sich nicht etwa sagen, daß nur ein Teil des beurkundeten Rechtsgeschäfts nichtig sei, daß aber der andere Teil nach § 139 BGB. gültig sein könnte, denn die wesentlichen Bestandteile des Kaufvertrags stellen ein einheitliches Rechtsgeschäft dar.

§ 434. 1. KGBl. **12** 67 ff., OLG. **24** 317 (KG.). Fensterrechte fallen nicht unter die Rechte Dritter, gegen die der § 434 den Käufer schützen will.

2. **RG.**, JDR. **10** Ziff. 1, auch LeipzZ. **12** 165.

§ 436. OLG. **24** 319 (Celle). Ebenso wie Baufluchtlinienbeschränkungen sind auch andere ortsstatutarisch festgelegte Baubeschränkungen als öffentliche Lasten im Sinne des § 436 anzusehen.

§ 437. Abtretung einer Hypothek (JDR. **7** Ziff. II 2). a) **RG.** 11. 12. 11, JW. **12** 237. Wer die Gewähr für die Sicherheit einer an Zahlungsstatt abgetretenen Hypothek übernimmt, haftet in der Regel nicht für einen Ausfall, der sich daraus ergibt, daß der Erwerber die gebotenen Sicherungsmaßregeln zur Vermeidung einer Beeinträchtigung der dinglichen Sicherheit unterläßt. b) **RG.** 23. 2. 12, R. **12** Nr. 1157. Der Wert einer Hypothek bestimmt sich nicht lediglich nach dem Werte des Grundstücks, sondern auch nach anderen Verhältnissen, die Bedeutung für die Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers haben. Angaben des Veräußerers einer Hypothek über die Höhe der Mieten des belasteten Grundstücks und die Vermögensverhältnisse des Grundstückseigentümers sind daher erheblich.

§ 438. 1. Über Haftung für Hypotheken s. zu § 437.

2. **RG.** 13. 12. 11, JW. **12** 239, HessRspr. **12** 346. In der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Abtretenden, daß er dem Abtretungsempfänger nicht bloß für den rechtlichen Bestand der abgetretenen Forderung, sondern auch für deren Güte und Einbringlichkeit Gewähr leiste, ist nicht die Übernahme einer Bürgschaft, also einer den Bestand der Hauptschuld voraussetzenden Nebenverpflichtung, sondern die einer selbständigen, in ihrem rechtlichen Bestande von dem der Hauptschuld unabhängigen Verbindlichkeit zu finden. Die selbstschuldnerische Bürgschaft ist ein Nebenrecht der Hauptforderung und geht als solches mit der Abtretung der Hauptforderung ohne weiteres auf den Erwerber über, während der Anspruch aus der Übernahme der Gewähr von einer Übertragung der Hauptforderung nicht ergriffen wird, sondern nur mittels besonderer Abtretung auf den Erwerber der Hauptforderung übertragen werden kann.

§ 442. **RG.** 24. 6. 11, GruchotsBeitr. **56** 110. Die Beweisregel des § 442 greift auch dann durch, wenn der Verkäufer noch nicht oder nicht vollständig erfüllt hat. Der Käufer ist auch nicht zur Verweigerung der Leistung berechtigt, wenn er nicht seiner Beweispflicht genügt hat. Denn offensichtlich will die Sonderbestimmung des § 442 nicht nur einzelnen Rechtsbehelfen gegenüber zur Geltung kommen, von denen der Käufer wegen eines angeblichen Mangels im Rechte des Verkäufers nach dem Gesetze Gebrauch machen kann, sondern ausnahmslos gegenüber jedem der ihm dargebotenen Rechtsbehelfe. Auch hierfür spricht zwingend schon die allgemeine, vorbehaltlose Fassung des § 442.

§ 447. 1. **RG.** 12. 12. 11, LeipzZ. **12** 554 über den Gefahrübergang, wenn die Ware frei Bord zu liefern und der Käufer die Ware erst am ausländischen Bestimmungsort abzunehmen hat.

2. Über Gefährdungshaftung und Gefahrtragung vgl. den Bericht von Müller-Erzbach oben vor § 241.

§ 449. **RG.** 26. 6. 11, GruchotsBeitr. **56** 108. Zu den vom Käufer nach den Vertragsbedingungen zu tragenden Abgaben ist die Wertzuwachssteuer im Zweifel nicht zu rechnen. Es erscheint vielmehr an sich durchaus widersinnig, daß der Käufer die Besteuerung des Gewinns tragen soll, den der Verkäufer macht, und der in demselben Maße wächst, einen je höheren Preis der letztere von dem ersteren erzielt. Die Abwälzung dieser Steuer auf den Käufer muß daher in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise erfolgt sein.

§ 455. 1. *Brecht, JheringsJ. **61** 296 ff. Trotz der (im Eigentumsvorbehalte nach § 455 implicite enthaltenen) aufschiebend bedingten Eigentumsüber-

tragung sind die obligatorischen Verpflichtungen des Verkäufers erst voll erfüllt mit der tatsächlichen Verschaffung des Eigentums. Die Vorbehaltsklausel soll nach der normalen Parteiabsicht nur verhindern, daß der Verkäufer durch Vorleistung jede Sicherheit verliert. Unberührt bleibt insbesondere der § 320 Abs. 2; der Verkäufer kann also die Verschaffung des unbedingten Eigentums an einzelnen von vielen Gegenständen nicht verweigern, wenn dies wegen der Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Das wird praktisch allerdings nur selten der Fall sein.

2. *Walsmann, Verzicht 222 ff. Eigentumsvorbehalt und fiduziarische Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken sind materiell rechtlich nichts weiter als eine eigentümliche Art Pfand, das aus bestimmten Zweckmäßigkeitsgründen formell in das Gewand des vorbehaltenen (bedingt übertragenen) oder übertragenen Eigentums gehüllt ist. Auf den besonderen rechtlichen und wirtschaftlichen Zweck ist Rücksicht zu nehmen. So genügt zum Verzicht auf dieses Pfandeigentum in analoger Anwendung des § 1255 BGB. die Erklärung des Pfandeigentümers gegenüber dem Eigentümer, daß er das Pfandeigentum aufgebe. — Der Verkäufer kann die Sache, die er seinem Käufer unter Eigentumsvorbehalt verkauft und krediert hat, wegen anderer Forderungen gegen den Käufer pfänden, denn es handelt sich nicht um Pfändung der eigenen, sondern einer fremden lediglich mit Pfandeigentum belasteten Sache (224).

3. *Fraeb, Eigentumsvorbehalt gegenüber sprachungewandtem Ausländer, R. **12** 414 f. Wenn der deutsche Verkäufer bei Abgabe der Vorbehaltserklärung gegenüber einem Ausländer annimmt und verkehrsüblich annehmen darf, er werde verstanden, so liegt bei tatsächlichem Nichtverstehen von seiten des Ausländers ein Dissens über einen wesentlichen Punkt vor. Eine einseitige Eigentumsvorbehaltserklärung bei ursprünglich ohne eine solche abgeschlossenem Kaufvertrage muß jedenfalls bei der Lieferung des Verkäufers dem Käufer gegenüber erfolgen. Der Umstand, daß der Verkäufer eine Gegenerklärung des Käufers nicht herbeiführt, kann es zweifelhaft machen, ob er auch für den Fall, daß der Käufer nicht einwilligt, auf dem Eigentumsvorbehalte — vertragswidrigerweise — bestehen will. Schweigt also der den Eigentumsvorbehalt des deutschen Verkäufers nicht verstehende ausländische Käufer, so will der Verkäufer nur bedingt Eigentum übertragen, der Käufer aber unbedingt Eigentum erhalten. Gegenüber der ausdrücklichen Erklärung des Verkäufers äußert der Käufer einen dem unveränderten Kaufvertrag entsprechenden Empfangswillen durch vorbehaltlose Annahme. Beide verstehen die abweichende Gegenerklärung nicht, sondern fassen sie als mit ihrer Äußerung übereinstimmend auf. Es liegt also der Fall des sog. „versteckten Dissenses" vor (s. auch o. Ziff. 1 zu § 116).

4. Abzahlungsgeschäft. a) *Aubele, RGes. btr. die Abzahlungsgeschäfte, § 5 Anm. 6 ff. Im Gegensatze zum § 455 begründet § 5 AbzG. durch die Fiktion der Ausübung des Rücktrittsrechts in jeder Zurücknahme der verkauften Sache auf Grund Eigentumsvorbehalts eine gegenseitige Abhängigkeit der persönlichen und der dinglichen Wirkung des Eigentumsvorbehalts, die in dem persönlichen Rücktrittsrechte des Verkäufers bzw. in dem Nichtübergange des Eigentums auf den Käufer trotz des Überganges der Sache besteht. — Während des durch das Eigentumsvorbehaltsrecht des Abzahlungsgläubigers bedingten Schwebezustandes ist der Abzahlungskäufer, obwohl er nicht Eigentümer und nicht Eigenbesitzer der Sache ist, berechtigt, die Sache zu versichern. Daran ändert nichts, daß die Gefahr auf den Käufer noch nicht übergegangen ist (Anm. 16). b) *Korsch, JW. **12** 230. Die in Abzahlungsverträgen übliche Versicherungsabrede, laut welcher der Käufer zur Versicherung der gekauften Sachen gegen Untergang und Beschädigung verpflichtet ist, muß nach der Natur des Vertrags und dem Geiste des Ab-

zahlungsgesetzes als rechtswirksam erachtet werden, und zwar sowohl für Verträge mit wie ohne Eigentumsvorbehalt (aM. Samter, Komm. z. d. G. betr. Abzahlungsgeschäfte 61 ff.).

5. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte (s. zunächst JDR. **10** Ziff. 1). OLG. **24** 321 (Colmar) legt, unter Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung des erkennenden Gerichts (ElsLothZ. **09** 545, **10** 485, JDR. **7** Ziff. II 1), beim Verkauf einer beweglichen Sache unter Eigentumsvorbehalt die Gefahr des vor der Ausbezahlung des Verkäufers eingetretenen zufälligen Unterganges der Kaufsache dem Verkäufer auf (vgl. jedoch OLG. **24** 322 (Celle).

6. SeuffA. **67** 187 (Dresden). Ein nachträglich vereinbarter Eigentumsvorbehalt hat keine dingliche Wirkung (vgl. **RG.** JW. **05** 18).

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. I. 1. *Dickel, Heft 5 der Hausschwammforschungen von Möller. Verf. kritisiert nach einer Grundlegung über die Berücksichtigung der allgemeinen Erfahrungssätze in der Revisionsinstanz zahlreiche Entscheidungen des RG. über die Erheblichkeit des echten Hausschwamms (Merulius lacrymans) und des sog. Porenhausschwamms (Polyporus raporarius). Er kommt zu dem Ergebnisse, daß das RG. in seiner Gleichstellung der beiden Pilzarten in ihrer Erheblichkeit als Sachmängel zuweit geht, daß es zu sehr verallgemeinert und daß die Erheblichkeit des Mangels regelmäßig, namentlich bei der Trockenfäule, nur in einzelnen Fällen durch Vernehmungen von Sachverständigen festgestellt werden kann.

2. *Lent, Gesetzeskonkurrenz, vgl. o. Ziff. I 2 zu § 119.

II. 1. Analoge Anwendung der §§ 459 ff. (JDR. **6, 7, 8** Ziff. II 1). WürttJ. **24** 274 ff. (Stuttgart). Ist der Käufer eines Geschäftsanteils einer G. m. b. H. vom Verkäufer getäuscht worden, so gelangen nicht die §§ 459 ff. entsprechend zur Anwendung, sondern nur der § 249. Der Schadensersatzanspruch ist daher in solchem Falle auf das negative Vertragsinteresse beschränkt (vgl. **RG. 66** 337).

2. **RG.** 3. 2. 12, JW. **12** 461, SeuffA. **67** 357. Obschon grundsätzlich daran festzuhalten ist, daß die Gewährleistungsansprüche beschränkt sind auf die Geltendmachung von Mängeln der übergebenen Kaufsache, wobei es bei Grundstücken genügt, wenn zwar noch nicht die Übergabe, wohl aber bereits die Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch erfolgt ist (JDR. **10** Ziff. II 1), so hat doch bereits **RG.** WarnE. **11** Nr. 321 die Möglichkeit angedeutet, davon abzuweichen, wenn es sich um Mängel handeln würde, deren Beseitigung ausgeschlossen wäre. Ähnlich liegt es, wenn die Abhilfe der Mängel mit Rücksicht auf die vollständig verfehlte Anlage nur in einer Beseitigung alles Vorhandenen und in vollständiger Neuerrichtung bestehen könnte und der Verkäufer (bei Gattungssachen) nicht bereit oder imstande ist, rechtzeitig ein Ersatzstück zu liefern. Bei einer derartigen Sachlage kann es aber einem Käufer nicht zugemutet werden, erst eine vertragswidrige Erfüllung, deren Umwandlung in eine vertragsmäßige der Verkäufer nicht bewirken kann oder verweigert, anzunehmen, um dann von dem Hilfsmittel der Gewährleistungsansprüche Gebrauch zu machen, sondern er muß als befugt erscheinen, diese Erfüllung auch vor der Übergabe abzulehnen und entsprechend der nach der Übergabe zulässigen Wandelung von dem Vertrag abzugehen.

3. PosMSchr. **12** 29 (Königsberg). Die Vorschriften der §§ 459 ff. finden auch Anwendung, wenn Vieh als Zubehör eines Grundstücks mitverkauft ist und Mängel dieses Viehes geltend gemacht werden. ➸ Ebenso Thiele, JDR. **10** zu § 481. Red. ⟵

4. SchlHolstAnz. **12** 357 (Kiel). Bei Lieferung von Wintersaatroggen statt Sommersaatroggen findet eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Sach-

mängel nicht statt. Der Verkäufer haftet auf Schadensersatz nur nach den allgemeinen Rechtsvorschriften oder aus einer besonderen Garantieübernahme.

5. **RG.** JW. **13** 88. Die Anfechtung eines Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung ist beim Kaufe einer individuell bestimmten Sache auch nach der Übergabe der Kaufsache zulässig.

6. SchlHolstAnz. **12** 21 (Kiel). Eine Konkurrenz der Anfechtung wegen arglistigen Verschweigens eines unter § 459 fallenden Sachmangels mit Gewährleistungsansprüchen wegen desselben Sachmangels ist, ebenso wie beim Gattungskaufe (vgl. hierzu **RG. 70** 429) auch bei dem Spezieskauf ausgeschlossen.

7. OLG. **24** 327 (KG.). Bei einem Versendungskaufe, bei dem dem Käufer die Gewährleistungsansprüche schon vor der Übergabe zustehen, ist es dem Käufer auch im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache nicht verwehrt, sich der Rechte des § 326 zu bedienen.

§ 459. 1. Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten besonderen Gebrauche (JDR. **8** Ziff. 2, **9, 10** Ziff. 1). LeipzZ. **12** 958 (LG. Leipzig). Bei einer zu Probezwecken gemachten Bestellung einer Ware kann nicht angenommen werden, daß die Zweckbestimmung von den Parteien zum Vertragsinhalte gemacht worden ist. Denn gerade dadurch, daß der Besteller erklärt, die Proben anstellen zu wollen, gibt er selbst zu erkennen, daß er dem Verkäufer keinerlei Haftung für den Mißerfolg dieser Proben zumutet.

2. Begriff der Zusicherung (JDR. **8** Ziff. 4, **9, 10** Ziff. 2). **RG.** 15. 12. 11, R. **12** Nr. 388. Eine Zusicherung verliert diese Eigenschaft nicht dadurch, daß das sonst verwendete Wort „Garantie" weggelassen oder eine Einschränkung beigefügt ist.

3. Zugesicherte Eigenschaften (JDR. **7** Ziff. 7, **8** Ziff. 6, **9** u. **10** Ziff. 3). **RG.** 19. 4. 12, JW. **12** 747, SächsRpflA. **12** 300, LeipzZ. **12** 932, SeuffA. **67** 390. In der Zusicherung, daß ein Dritter in Zukunft eine bestimmte Handlung in bezug auf die Kaufsache vornehmen, nämlich die Sache mieten wolle, ist nicht die Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache zu erblicken, jedenfalls dann nicht, wenn ein den Dritten zur Vornahme der Handlung verpflichtendes Rechtsverhältnis, in das der Käufer eintreten könnte, nicht als bestehend zugesichert ist.

4. Begriff der Eigenschaften (JDR. **9** u. **10** Ziff. 4). a) **RG.** 3. 2. 12, R. **12** Nr. 1159. Die Bezeichnung des verkauften Grundstücks als einer „Seeparzelle" mit der Zusicherung, daß von der Parzelle aus der See mit Kähnen befahren werden dürfe, betrifft eine Eigenschaft des Grundstücks. **b)** NaumburgAK. **12** 90 Naumburg). Das Vorhandensein von Schwaben in größerem Umfange stellt sich beim Verkauf eines Restaurationsbetriebs nebst Materialwarengeschäft als Eigenschaft der Kaufsache dar. **c) RG.** 4. 11. 11, R. **12** Nr. 38. Ungünstige Vermögensverhältnisse eines Mieters bilden keine Eigenschaft des Kaufgrundstücks. Es muß sich um einen Fehler der Sache, eine Eigenschaft von ihr handeln. Dazu gehören auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen (**RG. 59** 243). Mit Recht rechnet man dazu die Ertragsfähigkeit eines Grundstücks, d. h. sachliche Umstände, die auf die Wertbemessung von Einfluß sind. Nicht dieselbe Bedeutung kann indessen solchen Umständen beigelegt werden, die sich nur aus persönlichen Verhältnissen eines Mieters ergeben. Daraus allein, daß ein Mieter seine Miete nicht zahlt und deshalb zur Räumung verurteilt worden ist, kann ein Maßstab für den Wert des Grundstücks nach allgemeiner Verkehrsanschauung nicht entnommen werden. **d) RG.** 6. 7. 12, JW. **12** 910, GruchotsBeitr. **56** 930 ff. legt dar, wie auch die Zahlungsunfähigkeit der Mieter eines Hauses als Eigenschaft des Grundstücks in Betracht kommen könne, da der Mietertrag sich nicht allein durch den Betrag der bei der Ver-

mietung bedungenen Zinsen bestimmt, sondern auch von ihrer Einziehbarkeit und somit von den Vermögensve·hältnissen der Mieter abhängig ist. e) PosMSchr. 12 28 (Posen). Der von einem Hause zu entrichtende Wasserzins ist keine Eigenschaft des Hauses im Sinne des § 459. f) MecklZ. **30** 265 (Rostock). Der Tagesdurchschnittspreis einer Ware stellt keine Eigenschaft derselben dar.

5. Fehler der Kaufsache. **RG.** 9. 3. 12, SeuffA. **67** 436. Unter Fehlern einer Sache können grundsätzlich nur die ihr selbst unmittelbar anklebenden, der allgemeinen oder der besonderen (vertraglichen) Voraussetzung widersprechenden Beschaffenheitsmängel verstanden werden, nicht aber solche Mängel, die sich erst mittelbar bei Heranziehung besonderer außerhalb der Sache liegender Verhältnisse, namentlich der Rechte Dritter ergeben. Daher ist das Fehlen eines bestimmten Umfanges der Wasserkraft kein Fehler einer Wassermühle.

6. Einzelne Sachmängel (JDR. **7** Ziff. 5, **9** Ziff. 5, **10** Ziff. 6). **RG.** 20. 1. 12, R. **12** Nr. 987. Trockenfäule in einigen Zimmern eines großen Hauses kann ohne Rechtsirrtum als unerheblich angesehen werden.

7. Abs. 1 Satz 2 (JDR. **1** Ziff. 4, **4**, **5** Ziff. II 4, **8** Ziff. 3). a) **RG.** 12. 4. 12, SächsRpflA. **12** 384. Die Mängel müssen, um als für die Wandelung nicht in Betracht kommend angesehen werden zu können, solche sein, die nicht nur mit geringen Kosten, sondern auch binnen kurzer Frist zu beseitigen sind, wozu nötig ist, daß sie auch sofort und leicht erkennbar sind. b) **RG.** 1. 11. 11, R. **12** Nr. 39. Die Ausnahmebestimmung im § 459 Abs. 1 Satz 2 hat lediglich eine unerhebliche Minderung des Wertes und der Tauglichkeit der Sache zur Voraussetzung. Auf einen solchen geringen Mangel erstreckt sich die gesetzliche Haftung des Verkäufers, die im Satz 1 dieser Vorschrift bestimmt wird, von vornherein nicht; es kommt deshalb ein Wandelungsanspruch nach § 462 gar nicht erst zur Entstehung.

§ 460. Grobe Fahrlässigkeit (JDR. **1** Ziff. 2 c, **7** Ziff. 2). **RG.** 1. 12. 11, R. **12** Nr. 389. Grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 460 kann nicht anerkannt werden, wenn der Rentengutserwerber, der nach seinem Einzug in das Gut das Vorhandensein von Schwammbildungen im Keller bemerkt und dem Sachkommissar mitgeteilt hat, daß es in seinem Hause stocke und daß er vom Rentengutsvertrage zurücktreten werde, falls im Hause Schwamm festgestellt werde, seine Bedenken im Vertrauen auf die Erfahrung und Zuverlässigkeit des Beamten fallen gelassen hat, nachdem derselbe ihm erklärt hat, das Stocken im Hause sei auf schlechte Behandlung der Wohnung zurückzuführen.

§ 462. 1. Berolzheimer, SeuffBl. **12** 500. Verlangt der Käufer einer Sache, deren Kaufpreis durch Aufrechnung mit einer dem Käufer zustehenden Gegenforderung getilgt wurde, Wandelung des Kaufvertrags, so ist das Wandelungsbegehren auf Erfüllung der durch die Aufrechnung erloschenen Forderung des Käufers zu richten. Schuldeten sich Käufer und Verkäufer Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig waren, so lautet also der Wandelungsanspruch bei Erlöschen der beiderseitigen Schuldverhältnisse durch Aufrechnung genau so, wie wenn der Käufer statt durch Aufrechnung durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllt hätte.

2. Nachbesserung (JDR. **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 4, **6** Ziff. 1, **9** Ziff. II 2). **RG.** 1. 11. 11, R. **12** Nr. 40. Die Nachbesserung der Mängel kann ausdrücklich oder stillschweigend im Vertrage sowohl dem Verkäufer zugunsten des Käufers zur Pflicht gemacht, als auch andererseits diesem als Recht eingeräumt werden. Ausschlaggebend dafür, ob die Nachbesserung als Recht oder als Pflicht des Käufers gewollt sei, ist nicht notwendig der Umstand, daß der Mangel nur unerheblich ist und ebensowenig, ob die Beseitigung große oder geringe Kosten verursacht. Auch bei einem nicht unerheblichen Mangel kann das unter Ablehnung einer angebotenen Nachbesserung gestellte Wandelungsbegehren unter Umständen gegen § 226 BGB. ver-

stoßen oder dem nach Treu und Glauben auszulegenden Vertragsinhalte widersprechen.

3. *Walsmann, Verzicht 196, 242. Auf das Recht zur Wandelung und Minderung kann der Käufer durch einseitige Erklärung gegenüber dem Verkäufer verzichten.

§ 463. 1. *Lent, Gesetzeskonkurrenz 213 (vgl. o. § 119 Ziff. I 2). Die zugesicherte Eigenschaft muß auch noch zurzeit des Gefahrüberganges fehlen. Der arglistig verschwiegene Fehler muß zu derselben Zeit noch vorhanden sein. — § 463 Abs. 2 ist lex specialis zu § 459 Abs. 1; der Abs. 1 des § 463 zu § 459 Abs. 2. Zwischen Satz 1 des § 463 und Abs. 1 des § 459 sowie zwischen § 463 Satz 2 und § 459 Abs. 2 besteht Idealkonkurrenz (216 ff.).

2. Schadensersatzanspruch des arglistig Getäuschten (JDR. **6** Ziff. 2, **7** Ziff. I, **9** Ziff. II 1 a, **10** Ziff. 1 u. 2). **a)** **RG.** 26. 10. 11, JW. **12** 137. Der beim Kaufabschluß arglistig Getäuschte ist nicht auf die Anfechtung beschränkt, sondern kann auch bei dem Vertrage stehen bleiben und Schadensersatz verlangen (**RG. 59** 157). Dieser Schadensersatz besteht regelmäßig nicht in dem Erfüllungsinteresse, sondern in dem negativen Vertragsinteresse. — Aus der Vorschrift des § 463 ist allerdings wegen Gleichheit des Rechtsgrundes (**RG. 66** 338) gefolgert worden, daß der betrogene Käufer den Verkäufer, der nicht vorhandene Eigenschaften vorgespiegelt hat, so in Anspruch nehmen dürfe, wie wenn ihm dieser die Eigenschaften vertragsmäßig zugesichert habe, aber dieser Satz darf nicht über die Eigenschaften von Sachen oder solchen Rechtsgütern, die weder Sachen noch Rechte sind (**RG. 63** 57, **67** 86, **69** 429), hinaus ausgedehnt werden. Insbesondere ist die Anwendung der §§ 459 ff. BGB. auf den Kauf von Rechten, auch von Forderungen und Hypotheken, abzulehnen. **b)** Wie **RG. 63** 110, **66** 335 auch **RG.** 29. 11. 11, JW. **12** 200. Vgl. auch OLG. Kiel, SeuffA. **67** 358. **c)** SchlHolstAnz. **12** 56 (Kiel) schließt sich dem **RG. 66** 335 vertretenen Standpunkt an, daß die Vorschrift des § 463 Satz 2 auf den Fall entsprechend anwendbar sei, daß der Verkäufer eine wertsteigernde Eigenschaft der Kaufsache bei den Kaufverhandlungen zwar nicht vertragsmäßig zugesichert, aber betrüglich vorgespiegelt habe (vgl. jedoch den früheren Standpunkt des OLG. Kiel, JDR. **10** Ziff. 2). **d)** Über den Inhalt des Schadensersatzanspruchs wegen arglistiger Täuschung beim Vertragsschlusse MecklZ. **30** 263 ff. (Rostock). Wenn es sich nicht um eine Täuschung über Eigenschaften der gekauften Sache handelt, ist der Betrogene von dem Schadensersatzpflichtigen nur in die Lage zu bringen, in welcher er sich ohne die Täuschung befunden haben würde. **e)** ThürBl. **59** 102 (Jena). Der über Eigenschaften der Kaufsache arglistig getäuschte Käufer kann vom Verkäufer das positive Vertragsinteresse verlangen (vgl. **RG. 59** 155, **66** 335). Auch bei der falschen Vorspiegelung einer Eigenschaft ist der Einwand nicht zulässig, daß der Käufer selbst bei Kenntnis des wahren Sachverhalts zu demselben Preise gekauft hätte. Es muß aber die Vorspiegelung für den Vertragsabschluß mitbestimmend gewesen und der Schaden durch sie eingetreten sein.

3. Arglistiges Handeln. SchlHolstAnz. **12** 56 (Kiel). Der Umsatz einer Wirtschaft ist ein Hauptfaktor für ihre Bewertung. Hat der Verkäufer keine bestimmte Kenntnis von der Höhe des Umsatzes, so handelt er arglistig, wenn er bestimmte Angaben über den erzielten Umsatz macht, obwohl er wußte, daß er hierüber nicht unterrichtet war, obwohl er also mit der eventuellen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnen mußte.

4. HansGZ. **12** Hptbl. 309 ff. (Hamburg). Bei als „gesund" verkaufter Weizenkleie, die als Futtermittel verwendet werden soll, handelt es sich um eine besondere Zusage im Sinne des § 463.

5. SeuffA. **68** 16 (Dresden). Ohne Verschulden haftet der Gastwirt nicht für Schäden aus dem Genusse der gereichten Speisen und Getränke, auch nicht unter

dem Gesichtspunkte der Zusicherung bestimmter Eigenschaften. Man würde sowohl mit den Anschauungen des Verkehrs als mit der mutmaßlichen Willensmeinung der Beteiligten in Widerspruch kommen, wollte man den Gastwirt für alle Schädlichkeiten der den Gästen vorgesetzten Speisen und Getränke haftpflichtig machen. Selbst in seinen durch Anschläge verbreiteten Erklärungen, daß er gute, wohlschmeckende, gesunde Speisen und hochfeine Biere zur Verfügung stelle, ist nur die Versicherung zu erblicken, daß bei Zubereitung der Speisen und dem Bezuge der Getränke die erforderliche Sorgfalt und Umsicht beobachtet worden sei, keineswegs aber wird damit eine vertragsmäßige Sicherstellung des Gastes gegen das Vorhandensein unerkennbarer, gesundheitsgefährlicher Stoffe bezweckt.

§ 464. 1. BadRpr. **12** 188 (Karlsruhe). Durch die rechtzeitige Mängelrüge nach § 377 Abs. 1 HGB. wird der nach § 464 BGB. zur Geltendmachung von Ansprüchen des Käufers aus §§ 462, 463 BGB. bei der Annahme der Ware erforderliche Vorbehalt seiner Rechte nicht ohne weiteres ersetzt. Es ist aber in tatsächlicher Beziehung zu prüfen, ob mit der Mängelrüge nicht zugleich der nach § 464 BGB. erforderliche Vorbehalt erklärt worden ist.

2. HansGZ. **12** Beibl. 109 ff. (Hamburg). Die Entgegennahme der Auflassung in Kenntnis der nach Abschluß des Kaufvertrags erfolgten Eintragung von Dienstbarkeiten ist nicht als Verzicht auf die Beseitigung dieser Überfahrtsrechte aufzufassen. Der lediglich von Sachmängeln handelnde § 464 kann weder unmittelbar noch analog auf Mängel im Rechte angewandt werden.

3. **RG.** 10. 2. 12, R. **12** Nr. 1161. Auch bei betrügerischen Zusicherungen verliert der Käufer den Schadensersatzanspruch, wenn er die Sache nach Erkennung des Betrugs vorbehaltlos annimmt.

§ 465. HansGZ. **12** Beibl. 223, SeuffA. **68** 57 (Hamburg). Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn vor ihrer Erklärung der Käufer den Untergang oder eine wesentliche Verschlechterung des Kaufgegenstandes verschuldet (aM. **RG. 59** 58, **71** 277, JW. **08** 488, **10** 997). Auch der § 487 nötigt nicht dazu, den Augenblick der Vollziehung der Wandelung im Sinne des § 465 als den der Rücktrittserklärung entsprechenden anzusehen (vgl. Planck, Anm. zu § 462). — Im übrigen über die Vertragstheorie bei der Wandelung 221.

§ 467. 1. **RG.** 5. 1. 12, JW. **12** 288, SeuffA. **67** 312. Der Wandelung begehrende Käufer ist nicht verpflichtet, über die von ihm herauszugebenden Nutzungen Rechnung zu legen. Für den Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen sind nach § 347 die Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten, somit diejenigen des § 987 maßgebend. Dort ist eine Pflicht zur Rechnungslegung nicht vorgesehen.

2. **RG.** 3. 2. 12, JW. **12** 461 gewährt trotz vertraglichen Ausschlusses der Gewährleistung für irgendwelche Beschaffenheit und Mängel des verkauften Hauses dem Käufer das Recht, vor der Übergabe und Auflassung vom Vertrag abzugehen, weil das Haus mit Mängeln behaftet ist, deren Beseitigung der Verkäufer verweigert.

3. Vertragskosten, Fracht und ähnliches (JDR. **3** Ziff. 2, **5** Ziff. II a, **6** Ziff. 1 c zu § 488, **8** und **10** Ziff. 3). **RG.** 9. 10. 12, JW. **13** 27. Ein Ersatz für die Kosten eines Vertrags und der Auflassung kann bei der Wandelung nicht begehrt werden.

4. MecklZ. **30** 145 (Rostock). Der wandelnde Käufer hat keinen Anspruch auf Ersatz der von ihm in seinem Interesse auf die Kaufsache gemachten nicht notwendigen Verwendungen.

§ 472. 1. **RG.** 15. 12. 11, SächsRpflA. **12** 128, HoldheimsMSchr. **12** 103. Nach § 472 Abs. 1 ist bei der Minderung der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen,

in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde. Zwar ist unter diesem wirklichen Werte in der Regel der allgemeine Verkaufswert zu verstehen. Daraus ist aber nicht herzuleiten, daß in allen Fällen der Anwendung des § 472 der wirkliche Wert der Kaufsache bezüglich aller Momente, welche für deren Verkaufswert von Einfluß sind, in absoluter Weise genau festzustellen wäre, auch soweit sie für die Preisminderung gar nicht in Betracht kommen und unbestritten sind. Vielmehr kommt es bei der hier in Rede stehenden Feststellung gerade auf die Mängel an, die für den Unterschied des Wertes der Sache im mangelfreien Zustand und des wirklichen Wertes derselben maßgebend sind. Es ist daher bei Anwendung der Vorschrift des § 472 Abs. 1 hauptsächlich zu untersuchen, inwieweit durch diese Mängel der allgemeine Verkaufswert der Sache vermindert wird, denn gerade hierdurch wird der Kaufpreisminderungsanspruch des Käufers gemäß §§ 459, 462 BGB. begründet. Wenn nur der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft den Preisminderungsanspruch begründen soll, so genügt in der Regel bei der Anwendung des § 472 die Prüfung der Frage, inwieweit durch diesen Mangel der Verkaufswert der Sache vermindert wird.

2. **RG.** 21. 6. 12, SeuffA. **67** 439. Wenn der Kaufpreis zum Teil noch nicht gezahlt, sondern gestundet und dafür eine Hypothek bewilligt ist, so enthält es jedenfalls keine Beschwerung des Käufers, wenn die Kaufpreisminderung verhältnismäßig auf den bezahlten und den gestundeten Teil des Kaufpreises verrechnet wird. Soweit hie nach die Minderung auf den gestundeten Teil des Kaufpreises entfällt, kann keine Rückzahlung, sondern nur eine Befreiung von der übernommenen Hypothek in Frage kommen.

3. Über den Unterschied zwischen Ertragswert und Verkaufswert eines Landgutes beim Preisminderungsanspruche HansGZ. **12** Beibl. 309.

§ 477. 1. Verlängerung der Verjährungsfrist (JDR. **4** Ziff. 5, **5** Ziff. II 7, **6** Ziff. II 1, **7** Ziff. 1). SeuffA. **67** 190 ff. (Jena). Wenn eine gelieferte Maschine durch einen Angestellten des Verkäufers zum Nachweise der Leistungsfähigkeit vorgeführt werden soll, so wird die Verjährungsfrist für den Wandelungsanspruch stillschweigend verlängert (ähnlich die Einwirkung einer vereinbarten Garantiefrist). Auch von dem Grundgedanken des § 202 aus ergibt sich, daß in solchem Falle der Geltendmachung des Wandelungsanspruchs ein vorübergehendes Hindernis im Sinne des § 202 Abs. 1 entgegensteht. Denn wenn auch das Wandelungsrecht mit dem Vertragsschluß entstanden war, so brauchte der Verkäufer ihm doch nicht eher zu genügen, als bis der Gewährschaftsmangel durch die Probe festgestellt war.

2. **RG.** 6. 2. 12, **78** 295, JW. **12** 462, SeuffA. **67** 359. Durch die Erhebung der Wandelungsklage wegen einzelner bestimmter Mängel wird die Verjährung des Wandelungsanspruchs hinsichtlich anderer Mängel, die in der Klage nicht geltend gemacht worden sind, nicht unterbrochen (vgl. OLG. Hamm, R. **06** 243).

3. BayRpflZ. **12** 28 (Nürnberg). Haben die Vertragsparteien vereinbart, daß beim Vorhandensein gewisser Mängel eine bestimmte Rückvergütung des Kaufpreises erfolgen solle, so ist dieser Rückvergütungsanspruch des Käufers als Minderungsanspruch der kurzen Verjährung des § 477 unterstellt. — Hat der Käufer noch innerhalb der Verjährungsfrist dem Verkäufer Anzeige von dem Mangel gemacht, so kann er gemäß § 813 BGB. auch nach der Verjährung des Minderungsanspruchs zurückfordern, was er nach Erstattung der Mängelanzeige gezahlt hat.

4. **RG.** JDR. **10** Ziff. II 3 jetzt auch LeipzZ. **12** 82.

§ 480. **RG.** 30. 1. 12, JW. **12** 340. Das arglistige Verschweigen eines im Zeitpunkte der Übergabe einer gekauften Gattungssache vorhandenen Mangels oder des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft berechtigt nicht zu einer Anfechtung des Kaufvertrags; die Anfechtung ist vielmehr durch Konkurrenz mit auf demselben

Tatbestande beruhenden Gewährleistungsansprüchen ausgeschlossen. Vgl. schon RG. **70** 427 ff., IDR. **8** Ziff. 2.

§§ 481 ff. 1. Stölzle, Nebenabrede oder Zusicherung beim Viehkaufe, Bay. RpflZ. **12** 84 f. Zusicherung der Trächtigkeit und des Kalbens auf einen bestimmten Zeitpunkt ist Zusicherung einer Eigenschaft. Ist die zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden, dann kann Wandelung (§§ 487, 492) oder statt der Wandelung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Haben die Parteien vereinbart, daß, wenn die Kuh nicht bis zu dem bestimmten Termine gekalbt habe, für jeden auf diesen Termin folgenden Tag bis zum Tage des wirklichen Kalbens eine Entschädigung zu bezahlen ist, so ist der Wandelungsanspruch ausgeschlossen. Der Käufer hat dann einen Schadensersatzanspruch, aber nicht einen unbegrenzten wegen Nichterfüllung nach § 463 BGB., sondern nur einen Anspruch, der der Zeit und der Höhe nach im voraus genau bestimmt ist.

2. BayRpflZ. **13** 29 (LG. Kempten). Der Ausdruck „Ein- und zweispännig gut im schweren Zuge" kann nur dahin ausgelegt werden, daß der Kläger ein im schweren Zuge brauchbares Pferd kaufen und sich dafür Gewähr leisten lassen wollte und daß der Beklagte diese Gewähr auch geleistet hat. Es kann nicht darauf ankommen, ob der Fehler der sog. „Stätigkeit" nachgewiesen werden kann, sondern nur darauf, ob erwiesen ist, daß der Schimmel bei der Übergabe und hernach im schweren Zuge nicht brauchbar war, weil er eben schwerere Lasten überhaupt nicht oder doch nicht mit Sicherheit zog.

§ 482. Meisner, JW. **12** 897 ff. Die Anfechtung eines Viehkaufs wegen arglistigen Verschweigens eines Nichthauptmangels, dessen Abwesenheit nicht zugesichert wurde, ist zulässig, da von einer praktischen Aufhebung der Sondervorschrift durch die allgemeine Regel dann nicht die Rede sein kann, wenn im gegebenen Falle die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung der Sondervorschrift nicht vorliegen. Vgl. Näheres o. Ziff. I 1 zu § 123.

§ 487. 1. HessRspr. **12** 2 (LG. Gießen). Das Recht der Wandelung bleibt beim Viehkaufe dem Käufer auch dann erhalten, wenn er infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes, z. B. einer Weiterveräußerung des Tieres, nicht mehr in der Lage ist, das Tier dem Verkäufer zurückzugewähren. Vgl. auch LG. Kempten, BayRpflZ. **12** 202.

2. BayRpflZ. **12** 203 (LG. Würzburg). Für die Bemessung des Wertes eines Tieres, das nicht mehr zurückgegeben werden kann, ist beim Viehtausche der Zeitpunkt des Vollzugs der Wandelung maßgebend.

§ 492. I. *Stölzle, GruchotsBeitr. **56** 433 ff. 1. Es ist zu unterscheiden: Trächtigkeitsgarantie ohne Vereinbarung einer Gewährfrist (Verjährung: 6 Wochen, beginnend mit der Ablieferung des Tieres) und Trächtigkeitsgarantie mit Gewährfrist (Mängelanzeige innerhalb von 2 Tagen. Verjährung: 6 Wochen vom Ende der Gewährfrist an). 2. Trächtigkeitsgarantie ohne Gewährfrist: Nicht zutreffend ist die Ansicht von Fromherz, BadRpr. **10** 86/87 und Gruchots Beitr. **55** 222 ff., welcher den Beginn der Verjährungsfrist hinausschiebt bis zum Ende der Höchstträchtigkeitsdauer und, wenn der Käufer vor diesem Zeitpunkte die Gewißheit erlangt hat, daß das Tier nicht trächtig ist, bis zu dem Tage, an welchem diese Gewißheit erlangt wird. Ebensowenig zutreffend ist die Ansicht Hankes (Sonderrecht des Viehkaufs 141 ff.), nach welcher der Beginn der 6wöchigen Verjährungsfrist hinausgeschoben wird bis zum Ende der gewöhnlichen Trächtigkeitsdauer. Beide Ansichten sind insbesondere deshalb nicht zutreffend, weil gewöhnliche, mittlere und höchste Trächtigkeitsdauer Begriffe sind, welche in der tierärztlichen Wissenschaft nicht feststehen. Das Extrem der Trächtigkeit schwankt: a) beim Rinde nach de Bruin zwischen 210—400 Tagen; b) beim Pferde nach Albrecht zwischen 307—410 Tagen; c) beim Schafe nach Sabatini

zwischen 137—162 Tagen; d) beim Schweine nach Sabatini zwischen 106—124 Tagen. Die Mehrzahl der Gerichte vertritt meinen Standpunkt (451). 3. Trächtigkeitsgarantie mit Gewährfrist. a) Fromherz 233 ist meiner Ansicht. Die gegenteiligen Ausführungen Hankes 146 ff. sind unrichtig (Begründung s. 454 ff.). b) Das frühere bayerische Recht (BayObLG. 4 98 ff.) hat im Falle der Zusicherung des Kalbens auf einen bestimmten Zeitpunkt immer die Vereinbarung einer Gewährfrist angenommen. Die Mehrzahl der Gerichte (457) vertritt meinen Standpunkt. 4. Der Komm. v. RGR. § 492 Anm. 3 u. 4 und Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. (2) III, 351 § 382 Anm. 2 vertreten meinen Standpunkt. 5. Nicht zutreffend Krückmann, JW. **12** 572 bis 573. 6. Bezüglich der Rechtsprechung vgl. Stölzle, Gerichtliche Entscheidungen des ersten Jahrzehnts über den Viehkauf 159 ff. Vgl. auch die Auseinandersetzungen Stölzle mit Krückmann, JW. **12** 572 u. 1015.

II. (Vgl. JDR. **5**, **6** zu §§ 490, 492, **7**, **8** Ziff. 1, **9** Ziff. 6, **10** Ziff. 1 u. 2.) a) HessRspr. **12** 5 (Gießen). Das bloße arglistige Verschweigen eines Mangels des verkauften Tieres ist für die Währschaft bei Viehändeln nur dann von rechtlicher Bedeutung, wenn es sich auf einen der gesetzlichen Hauptmängel bezieht. Auch arglistige Täuschung bezüglich eines Nichthauptmangels begründet keinen Wandelungsanspruch. Wohl aber kann die arglistige Täuschung des Käufers, die gegen die guten Sitten und den Anstand im Verkehre verstößt und mit einer vorsätzlichen Schädigung des Käufers verbunden ist, als unerlaubte Handlung nach § 826 den Käufer zum Verlangen des Schadensersatzes berechtigen. b) SeuffBl. **12** 150 (Stuttgart). Arglistiges Verschweigen eines Nichthauptmangels gibt es nicht. Auch in diesen Fällen, in welchen eine Eigenschaft ohne Vereinbarung einer Gewährfrist zugesichert wurde, können dem Käufer die im § 490 Abs. 3 bezeichneten Rechte nur dadurch gewahrt werden, wenn er innerhalb der 6 wöchigen Verjährungsfrist Mängelanzeige erstattet hat. Handelte der Verkäufer bei Zusicherung der Eigenschaft arglistig, so bleiben dem Käufer die im § 490 Abs. 3 bezeichneten Rechte auch ohne Vornahme der Mängelanzeige erhalten.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. 1. Beweislast (JDR. **9** Ziff. 1). a) ElsLothJZ. **11** 625 (Colmar) [z. T. schon JDR. **10**]. Auch beim Kaufe nach Probe bleibt die Regel bestehen, daß der Kläger zu beweisen hat, daß er den bei der Probelieferung gemachten Zusicherungen entsprochen, daß er insbesondere musterkonform geliefert hat. b) OLG. **24** 333 (Braunschweig). Ein Kauf auf Probe bürdet dem Verkäufer keineswegs unter allen Umständen die Beweislast der Probemäßigkeit auf, sondern nur in dem Falle, daß der Käufer die Ware überhaupt nicht angenommen hat. Hat er sie als — wenn auch nur im allgemeinen dem Vertrag entsprechend — Erfüllung angenommen, so muß er die Probewidrigkeit beweisen.

2. Über die Bedeutung der Vereinbarung „wie besehen" vgl. SeuffA. **67** 241.

§ 495. 1. *Raape, Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte 50 ff. Die hier geschehene Anerkennung der Wollensbedingung erscheint nicht unüberwindlich, keinesfalls ist sie zu verallgemeinern (vgl. oben Ziff. I 2 zu § 158).

2. **RG.** 22. 6. 12, JW. **12** 858, BayRpflZ. **12** 459. Bei einem Kaufe auf Besicht hat die Billigung des Kaufgegenstandes an sich nicht schon die Wirkung, daß der Käufer auf das Recht verzichtet, Mängel zu rügen und Gewährleistung zu verlangen. Ob sie diese Nebenwirkung haben soll, hängt von den Umständen des Falles ab, hauptsächlich von ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung der Parteien.

§ 496. Satz 2. *Raape, Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte 53. Diese Bedingung des Schweigens (nisi emptor noluerit) ist von der Bedingung der Billigung (si emptor voluerit) wohl zu unterscheiden; sie ist eine Willkürbedingung, also eine echte und wahre Bedingung und nicht eine sog. Wollensbedingung (vgl. oben Ziff. I 2 zu § 158).

2. Wiederkauf.

§ 497. *Raape, Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte 54 ff. Das Wiederkaufsrecht ist übertragbar; der Zessionar tritt nicht bloß in die Aktiv-, sondern auch in die Passivrechte des Verhältnisses ein — ein Argument gegen die Auffassung, daß der Wiederkaufsberechtigte bedingt verpflichtet sei, nämlich unter der Bedingung seines Wollens (vgl. oben Ziff. I 2 zu § 158). Über die Verstempelung vgl. 82 ff.

3. Vorkauf.

§ 504. 1. *Raape, Wollensbedingung 54 ff. Der § 313 ist entsprechend anwendbar (vgl. oben Ziff. I 2 zu § 158).

2. *Walsmann, Verzicht 155. Auf das Vorkaufsrecht kann durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Vertragskontrahenten verzichtet werden. Gleiches gilt für das Wiederkaufsrecht.

3. **RG.** 29. 12. 11, R. **12** Nr. 567. Ein Vertrag, durch den hinsichtlich eines Grundstücks ein persönliches Verkaufsrecht eingeräumt wird, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Dies gilt auch dann, wenn die Einräumung des Vorkaufsrechts im Anschluß an einen Mietvertrag erfolgt (vgl. **RG. 72** 385, JDR. **9**).

§ 505. **RG.** 14. 6. 12, JW. **12** 858. Ein vertragsmäßiges Vorkaufsrecht erlischt nicht durch einseitige Verzichtserklärung, sondern nur durch vertragliche Vereinbarung.

§ 514. *Raape, Wollensbedingung 54 ff. Bei Abtretung des Vorkaufsrechts tritt der Erwerber nicht bloß in die Aktiv-, sondern auch in die Passivrechte des Verhältnisses ein (vgl. oben zu § 497). Über die Verstempelung s. 79 ff.

4. Tausch.

§ 515. 1. *Raape, Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte 54. Im Falle eines Wiedertauschrechts ist § 351 entsprechend anwendbar, nicht dagegen auch § 350. Der Berechtigte ist nicht etwa auch bedingt, nämlich unter der Bedingung seines Wollens, verpflichtet (vgl. o. Ziff. 1 zu § 351).

2. **RG.** 20. 12. 11, JW. **12** 343. Haben die Vertragsparteien erklärt, daß sie sich von der Beschaffenheit der Tauschobjekte durch eigenen Augenschein überzeugt haben, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß damit Ausschluß der Gewährleistung für alle Sachmängel, nicht nur für die bei einer äußerlichen Besichtigung ohne weiteres erkennbaren, vereinbart worden ist.

3. BadNotZ. **12** 51 (Zoll- und Steuerdirektion Karlsruhe). Werden zwei Grundstücke in der Weise „getauscht", daß der eine Teil ein Grundstück des anderen mit einer den vollen Tauschanschlag erschöpfenden Hypothek übernimmt, so sind unter dem Gesichtspunkte der geschuldeten Verkehrssteuer nicht ein Tauschvertrag, sondern zwei Kaufverträge anzunehmen.

Zweiter Titel. Schenkung.

§ 516. I. 1. *Droß, Der Erstattungsanspruch preußischer Armenverbände 36 ff. Die Unterstützung, die der Armenverband gewährt, ist keine Schenkung, die unter der Bedingung gegeben wird, daß der Unterstützte das Erhaltene zurückzugeben habe, sobald sich seine Vermögensverhältnisse bessern. Denn der Armen-

verband schließt mit dem zu Unterstützenden keinen Vertrag. Auch mangelt ihm die Schenkungsabsicht, da er mit der Unterstützungsgewährung lediglich seiner öffentlichrechtlichen Pflicht gegenüber dem Staate nachkommt.

2. *Ricks, Vorlegung des Hypothekenbriefs, DNotV. **12** 235 ff. Bei der Beurteilung, ob ein wahrer Schenkungsvertrag zwischen Eheleuten bzw. eine wahre Schenkung des Mannes an die Frau vorliegt, muß auch berücksichtigt werden, daß es sich um besonders geartete Verträge handelt, daß bei Schenkungen an die Frau schon deshalb fast stets eine Bereicherung vorliegt, weil der Mann, ohne daß dies zum Ausdrucke gelangt, seine bisherigen Pflichten weitererfüllt, Zinsen und Lasten weiterträgt und die Frau dies in nahezu allen Fällen nicht kann; weil endlich die Frau nicht belastet, sondern bevorzugt werden soll. Das Leben entscheidet! Nicht nur die Zahlen des Grundbuchs und der Steuerbücher oder der äußere Vertragsinhalt! Die trotz der Grundstücksübertragung vom Manne beibehaltenen Pflichten sind also ihrem Werte nach dem Werte der Vertragsleistungen zuzurechnen (vgl. auch JW. **11** 998).

II. 1. MecklZ. **30** 257 ff. (Rostock). Keine Schenkung liegt vor, wenn einem Angestellten, dem nach dem Vertrag auf sofort gekündigt werden konnte, nach erfolgter Kündigung Gehalt und Tantieme in bestimmter Höhe noch auf gewisse Zeit weiter gezahlt wird, zum Ausgleiche der Härte, die für ihn in der plötzlichen, durch keinerlei Verschulden auf seiner Seite veranlaßten Entlassung lag (vgl. **RG. 75** 325, JDR. **10** Ziff. II 1).

2. Ausstattung (JDR. **10** Ziff. II 2). **RG.** 17. 6. 12, GruchotsBeitr. **56** 1003. Auch eine Ausstattung, die das den Umständen entsprechende Maß übersteigt, ist nur dann Schenkung, wenn die Begriffsbestimmung des § 516 Abs. 1 zutrifft, beide Teile also über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind. Dies ist nicht der Fall, wenn die Parteien die Ausstattung der Tochter, die ihrem Bräutigame gegenüber zugesagt wird, auch nur subjektiv als Gegenleistung, als Abgeltung für die Heirat anzusehen, die der Bräutigam verspricht oder doch in Aussicht stellt.

§ 518. 1. Vollziehung der Schenkung (JDR. **9** Ziff. 1, **10** Ziff. 5). **a)** HansGZ. **12** Beibl. 100 (Hamburg). Eine Schenkung kann nicht dadurch vollzogen werden, daß darüber eine Schuldurkunde ausgestellt wird, in welcher der Schenker bekennt, von dem Beschenkten ein bares Darlehen in Höhe des Schenkungsbetrags empfangen zu haben. **b)** **RG.** 18. 12. 11, WarnE. **12** 116. Durch die buchmäßige Gutschrift eines versprochenen Betrags in den Büchern des Versprechenden wird eine Schenkung nicht ohne weiteres vollzogen.

2. Versprechen von Unterhaltsrenten. **a)** HansGZ. **12** Beibl. 44 (Hamburg). Verspricht der Ehemann nach der Scheidung der für allein schuldig erklärten Frau eine Unterhaltsrente, so liegt ein dem Formzwange des § 518 unterworfenes Schenkungsversprechen vor. **b)** In demselben Sinne HansGZ. **12** Beibl. 45 (Hamburg), wo das Vorliegen einer formbedürftigen Schenkung bejaht wird, wenn der Mann vor vollzogener Scheidung seiner Frau Alimente für den Fall verspricht, daß sie im Scheidungsprozesse für schuldig erklärt wird. **c)** **RG.** 7. 12. 11, R. **12** Nr. 568. Wer sich auf den Formmangel eines Unterhaltsversprechens beruft, aus dem dessen Unentgeltlichkeit nicht erhellt, hat dafür die Beweislast.

3. Schenkung von Sparkassenguthaben (s. zunächst JDR. **9** Ziff. 3). Zu vgl. auch SchlHolstAnz. **12** 358 (Kiel).

4. SeuffA. **67** 57 (Rostock). Das Versprechen des Schenkenden, die Schenkungssteuer zu tragen, ist formbedürftig.

§ 534. Anstandspflicht zu Schenkungen (JDR. **8**, **9**, **10**). **RG.** 23. 1. 12, **78** 412 (anläßlich des Erbschaftssteuergesetzes). Für eine Aktiengesellschaft oder für denjenigen, welcher Inhaber des größten Teiles ihrer Aktien ist,

besteht keine sittliche Pflicht oder Anstandspflicht zu Schenkungen zugunsten der bei der Aktiengesellschaft beschäftigten Arbeiter oder deren Hinterbliebenen.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

Vorbemerkung: Im Betriebsjahre ist wiederum eine Reihe praktisch wichtiger Einzelfragen erörtert worden. Verschiedene Auslegungen läßt der mit Ehegatten abgeschlossene Mietvertrag zu, die namentlich im Falle des Todes des einen Teiles Bedeutung erlangen. Zum Begriffe der Versetzung im § 570, zur Frage der Gültigkeit mündlicher Abänderungen eines schriftlichen Mietvertrags und über die Anbringung von Reklameschildern an Häusern liegen neue Entscheidungen vor. Wurzer erörtert, welche Ansprüche ein Gasthausbesitzer hat, wenn ein Gast in dem gemieteten Zimmer stirbt (s. Ziff. 2 zu § 550).

Literatur: Borcherdt, Handbuch des deutschen Mietrechts (2). Breslau 1912. — Eckstein, Mietvertrag mit Ehegatten, JW. **12** 896—897. — Fuchs, Einfluß der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks auf die Haftung des Bürgen des Mieters, R. **12** 13—17. — Ude, Inwieweit finden die Vorschriften des § 565 BGB. auf die vertragsmäßigen Kündigungsfristen Anwendung? GruchotsBeitr. **56** 705—709. — Wurzer, Welche Ansprüche hat der Gasthausbesitzer, wenn ihm durch Krankheit und Tod des Gastes Schaden entsteht? GruchotsBeitr. **56** 174—187.

I. Miete.

§ 535. I. 1. Schrankfachvertrag (JDR. 2 Ziff. 1 a, **4** Ziff. I 1, **5** Ziff. I, **6** Ziff. I 1 a, **7** Ziff. I 3 und unten Ziff. 1 zu § 581). Loebner, KGBl. **12** 86 ff. Ein Stahlkammerfachvertrag mit alleinigem Verschlusse des Faches durch den Kunden stellt sich nicht als ein Mietvertrag dar, da die Kustodiapflicht der Bank auch in diesem Falle sich nicht in der Legitimationsprüfung der übrigen Tresorkunden erschöpft, die Bank vielmehr fortwährend eine Bewachung der ganzen Einrichtung auszuüben hat.

2. Mietvertrag mit Ehegatten (JDR. **4** Ziff. IV, **7** Ziff. I 2 d, **8** Ziff. I). Eckstein, JW. **12** 896 f. Auch wenn der Mietvertrag von vornherein mit beiden Ehegatten als Mieter abgeschlossen worden ist, steht sowohl dem Vermieter als der Ehefrau beim Tode oder bei der Versetzung des Ehemanns das Kündigungsrecht zu. In solchem Falle will die Ehefrau ebenso wie bei Mitunterzeichnung des mit dem Ehemanne geschlossenen Vertrags (s. Oertmann, DJZ. **05** 1079), nicht einen selbständigen zweiten Mietvertrag abschließen, sondern nur dem mit dem Ehemanne geschlossenen Vertrage beitreten, nur die Mietshaftung des Ehemanns als Gesamtschuldnerin übernehmen. Vgl. auch unten zu § 569.

II. 1. Mündliche Abänderungen eines Mietvertrags (JDR. **8** Ziff. II 4). OLG. **24** 355 (Braunschweig). Mündliche Abänderungen eines Mietvertrags sind ungültig, wenn im Vertrage vereinbart ist, „später getroffene Vereinbarungen haben nur dann Wirkung, wenn sie schriftlich getroffen sind". Ein vertragsmäßiger Verzicht auf die vertragsmäßige Schriftform bedarf in solchem Falle zu seiner Gültigkeit gleichfalls der Schriftform. Genügen würde ein dahingehender, von beiden Parteien unterschriebener Vermerk im Mietvertrage.

2. Anbringung von Reklamen und Schildern an Häusern (JDR. **4** Ziff. V 4 b, **6** Ziff. II 3, 8 Ziff. II 2, **9** Ziff. II 2). **RG.** 26. 10. 12, **80** 281 ff., JW. **13** 94. Bei Geschäftshäusern umfaßt die Miete von Geschäftsräumen, mögen sie im Erdgeschoß oder in den oberen Stockwerken liegen, beim Mangel besonderer Vertragsbestimmungen regelmäßig auch die Außenwand des Hauses, soweit sie den gemieteten Räumen entspricht und zu Reklamezwecken sich eignet, in den oberen Stockwerken in einer Erstreckung von der Unterkante der Fenster bis zur Unterkante der darüber befindlichen Fenster (vgl. **RG.** JW. **05** 367). Auf diesen Teil der Außenwand erstreckt sich daher der Besitzschutz des Mieters.

3. Bedeutung der Schankerlaubnis für Mieträume (JDR. **9** Ziff. II 3 a, **10** Ziff. II 5). OLG. **24** 338 (Naumburg). Entziehung der Schankerlaubnis ist im Zweifel nicht als auflösende Bedingung des Mietvertrags anzusehen.

4. LG. III Berlin, KGBl. **12** 81 ff. Die im Mietvertrage getroffene Vereinbarung einer Haftung des Mieters für den Mietausfall, wenn der Vermieter zur Räumungsklage hat schreiten müssen, stellt sich als eine rechtlich zulässige vertragliche Übernahme einer Schadensersatzpflicht durch den Mieter dar. In solchem Falle hat der Mieter die Beweislast dafür, daß der Vermieter die Lokalitäten mit Vorteil hat nutzen können.

5. HansGZ. **12** Beibl. 252 (Hamburg). Der Vermieter, der wegen nichtbezahlter Miete Illaten des Mieters zurückhält, kann nicht bis zur Freilassung derselben weitere Mietzahlung verlangen. Der § 557 findet keine Anwendung, da dieser Anspruch nur dann gegeben ist, wenn der Mieter nach Ablauf der Mietzeit im Besitz der Mietsache verbleibt.

6. a) OLG. **25** 13 (München) über die Haftung eines Badebesitzers für verkehrssichere Kabinen. b) LG. Frankfurt, FrankfRundsch. **46** 184 ff behandelt die Frage, wann der Badeanstaltsbesitzer für Diebstahl aus Badekabinen haftet.

§ 536. 1. Beleuchtungspflicht (JDR. **6** Ziff. 1, **7** Ziff. II 1). **RG.** 20. 3. 12, GruchotsBeitr. **56** 934, BayRpflZ. **12** 257. Wenn der Hauseigentümer in einer Hausordnung, die er als Bestandteil des Mietvertrags von dem Mieter hat anerkennen lassen, bestimmt hat, daß jeder Mieter die Zugänge und die Treppe zu seiner Wohnung zu beleuchten habe, wenn also der vertragschließende Mieter weiß, daß der Hauswirt auch mit den übrigen Mietern Verträge mit dieser Bestimmung abgeschlossen hat, so wird durch einen von dem Hauseigentümer mit einem Mieter auf dieser Grundlage abgeschlossenen Mietvertrag nicht nur die Beleuchtungspflicht bezüglich des zur eigenen Wohnung des Mieters gehörenden Flures und der zu dieser Wohnung führenden Treppe betroffen, sondern der Mieter erläßt durch einen solchen Vertrag dem Hauseigentümer auch die Beleuchtungspflicht hinsichtlich der zu den Wohnungen der übrigen Mieter gehörenden Flure und Treppen. Erläßt jedoch der Hauseigentümer einem Mieter diese Pflicht, so verstößt er gegen die vertragliche Vereinbarung und haftet für daraus entstandenen Schaden.

2. HansGZ. **12** Beibl. 97 (LG. Hamburg). Der Vermieter kann von dem Mieter, der vor Ablauf des Mietvertrags die Wohnung geräumt hat, nicht mehr den Mietzins bis zum Ablaufe der Vertragszeit fordern, wenn er die Wohnung in dieser Zeit nicht nur in Stand setzen, sondern sogar völlig umbauen läßt. Der die Wohnung nicht benutzende Mieter braucht die Miete nur zu zahlen, wenn der Vermieter die Gebrauchsmöglichkeit gewährt, also die Wohnung in bewohnbarem Zustande bereit hält.

3. R. **12** Nr. 990 (Hamburg). Wird eine Wohnung mit einer Zentralheizung vermietet, so ist es Sache des Vermieters, den Mieter auf die Gefahren hinzuweisen, die der Zentralheizung durch Frost drohen. Hat er das unterlassen, so kann er den Mieter nicht dafür verantwortlich machen, wenn die Heizung infolge Frostes einfriert und dadurch beschädigt wird.

§§ 537, 538. **RG.** 2. 7. 12, R. **12** 3044. Der Pächter des Restaurationsbetriebs eines als erstklassig bezeichneten Sportunternehmens kann verlangen, daß das Unternehmen selbst in einer den Bedürfnissen und Gewohnheiten des Sportpublikums entsprechenden Weise durchgeführt wird. Läßt der Unternehmer es hieran fehlen, so stehen dem Pächter die Rechte aus §§ 537, 538 BGB. zu.

§ 537. R. **13** Nr. 28 (Hamburg). Auch Fehler an eingemauerten Wasserleitungsrohren gehören zu den Mängeln der Mietsache im Sinne des § 537.

§ 538. 1. *Walsmann, Verzicht 245. Zum Verzicht auf das Widerrufsrecht des Schenkers genügt einseitige Erklärung gegenüber dem Beschenkten (vgl. 19).

2. Über Gefährdungshaftung und Gefahrtragung vgl. den Bericht von Müller-Erzbach o. vor § 241.

3. Abs. 2. (Vgl. JDR. **9** Ziff. 4). **RG.** 24. 9. 12, BayRpflZ. **12** 460. Der Anspruch des Mieters aus Abs. 2 auf Ersatz seiner Aufwendungen stellt sich nicht als eine Forderung aus auftragloser Geschäftsführung, sondern als eine Forderung aus dem Mietverhältnisse dar. — Im übrigen wird erörtert, unter welchen tatsächlichen Verhältnissen der Vermieter gegenüber einem Schadensersatzanspruche des Mieters wegen Mangels der Mietsache sich auf Mitverschulden berufen kann, weil der Mieter nicht nach § 554 gekündigt und den Mangel nach § 538 Abs. 2 nicht selbst beseitigt hat.

§ 539. Nachträgliche Erlangung der Kenntnis von Mängeln der Wohnung (JDR. **9**). HansGZ. **12** Beibl. 69 (Hamburg). Erlangt der Mieter innerhalb der Mietzeit Kenntnis von einem Mangel der Mietsache und setzt er in dieser Kenntnis das Mietverhältnis fort, so kann er sich nicht mehr auf die Mangelhaftigkeit berufen und Schadensersatzansprüche aus ihr herleiten.

§ 544. Eindringen von Gerüchen (JDR. **6**, 8 Ziff. 1). **a) RG.** 2. 1. 12, JW. **12** 288. Bei dem dauernden Eindringen unerträglicher übler Gerüche kann eine erhebliche Gefährdung der Gesundheit, die das außerordentliche Kündigungsrecht des Mieters begründet, gegeben sein. **b)** SeuffBl. **12** 152 (Nürnberg). § 544 setzt eine „Beschaffenheit" des Raumes voraus, die die Gesundheit gefährdet; es genügt also zu seiner Anwendbarkeit nicht ein gelegentlich auftretender Übelstand, sondern es muß sich um eine andauernde Eigenschaft der Mietsache handeln. Allerdings genügt zur Anwendung des § 544 auch die Einwirkung von seiten Dritter, z. B. durch Gerüche oder Geräusch; die Einwirkung muß aber dann eine dauernde sein.

§ 545. **RG.** 13. 4. 12, SeuffBl. **12** 503. Die Haftung des Besitzers eines Hausgrundstücks aus § 836 BGB. wird durch Unterlassung der dem Mieter gemäß § 545 obliegenden Anzeige dann jedenfalls nicht ausgeschlossen, wenn es sich um einen von außerhalb wahrnehmbaren Mangel handelt und Personen außerhalb der Mieträume auf der öffentlichen Straße bedroht werden (vgl. den anders liegenden Fall **RG. 68** 161).

§ 548. 1. DJZ. **12** 1535 (Stuttgart). Der Mieter haftet für einen Schaden, der an der Mietwohnung infolge Tötung der Frau des Mieters und Selbstmord ihres Liebhabers in der Wohnung entstanden ist.

2. Darüber, ob der ausziehende Mieter verpflichtet ist, die gegipsten Lokale, wie z. B. die Küche weißen zu lassen, vgl. WürttZ. **12** 192.

§ 549. 1. OLG. **24** 352, SächsOLG. **33** 377 (Dresden). Der Vermieter kann eine angemessene Frist beanspruchen zur Erkundigung über die Zahlungsfähigkeit und die persönlichen Verhältnisse eines vorgeschlagenen neuen Mieters sowie über dessen Hausstandsangehörige.

2. Vgl. auch Hausmeister unten Ziff. I 1 zu § 559.

§ 550. 1. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 50 ff. (Allgemeines vgl. oben § 241 Ziff. 2). Voraussetzung der Unterlassungsklage bei relativen Rechten ist außer dem Bestehen des relativen Rechtes und der Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen (§ 1004 BGB.) die Tatsache, daß vor Klagerhebung eine Verletzung und — in gewissen Fällen — eine Abmahnung erfolgt ist. Die Beeinträchtigung muß objektiv widerrechtlich und mindestens durch Fahrlässigkeit herbeigeführt sein. — Eine Abmahnung muß der Unterlassungsklage dort vorausgehen

wo die Verbindung der Parteien sich auf einen außerhalb ihrer Persönlichkeit bestehenden Gegenstand in tatsächlicher Mitherrschaft bezieht (133), z. B. bei der Klage aus § 1217 Abs. 1 BGB., aus der Gemeinschaft, dem Miterbenverhältnis u. ä.; über Anerkenntnis bei Fehlen der Abmahnung s. ebenda.

2. Erkrankung und Tod eines Hotelgastes. (JDR. **2, 5, 9** u. **10** Ziff. 2 zu § 548.) *Wurzer, GruchotsBeitr. **56** 174. Über die Ansprüche, die der Gasthausbesitzer hat, wenn ihm durch Krankheit und Tod eines Gastes Schaden entsteht: a) In dem Gastaufnahmevertrag ist keine stillschweigende Nebenverpflichtung des Gastes enthalten, daß er dem Wirte den durch eine ansteckende Krankheit und durch Tod entstehenden Schaden zu ersetzen habe. b) Eine derartige stillschweigende Vereinbarung liegt aber dann vor, wenn ein solcher Kranker nach Ausbruch der Krankheit mit Wissen des Wirtes das Zimmer weiter benutzt. c) Die Benutzung des Zimmers durch den Kranken ist objektiv rechtswidrig; sie verpflichtet ihn aber nur dann zum Schadensersatze, wenn gleichzeitig ein Verschulden vorliegt. d) War die von dem bewußtlosen Kranken ausgehende Einwirkung auf das Zimmer notwendig zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr und war der drohende Schaden gegenüber dem den Wirt entstehenden unverhältnismäßig groß, so hat der Wirt den Ersatzanspruch aus § 904 BGB. e) Abgesehen von diesem Falle hat der Wirt den Ersatzanspruch des Geschäftsführers ohne Auftrag, wenn es im Interesse des bewußtlosen Kranken lag, daß er im Gasthause verblieb. f) Dies gilt auch für den Fall eines plötzlichen Todes. In jedem Falle hat der Wirt einen Ersatzanspruch nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung.

§ 552. RG. 15. 3. 12, **79** 92 ff., JW. **12** 636. Der Mieter, der die Mieträume zum Betrieb einer Filiale seines Stellenvermittlergeschäfts gemietet hatte, kann nicht vom Vertrage zurücktreten, wenn die Errichtung von Zweiggeschäften der Stellenvermittler gesetzlich verboten wird (vgl. auch JDR. **10** Ziff. II 6).

§ 554. 1. LG. III Berlin, KGBl. **12** 81 erörtert, unter welchen Umständen der Verzug des Mieters bei Entrichtung des Mietzinses dadurch beseitigt wird, daß der Vermieter das kurz nach Eintritt des Verzugs gemachte Angebot des an sich zahlungswilligen Mieters zurückweist.

2. DJZ. **12** 508 (LG. I Berlin). Läßt der Vermieter den Mieter trotz unvollständiger oder unpünktlicher Mietzahlung noch längere Zeit in der Wohnung, so bedeutet dies einen Verzicht auf das Recht der Räumung. Auch der Umstand, daß der Vermieter erst längere Zeit nach der Fälligkeit des Mietzinses durch die von ihm mit der Einziehung betraute Person von der unvollständigen oder unpünktlichen Zahlung Kenntnis erhielt, ändert hieran nichts. Sache und Pflicht des Vermieters ist es, nach Fälligkeit der Mietzahlung sich Kenntnis davon zu verschaffen, ob der Mieter pünktlich gezahlt hat. Unterläßt er dies, so gibt er damit zu erkennen, daß er auch für den Fall der unpünklichen oder unvollständigen Zahlung der Miete von seinem Exmissionsrechte keinen Gebrauch zu machen gewillt sei.

§ 559. I. 1. *Hausmeister, PrVerwBl. **33** 345. Das Vermieterpfandrecht ist, vollends bei Pränumerandozahlung, ein wirtschaftlich unberechtigtes Privileg für den Hauswirt, das, infolge der Möglichkeit schikanöser Ausübung, dem Vermieter — mehr noch tatsächlich wie rechtlich — eine überlegene Position verschafft. Am schutzlosesten sind die Untermieter der Willkür ihrer Wirtinnen usw. preisgegeben. Da eine Änderung der bestehenden Gesetze vorläufig nicht zu erwarten steht, sollten durch vernünftige Interpretation des Begriffs „einbringen" und durch polizeilichen Schutz gegen Nötigungen, Verletzungen des Hausfriedens usw. von seiten des Hauswirts bzw. Hauptmieters wenigstens die schlimmsten Übelstände gemildert werden.

2. Über Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, vgl. oben zu §§ 104 ff.

II. BadRpr. **12** 151 (Karlsruhe). Auch bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrage kann der Vermieter ohne Rücksicht auf die Möglichkeit früherer Kündigung gegenüber den Pfändungsgläubigern sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung für das laufende und das folgende Jahr geltend machen. Die entgegenstehende, insbesondere von Mittelstein (auch OLG. Karlsruhe, DJZ. **02** 372) verteidigte Ansicht will als Grenze den Zeitpunkt setzen, auf den zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts das Mietverhältnis zuerst gekündigt werden kann.

§ 560. SeuffA. **67** 192 ff. (Hamburg) bereits JDR. **10**.

§ 561 1. *Graff, R. **12** 633. Passiv legitimiert ist nicht der Mieter als solcher, sondern der (mittelbare oder unmittelbare) Besitzer der Sachen. Die Klage kann auch gegen den bloßen Besitzgehilfen (§ 855 BGB.) gerichtet werden.

2. SächsRpflA. **12** 35 (LG. Dresden). Solange der Mieter die Mieträume innehat, erlischt das Pfandrecht des Vermieters grundsätzlich mit der Entfernung der eingebrachten Sachen vom Grundstücke. Die alsdann dem Vermieter nach § 561 zustehenden Rechtsbehelfe — Verhinderung der Entfernung, Herausgabeanspruch gegen den Entfernenden zum Zwecke der Zurückschaffung — haben deshalb auch das Ziel, die vom Gesetze gewollte tatsächliche Verbindung der Sachen mit dem Grundstück aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen. Es genügt nicht, daß der Vermieter die Herausgabe der Sachen zum Zwecke der Zurückschaffung fordert und auch erlangt, dann aber sie nicht in das Grundstück bringt, sondern sie anderswo in Verwahrung hält. Es genügt noch weniger, daß er sich den mittelbaren Besitz an den fortgeschafften Sachen verschafft, ohne dabei den Zweck der Zurückschaffung überhaupt im Auge zu haben.

§ 565. 1. *Ude, GruchotsBeitr. **56** 705 ff. Bei der Beantwortung der Frage, ob der § 565 auch auf die vertragsmäßigen vierteljährigen und halbjährigen Kündigungsfristen Anwendung findet, ist zu berücksichtigen, daß es sich hierbei um eine E gänzung des Parteiwillens handelt, bei der nur die Verkehrssitte am Orte des Vertragsschlusses von ausschlaggebender Bedeutung sein kann. Eine generelle Regel läßt sich in diesem Falle nicht aufstellen.

2. FrankfRundsch. **45** 257 (Frankfurt a. M.) legt eine von „jährlicher" Kündigung sprechende Bestimmung des Mietvertrags dahin aus, daß damit eine einjährige Kündigungsfrist vereinbart worden sei.

§ 566. 1. Ist Satz 2 zwingend? (vgl. zunächst JDR. **8, 9, 10** Ziff. 1). KGBl. **12** 120 (KG.). Geht die übereinstimmend erklärte Absicht der Parteien dahin, einen Mietvertrag auf eine bestimmte Reihe von Jahren abzuschließen, so hat der mündliche Vertrag überhaupt keine Wirkung; es kommt auch kein Vertrag auf ein Jahr zustande.

2. **RG.** 23. 1. 12, JW. **12** 389. Der § 566 Satz 2 ist nur dann anwendbar, wenn der Mietvertrag mündlich gültig geschlossen ist, d. h. wenn die Vertragsteilnehmer an den mündlich geschlossenen Mietvertrag gebunden sein wollten (vgl. JW. **08** 446, JDR. **7** Ziff. 4). Dies ist dann nicht der Fall, wenn für den Vertrag Schriftform vereinbart, aber nicht erfüllt ist. In diesem Falle greift § 154 Abs. 2 BGB. Platz; im Zweifel ist der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.

3. **RG**. 25. 9. 12, JW. **12** 1101. Zur Erfüllung der Schriftform des § 566 ist, wenn die Urkunde durch einen Vertreter unterzeichnet ist, erforderlich, daß sich das Vertretungsverhältnis aus der Urkunde ergibt (vgl. jedoch hinsichtlich der Wahrung der Schriftform des § 126 o. Ziff. 2 zu § 126.)

4. **RG.** R. **12** Nr. 3066. Ein Vertrag, durch den einem Dritten ein selbständiges Kündigungsrecht in bezug auf einen zwischen anderen bestehenden Pachtvertrag eingeräumt wird, ohne daß der Dritte im übrigen die Rechte eines Verpächters oder Pächters übernimmt, bedarf nicht der im § 566 Satz 2 bestimmten Form.

§ 568. 1. SächsRpflA. **12** 35 f. (LG. Dresden). § 568 erfordert nicht eine Fortsetzung des Mietverhältnisses, nicht das Vorhandensein eines Willens des Mieters, das Mietverhältnis als solches fortzusetzen, sondern nur ein tatsächliches Behalten der Mietsache, ohne Rücksicht darauf, ob die Sache auch weiter gebraucht worden ist oder nicht. Bei solchem tatsächlichen — dem Mieter vielleicht gar nicht zum Bewußtsein kommenden — Weiterbehalten gilt das Mietverhältnis als verlängert.

2. Vgl. *Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne, o. zu §§ 104 ff.

§ 569. Tod eines Mitmieters (vgl. Winter, JDR. **6**). Francke, SeuffBl. **12** 161. Stirbt von mehreren Mitmietern der eine, ohne daß bezüglich des Kündigungsrechts aus § 569 etwas vereinbart ist, so wirkt eine von den Erben des Verstorbenen oder von dem Vermieter vorgenommene Kündigung nur zwischen ihnen und dem Vermieter, befreit also diesen und den anderen Mieter nicht voneinander hinsichtlich der jenseits der Wirkung der Kündigung liegenden Zeit des laufenden Mietverhältnisses. Der Vermieter aber wird, wenn das Vermögen des überlebenden Mitmieters ihm nicht genügende Sicherheit bietet, für den Mietzins der späteren Zeit auf Grund des § 321 BGB. Vorausbezahlung dieses Mietzinses oder Sicherheitsleistung verlangen können.

§ 570. Versetzung (JDR. **8** Ziff. 4, **9**, **10** Ziff. 1). a) **RG.** R. **12** Nr. 992 (Hamburg). Unter Versetzung im Sinne des § 570 ist der Beschluß der dem Beamten vorgesetzten Behörde zu verstehen, durch den seine Versetzung an einen anderen Ort angeordnet wird. Sobald dieser Beschluß dem Mieter bekannt geworden ist, sei es durch formelle Zustellung, sei es durch formlose Mitteilung unter der Hand, entsteht sein Recht zur Kündigung. b) OLG. **24** 356, HansGZ. **12** Beibl. 121, SeuffBl. **12** 224 (Hamburg). Wird ein Beamter pensioniert oder von seinem Amte ohne Anweisung eines anderen Wohnsitzes abberufen, so steht ihm das Kündigungsrecht nicht zu. Es genügt aber zur Anwendung des § 570 die Zurückberufung eines Konsuls an die Zentralstelle seiner Verwaltung, um dort weitere Verwendung abzuwarten.

§§ 571 ff. 1. *A. Fuchs, R. **12** 13 ff. Hat sich für die Verpflichtungen des Mieters eines Grundstücks aus dem Mietvertrag ein Dritter dem Vermieter gegenüber verbürgt, so haftet der Bürge im Falle der Veräußerung des Grundstücks dem neuen Eigentümer. Der Eintritt des Erwerbers in die Rechte des Veräußerers aus der Bürgschaft kann zwar nicht auf die §§ 401, 412 BGB. unmittelbar gestützt werden, weil im Falle des § 571 BGB. das bis dahin bestehende obligatorische Band vollständig gelöst wird. Das neue Schuldverhältnis soll aber den gleichen Inhalt wie das bisher bestehende haben, der Erwerber soll hinsichtlich seiner Rechtsstellung in bezug auf das Mietverhältnis stehen, wie der Veräußerer stand. Dies wird nur erreicht, wenn der Erwerber auch in die dem Veräußerer aus der Bürgschaft zustehenden Rechte eintritt. Die Bürgschaft ist zwar ein anderes obligatorisches Verhältnis als das Mietverhältnis, aber die Bürgschaft dient doch nur der Erfüllung der Verpflichtungen des Mieters, sie hat wirtschaftlich keine selbständige, von dem Mietverhältnisse loszulösende Bedeutung. Deshalb sind unter den aus dem Mietverhältnisse sich ergebenden Rechten im Sinne des § 571 BGB. alle Rechte des Vermieters aus dem Mietverhältnis einschließlich der Akzessorien dieser Rechte zu verstehen. Die Weiterhaftung des Bürgen ergibt sich übrigens auch aus § 572, jedenfalls dann, wenn, wie regelmäßig der Mieter den Bürgen gestellt, dieser sich also auf Veranlassung des Mieters verbürgt hat. Denn auch die Sicherstellung durch Bürgschaft ist eine Sicherheitsleistung im Sinne des BGB. (arg. §§ 232, 273 Abs. 3, 1281 Abs. 1 BGB.). S. auch unten zu §§ 1821 ff.

2. KGBl. **12** 103 ff. (LG. III Berlin). Entgegen der herrschenden Ansicht (Biermann, Sachenrecht § 928 unter 2; Planck, BGB. [3] III § 928 unter 2; Staudinger, BGB. [5/6] II zu § 571 B I 9) ist anzunehmen, daß das Mietverhältnis nicht mit der Aufgabe des Eigentums überhaupt aufhört; es dauert viel-

mehr trotzdem in rechtsähnlicher Anwendung des § 571 fort (so Hellwig, Rechtskraft 275 Anm. 18 und Schulze, Die Aufgabe des Grundeigentums 155 ff.).

3. MecklZ. **31** 5 (Rostock). Die Vorschriften der §§ 571 ff. finden auf den Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung auch dann Anwendung, wenn der frühere Eigentümer das Eigentum an dem Grundstück aufgegeben hat.

§ 577. 1. Bestellung eines Nießbrauchs. a) Eckstein, SeuffBl. **12** 571 f. Der Nießbraucher tritt nicht in die Mietverträge des Nießbrauchbestellers ein (aM. Mittelstein, Miete 514 und Schollmeyer, Besondere Schuldverhältnisse 81). Aus den vom Eigentümer eingegangenen Mietverträgen ist allein der Eigentümer in Anspruch zu nehmen. Der Mieter wird von dem Nießbrauchverhältnis überhaupt nicht berührt, er kann sich weder an den Nießbraucher halten, noch steht ihm das vorzeitige Kündigungsrecht des § 571 zu, dafür bleibt ihm aber der Eigentümer auch über den erstmöglichen Kündigungstermin hinaus verhaftet. Man wird sagen können, daß der Nießbraucher von denjenigen sich auf den Eigentumsübergang beziehenden Gesetzesbestimmungen mitbetroffen wird, die zum Schutze der Mieter erlassen sind. Es entspricht der Billigkeit, daß der Nießbraucher dem Mieter gegenüber verpflichtet ist, seinen Nießbrauch nur unter Respektierung der Rechte der Mieter auszuüben. b) KGBl. **12** 103 ff. (LG. III Berlin). Nach § 577 muß der § 571 auf den Nießbraucher zur Anwendung kommen, so daß ein Nießbraucher des Grundstücks „an Stelle des Vermieters" in die sich während der Dauer seines Nießbrauchs aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen eintritt (vgl. Staudinger [5/6] § 577 II 1 u. Oertmann, Recht der Schuldverh. § 577 1 a).

2. Über *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage vgl. oben Ziff. 1 zu § 550 und § 241 Ziff. 2.

II. Pacht.

Literatur: Horn, Bleibt der Jagdpächter jagdausübungsberechtigt, wenn der Eigentümer der eine Eigenjagd bildenden Grundstücke diese in der Jagdpachtperiode veräußert? Aschaffenburg 1912.

§ 581. 1. Cohnreich, Safemieten in der Zwangsverwaltung, JW. **12** 1124 erklärt sich gegen die Anwendung der Grundstücksvorschriften auf die Safes. Denn Grundstücksteile im Sinne des § 580, die entsprechend den Grundstücken benutzt werden, sind die Safes nicht. Wenn auch die Safes durch das Einbauen wesentliche Bestandteile von Grundstücken geworden sind, so sind sie doch nach der Verkehrsanschauung nicht solche Teile von Grundstücken, die wie Grundstücke benutzt und verwertet werden, sondern nach wie vor Teile von Geldschränken. Vgl. auch oben Ziff. I 1 zu § 535.

2. *Horn, Bleibt der Jagdpächter jagdausübungsberechtigt, wenn der Eigentümer der eine Eigenjagd bildenden Grundstücke diese in der Jagdpachtperiode veräußert? Der Charakter des Jagdrechts ist nach Landesrecht zu beurteilen. Hierbei ist die geschichtliche Entwickelung des Jagdrechts in den deutschen Einzelstaaten, die das Ergebnis der Entwickelung wiedergebende Gesetzgebung der Einzelstaaten über die Zugehörigkeit des Jagdrechts und die Stellung der Grundeigentümer bei der Ausübung der Jagdberechtigung, namentlich bei der Jagdverpachtung, sowie der Inhalt des Jagdrechts zu berücksichtigen. Danach ist das Jagdrecht, von einigen Besonderheiten abgesehen, kein selbständiges Recht, sondern ein Ausfluß des Eigentums am Grundstücke, mögen auch die einzelstaatlichen Gesetzgeber nach ihrem erklärten Willen ihm einen Inhalt gegeben haben, der dem ihm beigelegten Rechtscharakter nicht entspricht. Gegenstand des Pachtvertrags ist die Ausübung der Jagdberechtigung. Da der Pächter auch keinen Sach- oder Rechtsbesitz erlangt, gilt der Grundsatz: „Kauf bricht Jagdpacht".

3. Über *Jacobsohn, Unterlassungsklage 114 vgl. oben Ziff. 1 zu § 550 und Ziff. 2 zu § 241 und die dortigen Verweisungen.

4. SeuffA. **67** 391 (München). Die Überlassung eines Kiesfeldes zur Ausbeutung gegen eine einmalige Entschädigung stellt sich als Pacht dar, denn wenn auch in der Regel ein fortlaufender Pachtzins gezahlt wird, so steht nichts im Wege, ihn in einer einmaligen Leistung bestehen zu lassen (vgl. Staudinger, Anm. B III zu § 535).

5. **RG.** R. **12** Nr. 3068. Ein Vertrag, durch den jemand einem anderen die Nutzung eines Sportplatzes mit dessen Gebäuden und Einrichtungen überläßt, ist, auch wenn mit dem Vertrage demjenigen, an den die Überlassung erfolgt, die Verpflichtung zur Fortführung des Betriebs auferlegt ist, als ein Pachtvertrag, nicht als ein Dienstvertrag anzusehen.

6. a) **RG.** 7. 11. 11, R. **12** Nr. 42. Der Pächter der Garderobe eines Vergnügungsetablissements kann den Verpächter (Betriebsunternehmer) auf Beseitigung von Mißständen bei Mitnahme von Garderobe in die Säle verklagen. **b)** R. **12** Nr. 862 (Stettin). Der Pächter einer Windmühle ist bei deren Zusammensturze, selbst wenn der Verpächter ihn durch Außerachtlassung seiner Instandhaltungspflicht verschuldet hätte, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Geld angewiesen.

Fünfter Titel. Darlehen.

§ 607. Literatur: Droß, Der Erstattungsanspruch preußischer Armenverbände. Berlin 1911. — Kinne, Der contractus mohatrae, GruchotsBeitr. **56** 463 ff.

I. Begriff des Darlehns. 1. *Kinne. Das Darlehen ist sowohl aus juristischen Gründen (insbesondere nach der Fassung des § 607 BGB.) wie auch aus tatsächlichen Gründen ein Realvertrag.

2. *Kinne. Der contractus mohatrae ist ein dem Darlehnsvorvertrag ähnlicher contractus sui generis. Er enthält im Falle der Unverzinslichkeit des Darlehens sowohl die Verpflichtung des Darleihers, die Sache dem anderen Teile zum Verkaufe zu übergeben, wie auch die Befugnis des Kreditnehmers, die Sache zu verkaufen und den Erlös als Darlehen zu behalten, im Falle der Verzinslichkeit des Darlehens aber auch noch die weitere Verpflichtung des Kreditnehmers zum Verkaufe der Sache und zum Behalten des Erlöses als Darlehen. Verbunden mit der stets unwiderruflichen Ermächtigung zur Verwertung der hingegebenen Sache behufs Begründung des Darlehens ist es gleichzeitig ein durch die Ausführung der Verwertung suspensiv bedingtes Darlehen.

3. *Droß 29—36. Die Unterstützung, die der Armenverband gewährt, ist kein Darlehen; er kann sie nicht als solches zurückfordern. Denn er schließt mit dem Unterstützten regelmäßig keinen Vertrag, da er dem Staate gegenüber zur Unterstützungsgewährung auch dann verpflichtet ist, wenn der Unterstützte die Rückgewähr nicht verspricht. Das etwa abgegebene Rückgewährsversprechen des Unterstützten ist ein abstraktes Schuldversprechen aus § 780 BGB.

4. Ist „Vorschuß" Darlehen? **RG.** JW. **12** 684 Nr. 8. Der Begriff „Vorschuß" hat in der Rechts- und Geschäftssprache nicht eine bestimmte, sich stets gleichbleibende Bedeutung. Manchmal dient der Ausdruck zur Bezeichnung gewisser Arten von Darlehen; nicht selten werden auch gewisse Arten anderer Kreditgeschäfte damit bezeichnet. Der § 354 Abs. 2 HGB. führt neben Darlehen Vorschüsse besonders auf. Häufig ist der Vorschuß ein Darlehnsvertrag unter gleichzeitiger bedingter Aufrechnung der Darlehnsforderung mit gewissen künftigen oder künftig fällig werdenden Forderungen des Darlehnsempfängers gegen den Darlehnsgeber, so z. B. die Gehaltsvorschüsse an Angestellte. Unter Umständen ist der Vorschuß überhaupt nicht ein Darlehen, sondern lediglich Voraus-

leistung in Erwartung einer Gegenleistung, sei es einer bestehenden, aber noch nicht fälligen, oder einer nur eventuellen Schuld. Zum Begriffe des Darlehens ist wesentlich, daß Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen credendi causa, d. h. in der Absicht der Kreditgewährung mit der Verpflichtung des Empfängers zur Erstattung gegeben werden. Sind sie aber nicht credendi, sondern solvendi causa in Erwartung einer Gegenleistung gegeben, so handelt es sich nicht um ein Darlehen, sondern um eine Vorauszahlung auf eine künftige Schuld. Der Unterschied ist bedeutsam wegen seiner rechtlichen Folgen insofern, als im Falle der Vorauszahlung niemals die Darlehnsklage, sondern, wenn die betreffende Schuld nicht zur Entstehung gelangt, nur die Bereicherungsklage Platz greift. Was nun im einzelnen Falle unter Vorschuß zu verstehen ist, richtet sich nach den Umständen, insbesondere nach der Willensrichtung der Beteiligten. Kraft der Vertragsfreiheit können die Beteiligten vereinbaren, daß die Rückforderung bzw. Rückzahlung der Anzahlung auf den Kaufpreis einer zukünftigen Lieferung nicht bloß dann, wenn die Lieferung aus irgend einem Grunde unterbleibt, sondern auch schon vor Fälligkeit der Lieferung bei Eintritt besonderer Verhältnisse und Bedingungen soll erfolgen können. Durch eine derartige Vereinbarung wird nicht notwendig ihre Willensmeinung ausgeschlossen, daß der Vorschuß nicht als Darlehen, sondern als Vorauszahlung dienen soll.

5. **RG.** DJZ. **12** 221. In der Hingabe von Geld gegen „stille Unterbeteiligung" an einem Bergwerke liegt nicht ein Darlehen, da die Rückzahlungspflicht des Empfängers fehlt. Es handelt sich auch nicht um eine Gesellschaft, sondern um einen Hoffnungskauf.

6. OLG. **24** 364 (Rostock). Ist die Hergabe von Geld gegen Gewährung einer Grundschuld bei Fertigstellung des Rohbaues vereinbart, alsdann abee der Betrag vorzeitig gezahlt und bis zur Fertigstellung des Rohbaues kreditiert, so stellt sich ein solches Kreditgeschäft mangels abweichender Beredungen als Darlehen mit der Nebenberedung dar, daß, wenn der Bau auf dem Grundstücke das in Aussicht genommene Stadium erreicht, beide Parteien die Umwandelung des Darlehens in eine Grundschuld zu verlangen berechtigt sind.

II. Wer ist Darlehnsgläubiger? 1. **RG.** R. **12** Nr. 2933. Wer fremdes Geld auf eigenen Namen ausleiht, braucht zum Nachweise seines Gläubigerrechts nicht seine Berechtigung am Gelde nachzuweisen.

2. BadRpr. **12** 109 (Karlsruhe). Gläubiger der Sparkasseneinlagen wird nicht der, auf dessen Namen das Sparkassenbuch ausgestellt ist, sondern der, der selbst in eigenem Namen oder in dessen Vertretung ein anderer die Einzahlung macht (**RG. 73** 221). Im allgemeinen ist aber davon auszugehen, daß Eltern, wenn sie für ihre minderjährigen, in der Familie lebenden Kinder aus eigenen Mitteln Geld bei der Sparkasse anlegen, sich die freie Verfügungsgewalt über das Geld vorbehalten und nicht etwa den Kindern unmittelbare Rechte auf das Geld übertragen wollen.

III. Beweislast. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2025. Wer die Rückzahlung behaupteter Darlehen fordert, muß die darlehnsweise Hingabe der Gelder beweisen; der Nachweis, daß der Beklagte Geldzahlungen empfangen habe, genügt dazu nicht, und durch den Satz, daß Schenkungen nicht vermutet werden und eine Schenkung nur anzunehmen ist, wenn der Geber und der Empfänger einer Leistung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind, wird noch kein Beweis des Darlehens erbracht (vgl. JW. **06** 462 Nr. 18).

2. **RG.** R. **12** Nr. 2221. Gegenüber einem Darlehnsschuldschein ist der in Anspruch genommene Schuldner beweispflichtig, daß ein Schuldverhältnis nicht besteht. Es genügt nicht der Nachweis, daß ein Darlehen, wie es in dem Schuldscheine behauptet ist, nicht gegeben sei.

IV. Abs. 2. Umwandlung. 1. OLG. **24** 366 (Rostock). Bei einer Vereinbarung aus § 607 Abs. 2 können die Parteien beabsichtigen, daß das der Schuld

zugrunde liegende Rechtsverhältnis abgetan und durch das Anerkenntnis einer bestimmten Schuldsumme ersetzt sein soll und nunmehr nur die Rechtswirkungen eines einseitigen Vertrags eintreten sollen. Es ist aber auch sehr wohl möglich, daß das frühere Rechtsverhältnis nach wie vor die Grundlage des Anspruchs bilden soll, der nur hinsichtlich gewisser Wirkungen, namentlich Kündigung und Verzinsung, den Grundsätzen des Darlehens unterliegen soll. Für eine solche schwächere Wirkung spricht meistens eine tatsächliche Vermutung.

2. SeuffA. **67** Nr. 75 (München). Bei der Umwandlung einer Verpflichtung in eine Darlehnsschuld spricht für die Begründung einer neuen abstrakten Schuldverbindlichkeit (§§ 780, 781 BGB.) keine Vermutung. Die Bedeutung der Umwandlung ist in jedem einzelnen Falle aus der Sachlage zu ermitteln.

3. **RG. 78** 163, 169. Die Umwandlung einer verjährten Forderung in ein Darlehen bedarf zu ihrer Gültigkeit der Schriftform; denn sonst würde die Formvorschrift der §§ 222, 781 stets durch formlose Umwandlung nach § 607 umgangen werden können.

4. **RG.** WarnE. **12** 172. Auch eine novatorische Form der Darlehnsbegründung (§ 607 Abs. 2 BGB.) wird durch den Schuldschein gedeckt, und zwar um so mehr, wenn in der Urkunde von einem baren Darlehen nicht die Rede ist. Allerdings bleibt dem Schuldner dem durch Novation entstandenen Darlehen gegenüber die Einrede, daß die angeblich umgewandelte Schuld nicht bestanden habe, aber auch hierfür trifft ihn die Beweislast.

§ 608. RG. DJZ. **12** 633. Aus mehrjähriger Duldung unpünktlicher Zahlung der Zinsen ist zu folgern, daß nach Treu und Glauben der Gläubiger erst den Schuldner es wissen lassen muß, daß er nicht mehr gleiche Nachsicht üben wolle.

§ 609. HansGZ. **12** 228 (Hamburg). Der reichsgerichtlichen Entscheidung, daß, wer behauptet, daß bei Hingabe eines Darlehens für dessen Rückzahlung eine andere Frist als die im § 609 Abs. 2 vorgesehene — drei Monate für Darlehen über 300 M., einen Monat für Darlehen darunter — vereinbart sei, diese Vereinbarung beweisen müsse (**RG. 57** 49 ff.), ist zuzustimmen.

§ 610. 1. **RG.** JW. **12** 462 Nr. 9. Hat der Vertrag die Gewährung eines Darlehens für ein zu gründendes Geschäft zum Gegenstande, so kann es sich um ein bloß einseitiges Darlehnsversprechen, um ein partiarisches, den Charakter eines gegenseitigen Vertrags an sich tragendes Darlehnsgeschäft oder um den Abschluß einer stillen Gesellschaft handeln. Welche rechtliche Beurteilung zutrifft, müssen die Umstände des Einzelfalls ergeben.

2. S. VIII 3 zu § 398.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung: I. Hamburg (I zu § 611) erklärt als unterscheidendes Merkmal des Dienstvertrags gegenüber dem Werkvertrage den Mangel der Erfolgshaftung.

II. Zum Wesen des Gruppenakkordes siehe die Entscheidung II zu § 611.

III. Die Verpfändung des Ehrenworts im Dienstvertrage wird für unsittlich erklärt (IV zu § 611).

IV. Über Konkurrenzklausel und Geheimhaltungspflicht siehe V 2, 3 zu § 611.

V. Full liefert interessante Beiträge zum Rechtsverhältnisse der Ärzte bei der Arbeiterversicherung, zu den Vertragsarten und den Vergütungssystemen. — Über den Honoraranspruch des Arztes siehe Israel 3 zu § 612.

VI. Das Anwendungsgebiet des § 618 wird in der Rechtsprechung über den Dienstvertrag hinaus ausgedehnt (I zu § 618), desgleichen das Anwendungsgebiet des § 626 (VI zu § 626).

§ 611. Literatur: Baum, v. Ziegler, Der Unterlassungsanspruch aus der Konkurrenzklausel, JW. 12 664, 773. — Cahn, Ehrenwort und Reichsgericht, BayRpflZ. 12 275. — Full, Die Rechtsansprüche des Arztes aus der Arbeiterversicherung. Jena 1911. — Josef, Kellnerin, Hausknecht, Trinkgelder und Gast, BadRpr. 12 159. — Kiefe, Haftet der substituierende Anwalt für die Kosten der Substituierten? JW. 12 1094 ff. — Loebner, Stahlkammerfachverträge bei alleinigem Verschlusse des Faches durch den Kunden, R. 12 87. — Lotmar, Das neuschweizerische Obligationenrecht und der Arbeitsvertrag, GewuKaufmG., 12 145. — Pasch, Kann der Gerichtsvollzieher wegen fahrlässiger Ausführung eines Parteiauftrages von dem Auftraggeber mit der Vertragsklage unmittelbar belangt werden? JW. 12 657.

I. Dienstvertrag oder Werkvertrag. HansGZ. 12 101 (Hamburg). Wenn auch der Kläger für die ganze Autofahrt durch Afrika von dem Beklagten engagiert war, und das Gehalt erst am Schlusse der Reise in Hamburg ausbezahlt werden sollte, so hat der Kläger doch lediglich seine Tätigkeit in den Dienst der Beklagten gestellt und sich nicht etwa zu dem bestimmten Erfolge der wirklichen Durchführung der Reise verpflichtet. Eine Verpflichtung, daß dieser Erfolg erreicht würde, hat der Kläger nicht übernommen. Er hat also einen Dienstvertrag geschlossen.

II. **RG.** 78 2. Die Werfthilfstechniker der Kaiserlichen Werft sind Beamte und nicht Angestellte auf Grund eines bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrags.

III. Gruppenakkord. GewuKfmG. 12 231 (KG.). Im Wesen des Gruppenakkordes, also eines Verhältnisses, bei dem der Arbeitgeber nur mit einem Arbeitnehmer in der Weise kontrahiert hat, daß sein Vertragsgegner zugleich im Namen künftiger unbestimmter und teilweise ihm selbst noch unbekannter Mitglieder aufgetreten ist, und diese durch ihren Beitritt die unbevollmächtigte Stellvertretung jenes Arbeitnehmers genehmigt haben und dadurch neben ihn in ein gemeinsames Arbeitsverhältnis eingetreten sind, liegt es, daß der Arbeitgeber zwar mit der Gesamtheit der angeworbenen oder anzuwerbenden Arbeitnehmer in unmittelbare Beziehungen zu treten beabsichtigt, aber doch nur mit der Gesamtheit, während der Kolonnenführer, mit dem er zunächst den Vertrag geschlossen hat, derjenige ist und sein soll, durch den allein er mit der Gesamtheit verkehrt, an den er also auch die für sie bestimmten Erklärungen, Kündigungen, Fristbestimmungen usw. richtet. Hieraus folgt einmal, daß die Arbeiter berechtigt sind, die Entrichtung des Gesamtlohns an alle zusammen zu verlangen, es steht aber auch nichts im Wege, daß die Mitglieder der Gemeinschaft einem jeden einen bestimmten Anteil des Gesamtlohns zuweisen, und die Rechtsstellung des Arbeitgebers wird durch eine solche Teilung nicht verschlechtert, da er nach wie vor in der Lage bleibt, die ihm gegenüber der gemeinschaftlichen Forderung zustehenden Einwendungen und Gegenforderungen gegenüber den Einzelforderungen geltend zu machen. Zum anderen folgt aber aus dem Wesen des Vertragsverhältnisses, wonach nur die Gesamtheit der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenübersteht, und die Verteilung der Arbeit unter die einzelnen lediglich Sache der inneren Organisation der Gemeinschafter ist, daß die ganze Gruppe gesamtschuldnerisch für den Schaden haftet, der etwa dem Arbeitgeber durch den Verzug oder vertragswidriges Verhalten eines einzelnen Gemeinschafters oder mehrerer von ihnen erwachsen ist. Wenn daher der Schuldner gegenüber der Lohnforderung der Arbeiter eine Schadensersatzforderung wegen Einstellung der Arbeit erhebt, so ist es unerheblich, ob einzelne der Arbeiter angeblich bereits vor der Arbeitseinstellung aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind, vielmehr haben auch sie kraft ihres Beitritts zu dem Gemeinschaftsverhältnisse für den auch nur durch einzelne Gemeinschafter verursachten Schaden einzustehen, und jeder der Arbeiter kann die Auszahlung des auf ihn entfallenden Lohnbetrags nur gegen Entrichtung der ganzen Gegenforderung des Arbeitgebers verlangen, wobei es selbstverständlich ist, daß der Arbeitgeber die Leistung nur einmal fordern kann und die Leistung durch einen der Gesamtschuldner auch für die anderen wirkt.

IV. Anfechtung des Dienstvertrags (s. JDR. 10 Nr. II). Gew. uKfmG. 12 81 (GG. Chemnitz). Der Arbeitsvertrag kann wegen arglistiger Täuschung angefochten werden, wenn der Arbeiter, der unter der Bedingung, daß er keiner Organisation angehöre, angenommen worden ist, trotzdem Mitglied bleibt.

V. Bestärkung des Vertrags durch Ehrenwort. Cahn, BayRpflZ. 12 275. Die Verpfändung des Ehrenworts zur Verstärkung einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung ist unsittlich, weil sie bei Wortbruch eine vom Versprechensempfänger beabsichtigte Ehrenminderung erzeugt, und macht deshalb den ganzen Vertrag ohne Rücksicht auf seine Art unwirksam. Ebenso für die Verpfändung des Ehrenworts im Dienstvertrage **RG. 78** 258.

VI. Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrage. 1. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 116 ff. Gemäß der zu § 241 Satz 2 BGB. angegeben Lehre (s. dort) besteht die Unterlassungsklage auch hier, und zwar für und gegen beide Teile; die abwägenden Gründe der Vereinigten Zivilsenate des RG. (Brachliegen der Arbeitskraft) treffen nicht zu. Die prinzipielle Lehre vgl. 21 ff. der Arbeit. Allgemeines zu § 241 Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen.

2. Konkurrenzklausel. a) Baum, JW. 12 664. Auch die Leistung des § 611 kann in einem Unterlassen bestehen. Tatsächlich bilden auch sonst Unterlassungen wesentliche Teile der Dienstpflicht, z. B. Geheimhaltung. Eine Dienstleistung aus einem Dienstvertrage bildet aber die vertraglich übernommene Verpflichtung zur Unterlassung der Konkurrenztätigkeit auch dann, wenn sie sich über die tatsächliche Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus erstreckt. Das auf vertragsmäßiger Festsetzung beruhende Urteil auf Austritt aus dem Konkurrenzgeschäft ist daher nach § 888 Abs. 2 ZPO. nicht vollstreckbar, und zwar auch nicht gemäß § 890 das. b) Ziegler, JW. 12 773. Mit Recht sagt **RG. 72** 394: „Zwar trägt jede Verpflichtung zu einem positiven Tun die selbstverständliche Verbindlichkeit in sich, alles mit diesem Tun Unvereinbare zu unterlassen. Aber diese negative Seite der Verpflichtung zum positiven Tun ist nicht der Inhalt der Leistung im Sinne des § 241 BGB." Danach ist der Satz Baums, daß auch die Leistung des § 611 in einem Unterlassen bestehen könne, falsch. Der Anspruch auf Geheimhaltung ist nicht ein notwendiges Korrelat der positiven Dienstleistungspflicht. Es gibt eine Reihe von Dienstverhältnissen ohne Schweigegebot. Erstreckt sich die Verpflichtung zur Unterlassung der Konkurrenztätigkeit über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus, so ist sie wohl eine in einem Dienstvertrage vereinbarte Leistung, aber keine Leistung aus einem Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB., § 888 ZPO. Die Vollstreckung des Urteils auf Austritt aus dem Konkurrenzgeschäfte gemäß § 890 ZPO. ist also statthaft.

3. Geheimhaltungspflicht. a) **RG.** LeipzZ. **12** 456 Nr. 17. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist darin allein noch nicht zu finden, daß jemand Kenntnisse, die er als Angestellter im Geschäft eines anderen erworben hat, später für sich verwertet, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handelt. Eine abweichende Beurteilung wäre aber dann veranlaßt, wenn der Angestellte sich die erforderlichen Kenntnisse während des Dienstverhältnisses heimlich und gegen den Willen des Dienstherrn verschafft hätte. b) **RG.** LeipzZ. **12** 70 Nr. 19. Hat sich der Verpflichtete bei seiner Anstellung nicht etwa nur zur Geheimhaltung bestimmter anvertrauter Tatsachen verpflichtet, sondern erstreckt seine Pflicht zur Geheimhaltung sich auf alles, was ihm von den Einrichtungen und Geschäften des Dienstherrn überhaupt bekannt wurde, so ist der ganze Dienstvertrag nichtig, wenn nicht der Ausnahmefall des § 139 vorliegt.

4. Recht auf Beschäftigung. a) OLG. **24** 367 (Hamm). Der Schauspieler hat kein Recht auf Beschäftigung. b) **RG.** R. **12** Nr. 1461. Ein Recht des Dienstverpflichteten auf Abnahme seiner Dienste im vollen vom Vertrage vorgesehenen

Umfange besteht nur ausnahmsweise, namentlich dann, wenn es im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert ist (vgl. **RG.** vom 26. Oktober 1910, III. 539/09, R. **10** Nr. 4073).

5. Weihnachtsgratifikationen (s. auch Oertmann, Die Gratifikationsansprüche der Bankbeamten, BankA. **12** 22). a) GewuKfmG. **12** 279 (KfmG. Bremerhaven). Die Weihnachtsgratifikationen haben sich aus der Sitte der Weihnachtsgeschenke entwickelt, unterscheiden sich von diesen aber dadurch, daß sie als Gegenleistung für geleistete Dienste gegeben werden, also nicht schenkweise. In der Regel wird man davon ausgehen müssen, daß Weihnachtsgratifikationen von dem Prinzipal als Gegenleistung für gute Dienstleistungen gegeben werden, daß der Prinzipal mit der Bewilligung der Weihnachtsgratifikation sich aber keine Rechtspflicht auferlegen, vielmehr mit ihrer Inaussichtstellung einen besonderen Antrieb zu erhöhter Leistungsentfaltung auf den Angestellten ausüben will. Werden dagegen Weihnachtsgratifikationen in bestimmter Höhe fest zugesichert, dann verlieren sie die Eigenschaft einer natürlichen Verpflichtung und werden zu einem Rechtsanspruche des Angestellten. Sie haben in diesen Fällen nur noch den Namen Gratifikationen behalten, während sie ihrem Wesen nach reine Gehaltszuschläge geworden sind. Zwischen beiden vorbehandelten Gestaltungen finden sich aber auch noch andere Rechtsformen in mannigfacher Verschiedenheit, in denen, ohne daß eine Weihnachtsgratifikation in bestimmter zahlenmäßiger Höhe fest zugesichert ist, die Umstände des Falles ergeben, daß das Vertragsverhältnis des Prinzipals zum Angestellten dahin aufzufassen ist, daß der Angestellte nicht auf das rein willkürliche Ermessen des Prinzipals hinsichtlich des Grundes und Betrages der Weihnachtsgratifikation angewiesen sein sollte, sondern daß er, wenigstens bei gutem Geschäftsgang und bei guten Dienstleistungen, eine Gratifikation in angemessener Höhe bestimmt erhalten sollte. Es ist Frage des Einzelfalles, ob das Rechtsverhältnis der Parteien nach Treu und Glauben eine Rechtspflicht des Prinzipals zur Zahlung einer Weihnachtsgratifikation einschließt oder nicht. b) GewuKfmG. **12** 160 (KfmG. Danzig). Die Weihnachtsgratifikation ist nicht als reine Schenkung zu betrachten, deren Gewähren oder Nichtgewähren in das Belieben des Geschäftsinhabers gestellt wäre. Sie wird vielmehr als Entgelt für geleistete Dienste gewährt und empfangen und stellt sich als eine Vergütung dar, auf die der Angestellte, falls nicht entgegenstehende Bedingungen getroffen sind, rechnen darf. Sie unterscheidet sich aber, falls nicht besondere Abreden zu einer anderen Beurteilung nötigen, dadurch von dem übrigen Gehalte, daß sie nicht nur eine Gegenleistung für Dienste bedeutet, sondern zugleich einen Ansporn zu weiterer Tätigkeit und eine Belohnung für die durch das Verbleiben in der Stellung bewiesene Anhänglichkeit sein soll. Insofern ist der Anspruch auf die Gratifikation nicht nur ein befristeter, sondern auch ein bedingter — bedingt durch das Verbleiben in der Tätigkeit über Weihnachten hinaus. Rechtfertigen nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung des Gratifikationsanspruchs, so entfällt er, wenn der Berechtigte vor Weihnachten aus der Stellung ausgeschieden ist (s. auch I 2 c zu § 628).

6. HansGZ. **12** Beibl. 94 (Hamburg). Ein flüchtig gewordener Beamter hat keinen Anspruch auf Gehalt bis zu seiner Entlassung.

7. Zurückbehaltungsrecht s. IV. zu § 273.

VII. Einzelne Vertragsverhältnisse. 1. Vertrag mit dem Arzte. a) Full I. Vertragsarten. Alle von den Versicherungseinrichtungen mit Ärzten abgeschlossenen Verträge gehören dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes an. Auf dieser Basis wurden folgende Typen entwickelt: 1. Der Einzelvertrag zwischen Versicherung und Arzt sei es a) zur Gewährung bestimmter Dienstleistungen an einen Versicherten oder b) zur Vornahme der erforderlichen ärztlichen Handlungen, anläßlich oder für die Dauer einer bestimmten Krankheit, sog. Bestimmungsvertrag. 2. Der Anstellungsvertrag, gerichtet auf Verpflichtung eines oder

mehrerer Ärzte zur Gewährung aller ärztlichen Dienstleistungen an alle Versicherten, welche nur immer den Arzt auf Grund ihres Versicherungsverhältnisses in Anspruch nehmen und dem örtlichen Wirkungskreis der betreffenden Versicherung zugehören, sog. Kassenarztvertrag. 3. Der Kollektiv-, Arbeitsnormen- oder Tarifvertrag, welchen gerade die wechselnde Zahl der Ärzte von anderen Typen abhebt, während die Ärzte, soweit sie Subjekte des Vertrags sind, voll und ganz aus demselben verpflichtet bleiben, den sie jeweils anrufenden Versicherten ihre Hilfe angedeihen zu lassen (29/30). II. Vergütungssystem. Eine Vergütung kann der Arzt nur dann verlangen, wenn er seine Dienstleistungen gemacht oder, in der Sprache des Rechtes ausgedrückt, wenn er vorgeleistet hat. Denn das ärztliche Honorar ist zu bezahlen, wenn die ärztliche Behandlung beendigt ist, bei längerer Dauer der Krankheit erst nach Einstellung der weiteren Behandlung (BGB. § 321). Hier besteht nun ein erheblicher Unterschied, ob der Vertrag sich mit der Verpflichtung zu ärztlichen Dienstleistungen für einen Einzelfall erschöpft oder ob darunter die Gewährung der notwendig werdenden Arzthilfe, solange das Vertragsverhältnis besteht, verstanden sein soll. Im ersteren Falle ist das Honorar fällig, sobald die Dienste geleistet sind, weil damit der Inhalt des Vertrags seitens des Arztes erfüllt ist. Im letzteren Falle ist das Honorar fällig, wenn die Zeitepoche abgelaufen ist, innerhalb welcher die Dienste zu leisten waren, sei es, daß damit die Inanspruchnahme der ärztlichen Dienste abgeschlossen ist oder auch ein neuer Zeitabschnitt beginnt, innerhalb dessen nach den Vertragsabmachungen ärztliche Hilfeleistung hat statthaben können und sollen. Fällig ist das Honorar spätestens bei Übersendung der Liquidation (vgl. LG. I Berlin 19. 6. 06, abgedr. in der Berliner Ärzte-Correspondenz 1907). Die Vergütung hierfür kann nun in einer Bezahlung der Einzelleistungen oder auch durch Zahlung einer Pauschalsumme erfolgen. Die Festsetzung des Zahlungsmodus ist vollkommen der vertraglichen Vereinbarung überlassen. Ziemlich leicht bemessen läßt sich das ärztliche Honorar als Äquivalent für Einzelleistungen, sei es nun, daß im Vertrage die Vergütung hierfür direkt zahlenmäßig festgestellt oder daß im voraus bestimmt ist, wieviel für jede der folgenden Leistungen an Honorar beansprucht werden kann. Damit kann das sog. Rabattsystem verbunden werden, indem alle Leistungen während eines Zeitabschnitts einzeln berechnet werden, der Arzt aber nur eine prozentual gekürzte Gesamthonorierung erhält. Bedeutend komplizierter und die Quelle mannigfacher Differenzen ist eine Vergütung in Form der Pauschalbezahlung. Die letztere kann nur erfolgen nach Maßgabe der stattgehabten oder voraussichtlich stattfindenden Leistungen oder auch nach Maßgabe der Zahl der Versicherten, sodaß die Verteilung dieser Summe, wenn mehrere Kassenärzte vorhanden sind, erst nachträglich auf Grund der Leistungen oder der Zahl der jedem Arzte zugedachten Kranken erfolgt. Dieses letztere heißt Bon- oder Pointssystem, wobei die Berechnung der Leistungen der einzelnen Ärzte auf Grundlage der vorgelegten Krankenlisten für jede Kasse gesondert erfolgt und z. B. eine Konsultation bei Tage mit 2, ein Besuch bei Nacht mit 6 Punkten angesetzt wird. Hieran schließt sich das Limitierungssystem. Es wird zunächst die Gesamtsumme der Punkte festgestellt. Zugleich ist dem Arzte aber eine Mindestbeschäftigung garantiert, wie auch eine Höchstentschädigung gesetzt. Minimum ist z. B. die Behandlung von 1—5 Patienten pro Vierteljahr. Als Koeffizient ist hierfür als Grundleistung von 8 Besuchen oder, da ein solcher mit 3 Punkten berechnet wird, ein Minimum von 8 × 3 = 24 Punkten auszusetzen pro Patient. Für eine Behandlung von 5 Patienten pro 1/4 Jahr werden Minimum 24 Punkte, aber Maximum 120 Punkte gerechnet. Bei 6—50 Patienten ist die Grundleistung 7 Besuche, ist 21 Punkte, Maximum 1050 Punkte. Bei 201—250 Patienten Grundleistung 5 Besuche, ist 15 Punkte, Maximum für die Höchstentschädigung 3000 Punkte (23/25). **b) RG. R. 12 Nr. 1163.** Dem Arzte gebührt der Lohn für seine Tätigkeit auch bei der Anwendung einer Behandlung von zweifelhaftem Erfolge, sofern er sie nicht für völlig

unwirksam gehalten hat oder bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt für unwirksam halten mußte. c) Haftung des Arztes IV 2 zu § 276. d) Operationsvertrag I zu § 631.

2. Vertrag mit dem Rechtsanwalte. a) *Kiese, JW. 12 1094 ff. Der Anwaltsbestellungsvertrag ist in der Regel der Fälle Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.). Die Frage, ob der dienstverpflichtete Rechtsanwalt, ohne die Pflichten gegenüber seiner Partei zu verletzten, einen Vertreter bestellen darf, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. § 81 ZPO. hat nichts mit dem Innenverhältnisse zwischen Partei und Anwalt, sondern nur mit dem Außenverhältnisse gegenüber Gegner und Gericht zu tun und kann höchstens zur Auslegung herangezogen werden. b) Haftung, IV. 3 zu § 276; II 1 zu § 278.

3. Vertrag mit dem Notar. a) **RG.** ZBlFG. **12** 533. Zwischen dem Notar und den ihn um Vornahme eines Dienstgeschäfts angehenden Beteiligten kommt ein Dienstvertrag zustande. b) **RG.** ZBlFG. **12** 670. Als Urkundsbeamter ist der Notar nicht verpflichtet Rat zu erteilen zur Vermeidung von Stempel und Steuer. Ob aus dem Dienstvertrage sich eine solche Pflicht ergibt, wird nicht entschieden. c) Haftung IV 4 zu § 276.

4. Vertrag mit dem Gerichtsvollzieher. a) Pasch, JW. **12** 657 bejaht gegen Salman, JW. **11** 78 die Frage, ob der Gerichtsvollzieher wegen fahrlässiger Ausführung eines Parteiauftrags von dem Auftraggeber mit der Vertragsklage unmittelbar belangt werden kann. b) Haftung IV 5 zu § 276.

5. Vertrag mit dem Architekten. a) SeuffA. **67** Nr. 221 (Kiel). Die Tätigkeit des bauleitenden Architekten steht unter den Regeln des Dienst- (nicht Werk-) Vertrags. b) R. **12** Nr. 393 (Stuttgart). Dem Honoraranspruche des bauleitenden Architekten kann der beklagte Bauherr Mängel der Bauausführung nicht ohne weiteres, sondern nur bei Verschulden des Klägers entgegensetzen. c) **RG.** R. **92** Nr. 2527. Ist bei einem Hausbau zur Herstellung der Decken feuchter Lehm verwandt worden und hat der bauleitende Architekt es zugelassen, daß vor völliger Austrocknung des Lehms die Decken oben und unten verschlossen wurden, so ist für den in der Folge sich entwickelnden Schwamm der bauleitende Architekt haftbar. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß der Bauherr die rechtzeitige Fertigstellung des Baues zu einem bestimmten Termine gewünscht habe.

6. Vertrag mit dem Kellner und mit dem Hausknecht. Josef, BadRpr. **12** 159, 161. 1. Die Kellnerin (der Kellner) ist nur Handelsbevollmächtigte, also Vertreterin des Gastwirts, und es kommt also durch die vom Gaste bei der Kellnerin gemachte Bestellung von Speisen und Getränken ein Kaufvertrag zwischen dem Wirte und dem Gaste zustande, so daß der Wirt (und nicht die Kellnerin) Rechte und Pflichten aus dem so geschlossenen Kaufvertrage hat, insbesondere Gläubiger der Zechschulden wird. Der zwischen Wirt und Kellnerin geschlossene Dienstvertrag hat aber u. a. den Inhalt, daß die Kellnerin die Kaufpreise bei Empfang des Bestellten aus eigenen Mitteln dem Wirte zu bezahlen hat, wogegen sie diese Beträge vom Gaste als Selbstgläubigerin einziehen kann. Der Wirt überträgt also durch die Anstellung der Kellnerin dieser stillschweigend zum voraus die bezeichneten Forderungen. Ob die Kellnerin ihrerseits beim Empfange des Bestellten dem Wirte Zahlung geleistet hat, entzieht sich der Kenntnis des Gastes, ist folglich als innere Angelegenheit zwischen Wirt und Kellnerin anzusehen, von der sonach das nach dem Inhalte des Dienstvertrags entstehende Recht der Kellnerin, über jene Forderungen als Selbstgläubigerin zu verfügen, nicht abhängig sein kann. 2. Zwischen dem Gaste und dem Hausknechte, der des Gastes Kleider reinigt, kommt kein selbständiger Dienstvertrag zustande; denn der Hausknecht leistet dem Gaste die Dienste nicht als dessen Selbstkontrahent,

sondern als Gehilfe des Gastwirts, dem nach dem Gastaufnahmevertrag auch jene Leistungen obliegen. Der Gastwirt überträgt aber durch die Anstellung des Hausknechts diesem stillschweigend alle Forderungen, die ihm — dem Gastwirte — jeweils entstehen werden, zum voraus und allgemein, so daß auf Grund dieser Übertragung der Hausknecht einen Rechtsanspruch gegen den Gast auf Vergütung hat.

7. Vertrag mit dem Bauhandwerker. a) GewuKfmG. **12** 79 (GG. München). Der Dienstherr haftet dem Arbeiter für den Schaden, den dieser durch einen Diebstahl aus einer nicht ständig verschlossenen oder bewachten Baubude erleidet. **b**) Dieselbe Frage wird vom GG. Posen (GewuKfmG. **12** 175) verneint, weil nach Lage der Sache eine vertragliche Pflicht zur Aufbewahrung nicht bestanden habe.

8. Bühnenvertrag. Zur Auslegung des Formulars des Deutschen Bühnenvereins s. OLG. **24** 368 (Hamburg).

9. Stahlkammerfachverträge (JDR. **7** 216, **6** Nr. I 1 a, **5** Nr. I, **4** Nr. I, **2** Nr. 1 a zu § 535). Loebner, R. **12** 87. Die Verpflichtung der Bank zur Bewachung der Stahlkammeranlagen und ihrer Einrichtung ist eine Verpflichtung zur Leistung von Diensten, wie sie die Vertragsbedingungen im einzelnen festlegen. Man wird daher der Eigenart eines Schrankfachvertrags ohne Mitverschluß der Bank am besten dann gerecht werden, wenn man ihn als einen aus Sachmiete und Dienstmiete gemischten Vertrag auffaßt, wie dies bereits Hoeniger (Gemischte Verträge 1910) für den Vertrag über Schrankfächer unter Mitverschluß beider Parteien getan hat. Seine typischen Merkmale sind dann: 1. die Gewährung eines Faches in einem feuer- und diebessicheren Raume zur Einlage von Wertpapieren; 2. sorgfältige Bewachung und Sicherung der ganzen Anlage und ihrer Einrichtungen — die Verpflichtungen der Bank —; 3. die Zahlung der Vergütung — die Verpflichtung des Kunden —. Alle übrigen Verpflichtungen auf der einen oder anderen Seite dienen nur mittelbar dem Vertragszweck und sind bloße Nebenverpflichtungen.

§ 612. 1. Der objektive Maßstab entscheidet. **RG.** LeipzZ. **12** 765. Nach § 612 Abs. 1 entscheidet die objektive Sachlage, nicht die Meinung der Parteien.

2. Akkordlohn kann nur dann beansprucht werden, wenn er besonders vereinbart ist. GewuKfmG. **12** 10 (GG. Breslau). Sofern bei Fortsetzung einer bereits angefangenen Akkordarbeit durch einen anderen Arbeiter eine besondere Lohnvereinbarung über den Restakkord nicht stattfindet, kann der zweite Arbeiter Bezahlung im Stundenlohne verlangen. Akkordlohn ist nur zu zahlen, wo dies — ausdrücklich oder stillschweigend — besonders vereinbart ist.

3. Honoraranspruch des Arztes. *Israel. Ein die Grenzen der ärztlichen Gebührenordnung vom 15. Mai 1896 übersteigendes Honorar kann stillschweigend nicht vereinbart werden. Durch eine stillschweigende Vereinbarung könnte gemäß § 612 (§ 632) die übliche, also übergebührmäßige Vergütung nur in Ermangelung einer Taxe begründet werden. Besteht eine Taxe, so ist diese für den Gebührenanspruch, auch des Spezialarztes, maßgebend. Auf eine darüber hinausgehende Honorarforderung braucht sich der Patient nur dann einzulassen, wenn er von dem betreffenden Arzte in erkennbarer Weise darauf hingewiesen ist, daß er sich nicht an die Taxen der Gebührenordnung halten werde (53).

4. Honoraranspruch des Musikleiters. FrankfRundsch. **12** 40 (Frankfurt). Der von einem Verein angestellte Musikleiter hat einen Anspruch auf Vergütung für das Abhalten von Proben, wenn als Honorar ein Teil der Einnahmen von den öffentlichen Aufführungen vereinbat ist und eine öffentliche Aufführung während der Vertragszeit nicht stattgefunden hat.

5. Vergütungsanspruch der Feuerwehr. RG. LeipzZ. 12 756. Die Bewachung, Beobachtung und Ablöschung von Baumwollballen auf dem Brandplatze durch die Feuerwehr gehört nicht zu den dieser beruflich zugewiesenen Aufgaben, zu dem unentgeltlich zu leistenden öffentlichen Feuerschutze, denn sie dient lediglich der Erhaltung der Baumwolle. Diese Tätigkeit ist also zu vergüten.

§ 615. 1. Helms, GewuKfmG. 12 25. Gegenüber dem Vergütungsanspruche des vorzeitig entlassenen Arbeiters kann der Dienstberechtigte geltend machen, daß der Arbeiter ihn durch sein Verhalten zu der objektiv ungerechtfertigten Entlassung veranlaßt habe. Bei der Bemessung des Anspruchs ist das mitwirkende Verschulden des Arbeiters an seiner Entlassung gemäß § 254 BGB. zu berücksichtigen.

2. GewuKfmG. 12 223 (GG. Berlin). Wenn auch die Vereinbarung von Wochenlohn so zu verstehen ist, daß derselbe ohne Rücksicht auf die Zahl der in die Woche fallenden Arbeitstage zu zahlen ist, so kann der Arbeiter doch Lohn nicht für diejenige Zeit fordern, in welcher er ohne zwingenden Grund von der Arbeit weggeblieben ist, sei es auch mit Zustimmung des Arbeitgebers. In einem solchen Falle muß er sich einen verhältnismäßigen Abzug vom Wochenlohne gefallen lassen. Er kann deshalb Lohn für den Tag der Reichstagswahl nicht fordern, wenn der Dienstherr an diesem Tage Arbeiter, die arbeiten wollten, beschäftigt hat.

§ 616. 1. OLG. 24 376 (Hamburg). Auch bei überseeischen Verhältnissen ist eine geschlechtliche Erkrankung als selbstverschuldete Krankheit zu erachten.

2. GewuKfmG. 12 202 (GG. Oldenburg). Für die Beantwortung der Frage, ob die Verhinderungsdauer „verhältnismäßig" nicht erheblich ist, ist wenn auch nicht allein, so doch regelmäßig vorwiegend von Bedeutung, wie lange beim Eintritte der Verhinderung die rechtliche Bindung des Beteiligten an das Arbeitsverhältnis noch dauert. Bei einem Arbeitsverhältnisse mit fristloser Kündigung ist eine 14 tägige militärische Übung als eine Verhinderung für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit anzusehen.

§ 617. *Wurfer, BuschsZ. 43 38—45. Die Krankheit, die sich ein Dienstverpflichteter durch außerehelichen Beischlaf zuzieht, ist durch grobe Fahrlässigkeit veranlaßt.

§ 618. I. Anwendung auf den Werkvertrag und ähnliche Vertragsverhältnisse. 1. RG. JW. 12 860 Nr. 17. Wenn nach dem Werkvertrage der Besteller Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen hat, so ergibt eine die Regel des § 242 BGB. beachtende Auslegung des Vertrags von selber, daß dies, auch wenn die Vorschrift des § 618 für den Dienstvertrag garnicht gegeben wäre, so zu geschehen hat, daß Leben und Gesundheit des Unternehmers so weit geschützt sind, als die Natur der Vertragsleistung es zuläßt.

2. OLG. 24 373 (Naumburg). Nach seinem sozialpolitischen Zwecke ist § 618 auch auf Werk- und dienstähnliche Verträge anzuwenden.

II. Anwendung auf Beamte und Lehrer. 1. RG. R. 12 Nr. 1772. Hat ein Beamter infolge des gesundheitswidrigen Zustandes des ihm angewiesenen Arbeitsraums sich vorzeitig pensionieren lassen müssen, so kann er als Schadensersatz den Unterschied zwischen Pension und Gehalt beanspruchen, sofern der gesundheitsgefährdende Zustand durch geeignete Maßnahmen der Verwaltung hätte beseitigt werden können.

2. RG. R. 12 Nr. 1462. Die Anwendung des § 618 BGB. auf die Dienstwohnungen der Lehrer entspricht der ständigen Rechtsprechung des RG. (vgl. die Urt. des erk. Sen. vom 27. Oktober 1905, III. 414/05, vom 18. Mai 1909, RG. 71 3, R. 08 Nr. 1986, 1987).

III. Abs. 3. 1. RG. 77 408, JW. 12 191 Nr. 9. Die Vorschrift des § 618 Abs. 3 ist dahin zu verstehen, daß jene dritten Personen innerhalb der Grenzen

der §§ 844, 845 ganz so gestellt sein sollen, als wenn auch sie in einem Vertragsverhältnisse mit dem Dienstherrn gestanden hätten. Daraus ergibt sich auch für das Verhältnis zu ihnen die Anwendbarkeit des § 278.

2. Unterlassung der Erkundigung nach Abhilfemaßregeln als Verschulden des Dienstherrn. **RG.** JW. **12** 529 Nr. 6. Es ist gewiß Sache des Dienstberechtigten, bei vorhandener Gefährlichkeit der Einrichtungen sich nach Abhilfemaßnahmen zu erkundigen (GruchotsBeitr. **48** 910). Allein die unterlassene Erkundigung ist nur dann fahrlässig, wenn der Dienstberechtigte die Gefährlichkeit erkannt hat oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen.

IV. Einzelfälle. 1. OLG. **24** 370 (Hamburg). Der Hauseigentümer haftet aus dem Vertrage für einen Unfall, den die Frau des Hauswarts bei Bedienung des schadhaften Fahrstuhls erleidet, wenn auch sie stillschweigend oder ausdrücklich für den Hauswartsdienst angenommen ist oder die Fahrstuhlbenutzung der Verletzten als Mieterin freisteht.

2. OLG. **24** 371 (Naumburg). Nach § 618 muß der Dienstberechtigte dafür sorgen, daß der Weg zur Waschküche durch den Garten bei Winterglätte mit Sand, Asche usw. bestreut wird. Der Dienstverpflichtete hat zu beweisen, daß diese Sicherungsmaßregel zur Zeit des Unfalls nicht oder jedenfalls nicht ordnungsmäßig getroffen war, der Dienstberechtigte, daß er diese vertragswidrige Beschaffenheit des Zuganges nicht verschuldet hat.

3. **RG.** R. **12** Nr. 44. Die Unterhaltung eines Raumes in gefahrlosem Zustand erfordert, daß nicht in dem Raume Gegenstände so aufgestellt oder stehen gelassen werden, daß der den Raum durchschreitende Dienstverpflichtete leicht darüber zu Fall kommen kann.

4. **RG.** R. **12** Nr. 207. Der Gastwirt, der einen Angestellten zu Verrichtungen in einem Raume bestellt, der von anderen dem Gastwirte zu Dienstleistungen verpflichteten Personen bei Ausübung dieser Dienstleistungen benutzt wird, haftet den bei Ausübung dieser Dienstleistungen infolge einer gefährlichen Beschaffenheit des Raumes zu Schaden kommenden Dienstverpflichteten für ein Verschulden des Angestellten in der Unterhaltung des Raumes.

5. **RG.** R. **12** Nr. 863. Eine Kegelbahn, die so eingerichtet ist, daß die Kegeljungen auf ein zwischen zwei nebeneinander liegenden, gleichzeitig in Betrieb befindlichen Kegelbahnen liegendes Podium steigen müssen, ohne daß der Anprall der Kugeln durch einen gut wirkenden Kugelfang vollständig aufgehoben wird, ist eine unzulässige, den notwendigen Schutz der Kegeljungen außer acht lassende Einrichtung.

6. **RG.** R. **12** Nr. 394. Wird ein Dienstknecht, der beim Löschen ungebrannten Kalkes auf Anweisung seines Dienstherrn mit der Schaufel einen Teil des kochenden überfließenden Kalkes wegnimmt, durch aufspritzenden Kalk verletzt, so ist der Dienstherr für den Schaden verantwortlich.

7. HansGZ. **12** 101 (Hamburg). Gegenüber dem Schadensersatzanspruch eines zu einer Autofahrt durch Afrika engagierten Chauffeurs können die Unternehmer der Fahrt nicht mit Erfolg einwenden, daß sie das Automobil bis zur höchsten Grenze der Belastung belastet hätten und die erforderlichen Gerätschaften (Zelt, Betten, Schlafsäcke) nicht mehr mitnehmen können. Es kommt in erster Linie darauf an, daß die Gerätschaften so eingerichtet werden, daß der Dienstverpflichtete gegen Gefahr für Leib und Leben geschützt ist. War dies nicht möglich ohne eine übermäßige Belastung des Automobils, so mußten sich die Beklagten für diesen außergewöhnlichen Zweck eben eine noch größere Maschine konstruieren lassen, oder sie mußten die Reise ohne einen Angestellten unternehmen oder ganz unterlassen.

§ 623. **RG. 78** 421. Ein Vertrag, durch den der eine Teil sich verpflichtet, dem anderen zwecks Erlangung von Aufträgen Dienste zu leisten, ist als ein dem Dienstvertrag ähnliches Verhältnis anzusehen und kann bei Abschluß auf unbestimmte Zeit unter entsprechender Anwendung der §§ 623, 723 Abs. 1 Satz 1 BGB. und § 92 HGB. nach Ablauf einer angemessenen Zeit und Zuwendung mehrerer Geschäfte gekündigt werden.

§ 626. I. Allgemeiner Maßstab für Annahme eines „wichtigen" Grundes. 1. Verschulden nicht notwendig. a) **RG.** R. **12** Nr. 1773. Einen wichtigen Grund können auch Umstände bilden, die auf ein Verschulden des Dienstpflichtigen nicht zurückzuführen sind. So z. B. die Unfähigkeit zur Leitung eines Betriebs, selbst wenn in der Übernahme der Stellung trotz der Unfähigkeit ein Verschulden nicht zu erblicken ist. **b) RG.** WarnE. **12** 83. Die Auffassung, daß als wichtiger Kündigungsgrund nur eine vorsätzliche, nicht auch eine gutgläubig begangene, lediglich objektive Vertragsverletzung des Vertragsgegners gelten kann, ist nicht zutreffend. Maßgebend ist lediglich, ob dem Kündigenden nach Lage der Sache die Fortsetzung des Vertrags nicht zugemutet werden kann.

2. Gesinnungswechsel rechtfertigt die Kündigung nicht. **RG. 78** 20, 23. Ein bloßer Gesinnungswechsel des Vertragschließenden, eine Änderung seiner Überzeugung in der Richtung, daß er den Abschluß des Vertrags, der ihm früher unbedenklich erschien, nunmehr nach gründlicherer Überlegung als unehrenhaft ansieht, kann einen wichtigen, zur sofortigen Lösung des Vertragsverhältnisses berechtigenden Grund jedenfalls dann nicht abgeben, wenn dabei nur Umstände in Betracht kommen, die bereits zur Zeit des Abschlusses des Vertrags vorlagen, dem Vertragschließenden bekannt waren und von ihm in ihrer Bedeutung und Tragweite gewürdigt werden konnten.

3. Tatfrage. **RG.** LeipzZ. **12** 312 Nr. 19. Die Frage, ob ein Grund vorliegt, der wichtig genug für die Entlassung des Dienstverpflichteten ist, ist im wesent- Tatfrage (JW. **01** 209 Nr. 9, **06** 813 Nr. 9, **11** 57 Nr. 60); sie untersteht dem Ermessen des Instanzrichters.

II. Einzelfälle. 1. Arzt. **RG.** R. **12** Nr. 734. Der bei einer Ortskrankenkasse angestellte Arzt ist zum Austritt aus seiner Stellung wegen wichtigen Grundes berechtigt, wenn ihm die Ortskrankenkasse in einem Falle, in welchem er zur Leistung ärztlicher Hilfe nach den Bestimmungen des Vertrags nicht verpflichtet war, die durch die Zuziehung eines nicht beamteten Arztes entstandenen Kosten von seinem Gehalt abzieht oder ihn wegen des Unterlassens der Behandlung in einen anderen Bezirk versetzt. In diesem Falle sind auch die übrigen bei der Ortskrankenkasse angestellten Ärzte zum Austritt aus ihrer Stellung berechtigt.

2. Herausforderung des Dienstherrn. OLG. **25** 15 (Frankfurt). Eine Herausforderung gibt dem Dienstherrn das Recht, das Vertragsverhältnis fristlos zu lösen; denn der Angestellte, der seinen Dienstherrn fordert, stellt sich damit freiwillig außerhalb des Bodens seines Dienstvertrags, indem er die ihm zukommende Stellung des Untergebenen aufhebt. Er drückt damit aus, daß er sich nicht mehr bereit halten will, die Dienste bei seinem Prinzipale wieder aufzunehmen, und er verzichtet damit auf alle Rechte aus dem Dienstvertrage. Es kann dahingestellt bleiben, ob etwa eine anderweite Beurteilung für den Fall Platz greifen müßte, daß der Prinzipal durch sein Verhalten allein die Forderung veranlaßt hätte, ohne daß den Angestellten eine Schuld an den Streitigkeiten träfe.

3. HansGZ. **12** 101 (Hamburg). Malaria- und Rückfallfieber ist ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung für den zu einer Autofahrt durch Afrika engagierten Chauffeur.

4. **RG.** R. **12** Nr. 1774. Starres Festhalten an der offensichtlich unrichtigen Auslegung eines wichtigen Vertragspunkts berechtigt zur Kündigung des Agenturvertrags.

5. **a)** **RG.** JW. **12** 795 Nr. 12. Weitgehende Überschreitung seiner Befugnisse durch den Geschäftsführer einer Gewerkschaft und maßlose Überhebung gegenüber dem Grubenvorstande, durch die er die dem letzteren geschuldete Achtung in grober Weise verletzt hat, wobei das Verschulden um so schwerer wog, als diese Verletzung gegenüber den unteren Organen geschah. **b)** Das. Einschließung des Vorsitzenden des Grubenvorstandes anläßlich einer dienstlichen Erörterung. Der Zuruf, daß das Zimmer noch einen anderen unverschlossenen Ausgang habe, war nicht geeignet, das Verhalten des Geschäftsführers in milderem Lichte erscheinen zu lassen, muß vielmehr als eine Verhöhnung des Eingeschlossenen aufgefaßt werden.

6. OLG. **24** 375 (Hamburg). Nach den in Deutschland herrschenden ethischen Anschauungen widerstreitet es nicht den guten Sitten, wenn der Staat bei der Anstellung zur Bedingung macht, den Angestellten entlassen zu dürfen, wenn dieser nach dem Ermessen der Staatsbehörde sich einer groben Dienstverfehlung schuldig gemacht habe. Der Angestellte ist in solchem Falle mit Bezug auf seine Entlassung nicht freier Willkür seiner Vorgesetzten preisgegeben. Die Vorschrift ist vielmehr dahin zu verstehen, daß er von dem billigen Ermessen der Behörde abhängig sein soll. Daher ist es einem unter solchen Bedingungen Angestellten unbenommen, den Schutz der ordentlichen Gerichte mit der Begründung anzurufen, daß ihm gegenüber tatsächlich nicht pflichtmäßiges Ermessen auf Grund ernsthafter Überlegung, sondern frivole Unbilligkeit oder grundlose Willkür zur Geltung gebracht worden sei.

III. Verwertung der bei der Kündigung nicht vorgebrachten Entlassungs- oder Austrittsgründe im Prozesse. **RG.** R. **12** Nr. 395. Als Gründe für die sofortige Dienstauflösung können im Prozeß auch Tatsachen verwertet werden, welche bei der Kündigung oder Entlassung nicht vorgebracht sind.

IV. **RG.** R. **12** Nr. 396. Die Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Frist ist gegenüber der sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses die mildere Maßregel; daher ist der zu der letzteren Berechtigte grundsätzlich auch zu jener befugt.

V. Mehrheit von Dienstberechtigten. PosMSchr. **12** 30 (Posen). Der von mehreren Miteigentümern eines Gutes angestellte Verwalter kann, auch wenn die Voraussetzungen des § 626 vorliegen, nur von sämtlichen Miteigentümern gemeinschaftlich entlassen werden.

VI. Verallgemeinerung der im § 626 enthaltenen Grundgedanken. 1. **RG.** **78** 385. Aus den §§ 92, 133 HGB., 626, 723 BGB. ergibt sich als allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit die Aufkündigung erfolgen kann.

2. **RG.** **79** 161. Auch abgesehen von Vertragsverletzungen kann die Anwendung des dem § 626 BGB. zugrunde liegenden Grundsatzes dazu führen, die Kündigung eines unhaltbar gewordenen Verhältnisses herbeizuführen, das persönliche Dienstleistungen der Beteiligten zum Gegenstande hat und nur auf Grund persönlichen Vertrauens begründet werden und gedeihen kann.

§ 627. 1. **RG.** BayRpflZ. **12** 94. Die Vorschrift des § 627 kann durch die Vereinbarung einer bestimmten Dauer des Dienstverhältnisses ausgeschaltet werden.

2. HansGZ. **12** 229 (Hamburg). Der Rechtsanwalt leistet seinem Klienten Dienste höherer Art im Sinne des § 627.

§ 628. Literatur: Helms, Mitwirkendes Verschulden bei fristloser Entlassung, GewuKaufmG. **12** 25 — Israel, Über den Honoraranspruch des Arztes. Diss. Marburg 1912.

I. Abs. 1. 1. Entsprechender Teil der Vergütung. *Israel, Was kann ein in dauerndem Dienstverhältnisse mit festen Bezügen stehender Arzt, z. B. ein Hausarzt als einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung beanspruchen, wenn das Vertragsverhältnis vor der Zeit gekündigt wird? Bei Beendigung des Vertragsverhältnisses vor der vereinbarten Zeit ist hier der Honoraranspruch nicht unter Zugrundelegung der bisher tatsächlich erfolgten ärztlichen Leistungen zu berechnen, sondern er ist vor allem nach Ablauf der bis dahin verstrichenen Vertragszeit entsprechend festzusetzen. Denn das ständige Bereitsein des Arztes während der Vertragsdauer erheischt billigerweise ebenso sein Entgelt, als wenn der Arzt während der Vertragszeit positiv tätig geworden ist. Beträgt die Vertragszeit ein Jahr, das Jahreshonorar 200 M. und wird das Vertragsverhältnis nach einem halben Jahre gekündigt, so verhält sich das vom Arzte zu beanspruchende Honorar zu dem vereinbarten Jahreshonorar wie der bis zur Kündigung verstrichene Zeitraum zu der vereinbarten Dienstzeit, also $x : 200 = \frac{1}{2} : 1$, also $x = 100$. Als entsprechenden Teil seiner Vergütung kann also der Arzt in diesem Falle 100 M. beanspruchen (57 f.).

2. Zurückerstattung der im voraus erhobenen Vergütung. a) KGBl. **12** 94 (KG.). Wer seinen Dienst vorzeitig ohne Grund verlassen hat, muß, was er an den bereits gezahlten Kosten für die Hinreise und Ausrüstung mehr erhalten hat, als was er für die Heimreise, die Ausrüstung und Rückreise für die ausgehaltene Dienstzeit zu beanspruchen hat, zurückzahlen. b) HansGZ. **12** 229 (Hamburg). Bei der Berechnung des Betrags, den der Rechtsanwalt nach Kündigung des Auftrags von dem im voraus gezahlten Extrahonorar zurückzuerstatten hat, ist nicht etwa § 50 RAGebO. entsprechend anzuwenden, sondern die von dem Rechtsanwalte geleistete Tätigkeit angemessen zu bewerten. c) OLG. **24** 377 (Dresden). Wer einem Angestellten ein Weihnachtsgeschenk gewährt, tut dies im Zweifel als Lohn für die bereits geleisteten Dienste, wennschon regelmäßig der Gedanke mitwirken wird, die Zufriedenheit und damit die weiteren Dienste des Angestellten sich zu erhalten. Er übernimmt, soweit er keinen gegenteiligen Willen erkennbar ausdrückt, die Gefahr, daß seine Erwartung, sich die Dienste des Angestellten auf längere Zeit noch zu erhalten, nicht in Erfüllung gehen sollte. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kann, von besonderen Umständen abgesehen, dem Angestellten nicht schon deshalb vorgeworfen werden, weil er das Geschenk entgegennimmt, ohne seine bereits vorhandene Kündigungsabsicht zu äußern (s. auch VI 5 zu § 611).

II. Abs. 2. 1. Helms. Verlangt der Arbeitgeber nach § 628 Abs. 2 BGB. Schadensersatz, so bietet § 254 BGB. die Handhabe, um geeignetenfalls den Schaden angemessen zwischen beiden Parteien zu verteilen. Erhebt der Arbeitgeber dagegen keinen Ersatzanspruch, sondern verweigert er lediglich die Fortzahlung des Dienstlohns auf Grund einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung, so ist für § 254 kein Raum, weil es an einem Anspruche fehlt, dessen Verteilung in Frage käme. Denn einem Anspruche des Arbeiters auf Lohnfortzahlung ist hier von vornherein die Grundlage dadurch entzogen, daß eben zur fristlosen Entlassung ausreichender Grund vorlag. Eine Mitschuld des Arbeitgebers an dem die Entlassung begründenden Ereignis läßt sich hier mithin nur innerhalb der Vorfrage berücksichtigen, ob überhaupt ausreichender Grund zur sofortigen Entlassung vorlag.

2. GewuKfmG. **12** 244 (GG. Chemnitz). Hat der Arbeitgeber bei den Erörterungen über ein Befreiungsgesuch des unter Kündigungsausschluß angenommenen Arbeiters die Auskunft gegeben, der Arbeiter verliere durch die Einberufung seine

Arbeit nicht, so ist er verpflichtet, den Arbeiter nach Ableistung einer militärischen Übung weiter zu beschäftigen.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 544 Nr. 21. Hat der Dienstherr anläßlich der Entlassung die ihm kraft des Dienstverhältnisses dem Verpflichteten gegenüber obliegenden Vertragspflichten billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des Angestellten und einer der Stellung des Verpflichteten entsprechenden, rücksichtsvollen Behandlung schuldhaft verletzt, und ist hierdurch dem Verpflichteten auch über die Zeit der Vertragsdauer hinaus Schaden entstanden, so hat der Dienstherr den Schaden in vollem Umfange zu vertreten. Das BGB. kennt keine Bestimmung, daß in solchem Falle der dem Angestellten zu ersetzende Schaden auf die Zeit der Vertragsdauer beschränkt sein solle, vielmehr haben die Mot. 2 470 ausdrücklich eine solche Beschränkung mit der Begründung abgelehnt, daß sie in nicht zulässiger Weise ein allgemeines, die strenge Durchführung erforderndes Prinzip modifizieren würde.

§ 630. Literatur: Landsberger, Mitwirkendes Verschulden bei fristloser Entlassung, GewuKaufmG. **12** 10. — Pfeiffer, Leistungen und Führung im Dienst, PosMschr. **12** 93.

1. Pfeiffer. Gehört der Entlassungs- oder Kündigungsgrund zu der zu bezeugenden Führung, so darf er auch im Zeugnis aufgeführt werden; fällt er aus diesem Rahmen heraus, indem er z. B. in einer durch ein Vergehen außerhalb des Dienstes verwirkten Gefängnisstrafe liegt, so bleibt er unerwähnt. Dies gilt aber unbeschränkt nur für den Fall des Streites über die Verpflichtung zur Annahme eines den Beendigungsgrund enthaltenden Zeugnisses. Der Dienstverpflichtete ist berechtigt, die Aufnahme des Kündigungs- oder Entlassungsgrundes in das Zeugnis zu verlangen, zum Nachweise, daß er die Beendigung des Dienstverhältnisses nicht verschuldet hat (z. B. Krankheit). Liegt der Grund in dem Verhalten des Dienstherrn, so hat er dieses Recht nicht; denn man kann füglich niemanden zwingen, von sich selbst, wenn auch zum Vorteil eines anderen, in einem Dienstzeugnis etwas Ungünstiges auszusagen; man würde andernfalls zu dem Schlusse kommen, daß das Zeugnis nicht bloß von der Führung des Diensttuenden, sondern auch von der des Dienstherrn zu sprechen hätte.

2. Landsberger. Für den durch ein unrichtiges Zeugnis verursachten Schaden haftet der Dienstherr unter den Voraussetzungen des § 826 BGB.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung: Mit dem Operationsvertrag des Arztes beschäftigt sich Israel, mit dem Theaterbesuchsvertrag Saeger (I, V zu § 631).

§ 631. Literatur: Israel, Über den Honoraranspruch des Arztes, Diss. Marburg 1912. — Jacobsohn, Die Unterlassungsklage. Berlin 1912. — Oertmann, Bauwerk und Bauwerkvertrag, ABürgR. **38** 169ff. — Saeger, Der Theaterbesuchsvertrag, BraunschwZ. **12** 2—15, 36—48.

I. Operationsvertrag mit dem Arzte. *Israel. Der mit dem Arzte geschlossene Operationsvertrag ist ein Werkvertrag. Der versprochene Erfolg liegt darin, daß die ärztliche Tätigkeit sachgemäß und nach den Regeln der Wissenschaft durchgeführt und beendet wird. Für Heilung oder Linderung des Leidens, für die günstige Wirkung steht der Arzt nicht ein (vgl. **RG. 78** 435). Ebenso liegt ein Werkvertrag dann vor, wenn der Arzt zur Erstattung von Gutachten, Vornahme einer Obduktion verpflichtet ist, insbesondere bei den meisten Tätigkeiten des Zahnarztes, wie bei der Anfertigung von Gebissen, Plomben, Kronen usw. Andere als operative Tätigkeit ist den Normen des Dienstvertrags zu unterstellen.

II. Oertmann. Bauwerkvertrag ist ein Werkvertrag, der die Herstellung eines Bauwerkes oder Bauwerkteils zum wesentlichen Vertragsinhalte hat.

III. Ziegelmeistervertrag. 1. OLG. 24 378 (Braunschweig). Der Ziegelmeistervertrag ist nicht Dienst-, sondern Werkvertrag, wenn der Ziegelmeister die Vergütung nur nach und auf Grund der Abnahme der Steine zu beanspruchen, also die Gefahr zu tragen hat.

2. SchlHolstAnz. 12 140 (Kiel). Der mit einem Ziegelmeister geschlossene Vertrag, wonach diesem die Herstellung der Jahresproduktion der Ziegelei für eine Brennperiode übertragen wird, ist in der Regel als Werkvertrag aufzufassen.

IV. Transportvertrag. 1. **RG.** LeipzZ. 12 388. Der Transportvertrag stellt sich als ein Werkvertrag dar, und die Werkleistung besteht in der Beförderung des Fahrgastes von Ort zu Ort; JW. **07** 330,

2. **RG.** R. 12 Nr. 1598. Zur Haftung des Eisenbahnunternehmers aus dem Beförderungsvertrage genügt die Feststellung, daß ein Verschulden der Eisenbahnbeamten mindestens mitgewirkt hat. Damit steht fest, daß der im Beförderungsvertrag übernommenen Sorgfaltspflicht, den Reisenden ohne Gefährdung seiner Gesundheit an das Reiseziel zu bringen, zuwidergehandelt und die körperliche Verletzung des Klägers durch positive Vertragsverletzung herbeigeführt ist. Daß nicht feststeht, welchen Beamten des Beklagten das mitwirkende Verschulden trifft, ist dabei von keiner entscheidenden Bedeutung.

V. Theaterbesuchsvertrag. *Saeger. Dem „Theaterbesuchsvertrage" wird man woh am besten dadurch gerecht, daß man ihn auch nach dem BGB. als Sachmiete (eines Platzes) und Werkvertrag auffaßt, wobei die Herstellung des Werkes nicht durch den Unternehmer persönlich zu erfolgen braucht; die Verpflichtungen und Rechte entspringen aus einem Vertrage, der aus Werkvertrag und Sachmiete sich mischt (s. dort auch die verschiedenen Theorien über die Natur des Theaterbesuchsvertrags). (11): Die Anweisung eines gänzlich ungeeigneten Platzes würde die Rückforderung des Eintrittsgeldes rechtfertigen.

VI. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 121/122. Es besteht gemäß dem (zu § 241) dargelegten Prinzipe nur eine Unterlassungsklage des Unternehmers gegen den Besteller.

§ 633 .1. OLG. 24 380 (Dresden). Wer das mangelhafte Arbeiten einer ihm gelieferten Maschine rügt, und deshalb die Ersetzung oder Verbesserung bestimmter Teile fordert, will damit regelmäßig nichts anderes sagen, als daß er die Herstellung der vertragsmäßigen Leistungsfähigkeit verlange und daß seiner Meinung nach diese durch die gewünschte Verbesserung zu erreichen sei. Der Lieferant kann daraus in der Regel nicht schon folgern, daß der Besteller lediglich die vorgeschlagene Änderung beanspruchen, sich aber mit der Maschine zufrieden geben wolle, auch wenn sie trotz dieser nicht funktioniere. Denn das Interesse und das Vertragsrecht des Bestellers geht ausschließlich darauf, daß die Leistungsfähigkeit der Maschine herbeigeführt werde, der Weg, auf dem dies erreicht wird, kann ihm gleichgültig sein. Soweit er einen solchen angibt, hat das nur die Bedeutung eines Rates oder Vorschlags, dessen Befolgung, von einem arglistigen Verhalten des Bestellers abgesehen, auf die Gefahr des Lieferanten insofern geht, als der Besteller bei dem Mißglücken des Versuchs seine Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Ware nicht verliert.

2. **RG.** R. 12 Nr. 397. Mängel der Bauanlage können nicht ohne weiteres der Bauaufsicht zugeschoben werden.

3. **RG.** R. 12 Nr. 2529. Ist durch fehlerhafte Bauausführung in einem Hause Schwamm entstanden und dieser dann nach Ablieferung des Hauses durch Legung von Linoleum in seiner Entwickelung begünstigt worden, so ist der für die fehlerhafte Bauausführung Verantwortliche auch für die durch die Legung des Linoleums eingetretene Vergrößerung des Schadens haftbar, es sei denn, daß er ein Verschulden des Bauherrn selbst hinsichtlich der Anordnung der Legung des Linoleums nachweist.

4. *Dickel, Heft 5 der Hausschwammforschungen von Möller 49 ff.

§ 634. 1. **RG.** R. **12** Nr. 400. Will bei mangelnder Erfüllungsmöglichkeit der Besteller das geleistete Werk zurückweisen und Zahlung des Werklohns verweigern, so muß er seine Einwendungen derart gestalten, daß eine endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses möglich wird.

2. R. **12** Nr. 2530 (Hamburg). Dadurch, daß der Unternehmer des Werkes innerhalb der ihm vom Besteller gesetzten Frist den Mangel beseitigt, wird er nicht befreit von der Verpflichtung, dem Besteller den bereits durch den Mangel erwachsenen Schaden zu ersetzen.

3. SeuffA. **67** Nr. 3 (Stuttgart). Die sofortige Geltendmachung des Wandelungsanspruchs ist durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt, wenn der Besteller zur Vornahme einer Ausprobierung ,deren Erfolg nach Lage der Sache als zweifelhaft bezeichnet werden muß, seine Betriebsstätte zur Verfügung stellen und damit eine wesentliche Störung seines Betriebs auf zunächst unabsehbare Dauer in den Kauf nehmen müßte.

§ 635. Literatur: Jasinski, Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Werkvertrage. Diss. Berlin 1912.

1. *Jasinski. Auch beim Werkvertrage verfolgt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung im wesentlichen die gleichen Zwecke wie bei den gegenseitigen Verträgen im allgemeinen (§§ 325, 326 BGB.). Er hat jedoch insoweit eine abweichende Regelung erfahren, als das eigenartige Vertragsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Unternehmer des Werkes es erfordert. Der Besteller kann neben seinem Ersatzanspruch aus § 635 die Rechte geltend machen, welche ihm die allgemeinen Vorschriften der §§ 320 ff. über die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge gewähren.

2. **RG.** BayRpflZ. **12** 309. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB. kann auch in der Rückzahlung des Werklohns bestehen.

3. Rechte und Pflichten des Bestellers, dem ein für den vertragsmäßigen Zweck unbrauchbares Werk geliefert ist. **RG.** JW. **12** 686 Nr. 9. Allerdings wird beim Schadensersatze wegen Nichterfüllung nicht, wie bei der Wandelung, der Vertrag aufgehoben (**RG. 58** 177, **69** 384), das Vertragsverhältnis konzentriert sich nur auf das Recht und die Verbindlichkeit zum Schadensersatze (**RG. 50** 267). Wenn aber ein für den vertragsmäßigen Zweck unbrauchbares Werk geliefert worden ist, der Besteller also statt der vertragsmäßigen eine für ihn wertlose Leistung erhalten hat, dann kommt als Schaden vor allem der von ihm als Gleichwert der Erfüllung nutzlos aufgewendete Betrag in Betracht. Der Beklagte verliert daher nicht bloß den Anspruch auf die etwa rückständige Gegenleistung, sondern er muß auch den bereits empfangenen Betrag zurückerstatten. Der Wert des gelieferten Werkes ist nicht abzurechnen. Die Bestellerin hat die Abnahme des für sie unbrauchbaren Werkes abgelehnt. Es ist Sache des Unternehmers, das Werk wegzunehmen, und er kann nicht daraus, daß er dies bis jetzt nicht getan hat, das Recht ableiten, den angeblichen Wert dem Besteller aufzurechnen. Soweit aber etwa durch die vorübergehende Benutzung der Bestellerin ein ungerechtfertigter Vorteil zugegangen sein sollte, war es Sache des Unternehmers, einen hierauf gestützten Einwand zu erheben und zu begründen.

4. SeuffA. **67** Nr. 4 (Braunschweig). Die Wandelung eines Werkvertrags (betr. Herstellung einer Fleischkühlanlage) schließt Schadensansprüche wegen schuldhaften Fehlens zugesicherter Eigenschaften nicht aus.

§ 636. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 113. Rechtsirrtümlich ist die Ansicht, daß beim Werkvertrage der Rückgewährsanspruch des Unternehmers seine zur Herstellung des Werkes geleisteten Dienste und gemachten Ausgaben umfasse, und daß insoweit § 346 Satz 2 auf ihn anzuwenden sei. Damit würde dieser Anspruch ein Schadensersatzanspruch, insbeondere ein Anspruch auf Ersatz des negativen Ver-

tragsinteresses. Eine solche Bedeutung liegt nicht im Sinne des Gesetzes. Der Rücktritt einer Partei wird auch nicht durch den Untergang oder, was dem gleichsteht, die Wertlosigkeit der Sache ausgeschlossen. Jede Partei trägt die Gefahr ihrer Leistung. Der Leistungsempfänger genügt seiner Rückgewährspflicht, wenn er sich der empfangenen Leistung entäußert und den Leistenden in die Lage versetzt, über sie zu verfügen.

2. **RG.** R. **12** Nr. 2222. Hat der in Verzug geratene Unternehmer bis zur Nachfristsetzung teilweise erfüllt, während der Nachfrist aber nichts mehr geleistet, so ist, wenn die Teilleistung für den Werkbesteller kein Interesse hat, dieser zum Rücktritt vom ganzen Vertrage berechtigt, anderenfalls kann er unter teilweisem Rücktritt einen entsprechenden Teil der Gegenleistung verweigern.

§ 638. I. Garantieversprechen oder Zusicherung von Eigenschaften? **RG.** R. **12** Nr. 2026. Ist neben den allgemeinen Lieferungsbedingungen auf Ausschluß von Wandelung, Minderung und weitergehendem Schadensersatz als Reparatur innerhalb der Garantiefrist noch gesondert die Brauchbarkeit der gelieferten Pumpe für das unreine Wasser des Bestellers zugesichert, so läuft dafür ebenfalls die kurze Verjährung des § 638; denn es handelt sich um Zusicherung einer Eigenschaft nach § 633 BGB., nicht um eine besondere selbständige Garantie.

II. **RG.** WarnE. **12** 280. Wenn aus dem Beförderungsvertrage gegen den Unternehmer ein Schadensersatzanspruch wegen positiven Zuwiderhandelns gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Beförderung erhoben wird, so greift nicht die kurze Verjährung des § 638 BGB. Platz: ein solcher Anspruch unterliegt vielmehr der regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren (§ 195 BGB.).

III. Beginn der Verjährung. **RG.** JW. **12** 1105 Nr. 5. § 638 setzt für sämtliche Ansprüche ohne Rücksicht darauf, wann der einzelne Mangel in die Erscheinung tritt, und ohne Rücksicht darauf, daß erst vom letzteren Zeitpunkt an der Besteller in der Lage ist, Ansprüche geltend zu machen, den Beginn der Verjährung auf den Tag der Abnahme des Werkes, und spricht damit aus, daß für die Verjährung nicht der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Beseitigung eines bestimmten Schadens, oder der Entstehung des Wandelungs-, Minderungs- und Schadensersatzanspruchs, sondern lediglich der Ablauf des mit der Abnahme beginnenden fünfjährigen Zeitraums bestimmend ist.

IV. Einfluß der Verjährung auf die Einreden der Nichterfüllung des Vertrags. OLG. **24** 291 (KG.). Die Einrede der Nichterfüllung des Vertrags ist beim Werkvertrag, also auch beim Werklieferungsvertrag, auch nach der Abnahme des Werkes, jedenfalls so lange zulässig, als nicht der Anspruch auf Beseitigung des Mangels nach § 638 verjährt ist. Sie führt zur Verurteilung Zug um Zug gegen Beseitigung der festgestellten Mängel.

V. Bauwerk. 1. Oertmann, ABürgR. **38** 169 ff. Bauwerk ist ein Werk, das mit einem Grundstück oder Gebäude verbunden und nach seiner typischen Zweckbestimmung unbeweglich ist, das ferner nicht in einer bloßen Umgestaltung des Bodens selbst bestehen darf.

2. **RG.** R. **12** Nr. 2223. Die Forderung eines Bauschreiners, der die Herstellung und Einsetzung der Fenster und Türen zu einem Neubaue zu einem Gesamtpreise übernommen hat, verjährt in 5 Jahren.

3. **RG.** WarnE. **12** 377. Sollen nicht Türen, die für einen Normalbau passen, geliefert werden, sondern Türen nach an Ort und Stelle aufgenommenen Maßen für einen bestimmten Bau passend hergestellt, geliefert und in den Bau eingesetzt werden, so handelt es sich um Arbeiten an einem Grundstücke bei einem Bauwerke; denn es soll durch diese Arbeiten der durch die Arbeiten der Maurer erst zum Teil bewirkte Abschluß der einzelnen Räume des Bauwerkes nach außen

und gegeneinander hergestellt werden, dessen Vollendung erst den Innenausbau des Bauwerkes sicherstellt und den Bau selbst auch erst zu seinem Zwecke, Menschen zur Wohnung zu dienen, brauchbar macht.

4. HansGZ. **12** 116 (Hamburg). Umbauten werden dann als „Bauwerk" anzusehen sein, wenn sie in größerem Umfang erfolgen, insbesondere, wenn für ihre Ausführungen statische Berechnungen erforderlich sind.

VI. Beweis der Verjährung. HansGZ. **12** 116 (Hamburg). Wer Verjährung geltend macht, hat das Vorhandensein der für die vorgeschützte Verjährungseinrede erforderlichen Voraussetzungen zu beweisen. Er hat also klarzustellen, daß es sich bei dem Anspruche nicht um die Ausführung eines Bauwerkes, sondern um Arbeiten an einem Grundstücke handelt. Mit Rücksicht auf diese Beweispflicht muß aber bei Zweifeln über die Auslegung des Gesetzes der dem Unternehmer günstigere Sinn zugrunde gelegt werden.

§ 640. 1. OLG. **24** 383 (KG.). Unter Abnahme ist die Annahme als Erfüllung, nämlich die zur Hinnahme des Werkes hinzutretende Erklärung, daß man das Werk als der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechend annahm, zu verstehen. Diese Erklärung kann auch stillschweigend erfolgen.

2. SeuffA. **67** Nr. 3 (Stuttgart). Wenn der Besteller die Abnahme des Werkes als nicht vertragsmäßig abgelehnt hat, ist es Sache des Unternehmers, die Vertragserfüllung zu beweisen.

3. PosMSchr. **12** 121 (Marienwerder). An sich handelt es sich bei den Darbietungen eines Artisten zwar nicht um ein der „Abnahme" im Sinne des § 640 fähiges Werk. Es ist aber im Hinblick auf § 242 BGB. nicht ausgeschlossen, in besonderen Fällen auch bei nicht abnahmefähigen Werken den § 640 Abs. 2 entsprechend anzuwenden, wonach der Besteller den ihm nach den §§ 633, 634 etwa erwachsenen Wandelungsanspruch endgültig verliert, wenn er ein mangelhaftes Werk entgegennimmt, ohne sich dabei seine Rechte wegen etwaiger Mängel vorzubehalten. Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier vor. Bei halbmonatigen Engagementsverträgen der dem Klaganspruche zugrunde liegenden Art zwischen dem Direktor eines Varietétheaters und einem ihm bisher unbekannten Artisten gehört es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu der stillschweigend übernommenen Pflicht des Direktors, die noch nicht gesehenen Leistungen des Artisten sogleich am ersten Vorstellungstage genau zu prüfen und alsbald nach Schluß der fraglichen Produktionen etwaige Mängel dem Artisten mitzuteilen. Geschieht dies nicht, so sind für die ganze Vertragsdauer die am ersten Vorstellungstage gezeigten Leistungen als vorbehaltlos genehmigt im Sinne des § 640 Abs. 2 BGB. anzusehen, und ist der Direktor seines etwaigen Wandelungsanspruchs hinsichtlich der damals hervorgetretenen Mängel verlustig gegangen.

§ 642. Literatur: Israel, Über den Honoraranspruch des Arztes, Diss. Marburg 1912. — Rentner, Der Kostenanschlag beim Werkvertrage, GruchotsBeitr. **56** 492 ff.

1. *Rentner. Verweigert der Besteller seine Mitwirkung bei Leistungen, die ihm nach Art, Zeit und Person obliegen, so kann der Unternehmer kündigen, z. B. bei Nichtzahlung einer fälligen Rate während der Herstellung des Werkes.

2. *Israel. Bei jeder Operation ist eine Handlung des Patienten erforderlich, mag sie darin bestehen, daß der Patient sich zum Zwecke der Operation in die Klinik des betreffenden Arztes begeben oder daß er sich zur Vornahme derselben entkleiden muß. Weigert der Patient seinerseits diese Mitwirkung, so kann der Arzt Entschädigung verlangen oder aber auch dem Patienten zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag

gilt dann als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablaufe der Frist erfolgt. Für diesen Fall bestimmt dann § 645 Abs. 1 Satz 2, daß der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen kann. Da beim Operationsvertrage das Erstatten von besonderen Auslagen nicht allgemein üblich ist, wird es sich hier meistens nur um das Verlangen nach der teilweisen Vergütung, die für die vollendete Operation gezahlt worden wäre, handeln (58 f.).

3. **RG.** R. 12 Nr. 45. Hindert der Besteller durch Verweigerung seiner Mitarbeit die Fertigstellung des Werkes, so tritt hinsichtlich der Fehlerfreiheit des Werkes Umkehrung der Beweislast zuungunsten des Bestellers ein.

§ 648. 1. OLG. 24 383 Nr. 1 (KG.). Hat der Werkmeister nach ausdrücklicher Vereinbarung über den Rest des Werklohns ein Dreimonatsakzept des Bestellers anzunehmen und erhalten, so hat er insoweit auf eine weitere Sicherung durch die gesetzliche Werkmeisterhypothek verzichtet.

2. Über Umbauten s. V 4 zu § 638.

§ 649. Literatur: Israel, Über den Honoraranspruch des Arztes, Diss. Marburg 1912. — Rentner, Der Kostenanschlag beim Werkvertrage, GruchotsBeitr. **56** 492 ff.

1. *Rentner. An der Fertigung des Werkes hat ausschließlich der Besteller ein Interesse. Kündigt er den Werkvertrag ohne Grund, so ist er nicht schadensersatzpflichtig.

2. *Israel. Kündigt der Patient den mit dem Arzte abgeschlossenen Operationsvertrag, so hat der Arzt kein Recht, auf Grund des abgeschlossenen Vertrags die Operation vorzunehmen, mag er ein noch so großes Interesse an der letzteren haben. Der Arzt kann hier nur die vereinbarte Vergütung verlangen, worauf er sich nach § 649 das anrechnen lassen muß, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen, z. B. an Fahrtkosten usw. erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (58).

3. **RG.** R. 12 Nr. 864. Auch nach der Kündigung des Bestellers steht dem Unternehmer nicht ein Anspruch auf Schadensersatz, sondern auf vertragsmäßige Vergütung zu.

§ 650. Literatur: Fischer, Zur Auslegung des § 659 BGB., Recht **12** 760 f. — Rentner, Der Kostenanschlag beim Werkvertrage, GruchotsBeitr. **56** 492 ff.

1. *Rentner. Der Kostenanschlag trägt entweder einen wirtschaftlichen oder einen spekulativen Charakter. Im ersten Falle ist er für den Besteller ein Wirtschaftsplan, der ihm einen Überblick über die mutmaßlichen Kosten gibt und für den Unternehmer ein Leitfaden bei Fertigung des Werkes, von dem er unter Umständen abweichen darf und muß. — Beim spekulativen Anschlag ist nur die Akkordsumme zu zahlen. Der Unternehmer hofft dabei billiger zu arbeiten. Der Ausdruck: Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags ist nicht wörtlich zu verstehen. — Der Kostenanschlag kann auch zum Zwecke des Wettbewerbes dienen. Seine unbefugte Benutzung kann einen unlauteren Wettbewerb darstellen. Der Unternehmer ist zur Nachprüfung der Richtigkeit der Berechnungen im Kostenanschlage nach dem Werkvertrage nicht verpflichtet. — Der Besteller hat für die Anfertigung eines Kostenanschlags nur dann eine Entschädigung zu zahlen, wenn der Unternehmer den Kostenanschlag ausgearbeitet hat, um einen Vertrag zu erfüllen. Eine Überschreitung des Kostenanschlags liegt nur vor, wenn die tatsächlichen Kosten erheblich größer sind als die Endsumme des Kostenanschlags. Der Verzicht auf das Kündigungsrecht ist wirkungslos, wenn der Unternehmer arglistig überschreitet. Die Überschreitung ist an sich noch keine Vertragsverletzung. Die Indemnität für eine Etatsüberschreitung trifft nur die Regierung im Ver-

hältnisse zum Landtage; sie ist für den Unternehmer wegen Überschreitung des Kostenanschlags ohne Bedeutung. — Der Besteller braucht sich auf die Anzeige von der zu erwartenden Überschreitung nicht zu erklären. Die Anzeige kann bis zur Kündigung widerrufen werden. — Der Besteller hat gegen den Unternehmer keinen selbständigen Anspruch auf Rechnungslegung. Diese dient lediglich zur Substantiierung des Anspruchs des Unternehmers.

2. *Fischer, R. **12** 760 f. Ein Kostenanschlag erscheint überall da dem Vertrage zugrunde gelegt, wo er erweislich das Motiv zum Vertragsschluß, insbesondere zu dessen Preisfestsetzung geworden ist.

§ 651. Literatur: Petri, Ein Beitrag zum Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, ACivPr. **109** 202 ff. — Rentner, Der Kostenanschlag beim Werkvertrage, GruchotsBeitr. **56** 492 ff.

1. *Petri. Beim Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen ist der Nachlieferungsanspruch nach § 480 BGB. neben dem reinen Erfüllungsanspruch gegeben. — Durch Abnahme im Sinne der Annahme als Erfüllung bleibt die Basis der Einrede des nicht erfüllten Vertrags, der reine Erfüllungsanspruch unberührt. Die Abnahme wirkt auf die unter dem Sammelnamen „Einreden des nicht erfüllten Vertrags" (1. Einrede des nicht erfüllten, 2. des nicht gehörig erfüllten Vertrags, 3. sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrags) zusammengefaßten Einreden in verschiedenartiger Weise, je nachdem es sich um Speziesgeschäft, konzentrietes oder nicht konzentriertes Gattungsgeschäft handelt.

2. *Rentner. Beim Werklieferungsvertrag ist ein Kostenanschlag nur dann möglich, wenn es sich um Herstellung einer nicht vertretbaren Sache handelt. Der Kostenanschlag soll die dem Unternehmer obliegende Leistung individualisieren. Nach der Kündigung braucht der Unternehmer das unfertige Werk nicht dem Besteller auszuliefern, vorbehaltlich besonderer Rechte des Bestellers, z. B. Patentrechte.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 756. Wer ein Automobil nach dem Prospekte bestellt, schließt einen Werkvertrag über die Herstellung einer vertretbaren Sache.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 311 Nr. 15. Nicht Werkvertrag, sondern Kauf liegt vor, wenn die Sache zwar erst anzufertigen ist, jedoch nicht von der Vertragspartei, sondern von einem Dritten, der sie jener fertig liefern soll.

5. R. **12** Nr. 2224 (Dresden). Die Verpflichtung zur Errichtung einer Ausstellungshalle auf fremdem Grundstück entspringt einem Werklieferungs-, keinem Kaufvertrage.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Die Lehre vom Mäklervertrag ist durch mehrere neue Arbeiten von Reichel gefördert worden.

§ 652. Literatur: Reichel, Vertragsvermittlung durch den Mäkler, BayRpflZ. **12** 394. — AÖstGZ. **12** 141 enthält einen Bericht über einen Vortrag Reichels über denselben Gegenstand (6. 3. 12 Wiener Juristische Gesellschaft). — Reichel, Anspruch des Mäklers auf Mitteilung und Aufklärung über den Vertragsschluß, SächsRpflA. **12** 433. — Reichel, Maßgeblichkeit der zwischen den Parteien des vermittelten Vertrags erflossenen Rechtskraft für die Provisionsforderung des Mäklers, SeuffBl. **12** 563.

I. Pflichten des Mäklers. Treupflicht. 1. **RG.** DJZ. **12** 515. Diese verpflichtet ihn, dem Auftraggeber alle für ihn wichtigen, auf das abzuschließende Geschäft bezüglichen Tatsachen mitzuteilen, insbesondere ihn von dem Abschluß eines für ihn getätigten Vertrags zu unterrichten. Diese Pflicht verletzt er, wenn er unter Verschweigen des Kaufvertrags, den er für den Auftraggeber geschlossen hatte, sich einen neuen Mäklerauftrag und ein Provisionsversprechen erteilen läßt, ja sogar positiv durch Herabdrücken des Betrags, den dieser für die Ernte usw. forderte, den Glauben erweckt, daß der geforderte Mindestpreis schwer zu erzielen sei.

2. OLG. **24** 387 (Hamburg). Der Mäkler hat keinen Anspruch auf Lohn, wenn er gegen Treu und Glauben dem Auftraggeber Umstände verschwiegen hat, die diesen bei Kenntnis der Sachlage von dem Vertrage ganz oder zu den vereinbarten Bedingungen abgehalten haben würden.

II. Anspruch auf Mäklerlohn. 1. Entstehung des Anspruchs. a) R. **12** Nr. 1463 (Nürnberg). Der Mäklerlohn ist bei Grundstücksveräußerungen erst mit der Auflassung verdient; Abschluß des Kaufvertrags beim Notar und Besitzeinweisung genügen nicht, wenn die Auflassung wegen mangelnder Neuvermessung zunächst ausgesetzt wird und dann unterbleibt. **b)** **RG.** WarnE. **12** 117. Der Mäklerlohn für die Verschaffung eines Darlehens ist in der Regel nur dann zu entrichten, wenn der Darlehnsvertrag durch die Hingabe des Darlehens zustande gekommen ist. Durch Vereinbarung kann davon abgewichen werden. Dabei ist auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB.) und unter Kaufleuten (§§ 1, 2 HGB.) auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 346 HGB.) Rücksicht zu nehmen. Im Berliner Grundstücks- und Hypothekenverkehr ist es handelsgebräuchlich, daß die Provision für eine Hypothekenvermittlung dann als verdient gilt, wenn ein rechtsverbindlicher Darlehnsvorvertrag über die Hingabe und Annahme des Kapitals in dem Sinne geschlossen ist, daß der Geldgeber zur Hingabe, der Geldnehmer zur Annahme verpflichtet ist.

2. Ursächlicher Zusammenhang. a) OLG. **24** 385 (Rostock). Hat der Mäkler denjenigen Käufer, mit dem der Handel zustande gekommen ist, nachgewiesen und ist in der Folgezeit der Kauf abgeschlossen, ohne daß etwa die Länge der Zwischenzeit einen Zusammenhang beider Tatsachen ausschließt, so ist von dem Mäkler ein weiterer Beweis für die Ursächlichkeit seines Verhaltens regelmäßig nicht zu verlangen, sondern es ist Sache des Auftraggebers, das Gegenteil darzutun. **b)** SeuffA. **67** Nr. 76 (Dresden). Für die Begründung des Anspruchs auf Mäklerlohn genügt es, daß der Auftraggeber vor einer erforderlichen Beurkundung, wenn auch erst nach dem mündlichen Abschlusse des Vertrags Kenntnis von der Vermittlertätigkeit erhält. **c)** Reichel, SeuffBl. **12** 563. 1. Spricht sich das Urteil dahin aus, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, so kann diese Entscheidung dem Mäkler grundsätzlich nicht präjudizieren. 2. Wesentlich anders liegt die Sache, wenn das Urteil den Vertrag als zustandegekommen behandelt. Direkt zwar läßt auch ein solches Urteil den Mäkler völlig außer dem Spiele (§ 325 ZPO.). Wohl aber kommt es ihm unter Umständen indirekt zugute. a) Der Vertrag, um den sich der Mäkler bemüht hat, ist in Wahrheit nicht zustandegekommen; der Auftraggeber aber behauptet, er sei zustandegekommen und verklagt demgemäß den „Vertragsgegner" auf Erfüllung oder Feststellung. Das Gericht folgt der Ansicht des Klägers und erkennt rechtskräftig nach Klagantrag. Hier erscheint die Mäklergebühr als verdient. Der Mäkler hat durch seine Bemühung Vertragsverhandlungen herbeigeführt, auf die gestützt der Auftraggeber erfolgreich klagen konnte mit der Behauptung, ein gültiger Vertragsschluß sei zustande gekommen. Diese Behauptung war freilich unrichtig. Allein mit dieser Kritik kann der Auftraggeber hier nicht gehört werden, da er selbst die Behauptung vordem aufgestellt hat, mit dem vorausgehofften Erfolge, daß ihm zugesprochen würde, was ihm zukäme, wenn sie richtig wäre. Der Auftraggeber handelt folglich gegen Treu und Glauben, wenn er sich solchenfalls dem Mäkler gegenüber auf das Nichtzustandegekommensein versteift und demgemäß gegen die Zahlung der Provision sträubt. Eine Ausnahme würde nur im Falle des dolus des Mäklers begründet sein. Eine solche wäre beispielsweise im folgenden Falle anzunehmen. Der Mäkler weiß, daß der Vertrag nicht zustande gekommen ist, spiegelt aber dem Auftraggeber vor, er sei zustandegekommen, und beredet gleichzeitig den insolventen Vertragsgegner, sich kontumazieren zu lassen (wofür er diesem einen Anteil an der Provision verspricht). Das ist offenbare Gaunerei, die einen Lohnanspruch gewiß nicht erzeugen

kann. b) Der Vertrag ist in Wahrheit (trotz der Bemühungen des Mäklers) nicht zustandegekommen. Der Vertragsgegner klagt gegen den (widersprechenden) Auftraggeber auf Erfüllung oder Feststellung und siegt rechtskräftig ob. (Selbstverständlich hat er nun auch die von ihm selbst zugesagte Gegenleistung zu erbringen.) Hier liegt die Sache ganz anders. Der Auftraggeber steht mit Recht auf dem Standpunkte, der Vertrag sei nicht zustandegekommen; auch zeigt sein Verhalten, daß ihm am Vertrage nichts gelegen ist. Das unrichtige Urteil kommt ihm unerwünscht und wird von ihm als Unbill empfunden. Es wäre doppelte Unbill, wollten wir ihn bei solcher Sachlage auch noch mit der Provisionsschuld belasten. Es muß ihm also im Provisionsprozesse der Nachweis, das Urteil sei unrichtig, unverschränkt bleiben. Anders dagegen, wenn zwar der Vertragsgegner klagt, der Auftraggeber aber den gültigen Vertragsschluß (fälschlich) zugesteht. Hier dürfte die Provision unter den zu a erörterten Voraussetzungen allerdings verdient sein. Denn der Auftraggeber zeigt hier selbst, daß er gegen den angeblichen Vertrag nichts einzuwenden hat; ja er nimmt freiwillig ein Verhalten ein, das im praktischen Erfolg annähernd eben die Wirkung erzielt, die ein vollgültiger Vertragsschluß gehabt haben würde.

3. Identität des vermittelten Vertrags. **RG.** LeipzZ. **12** 757. Der Anspruch auf Entrichtung eines Mäklerlohns nach § 652 setzt nicht voraus, daß der zu vermittelnde Vertrag vom Auftraggeber selbst abgeschlossen wird, sondern nur, daß er nach dem Willen der Vertragsteile des Mäklervertrags unter das Provisionsversprechen fällt. Ob dies aber zutrifft, ist hier ebenso, wie bei inhaltlichen Abweichungen des zustande gekommenen Vertrags gegenüber dem ursprünglich beabsichtigten durch Vertragsauslegung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte festzustellen.

4. Nichtigkeit des vermittelten Vertrags. **RG.** SeuffA. **67** Nr. 78. Der Mäkler hat keinen Lohnanspruch, wenn der vermittelte Kauf wegen Betrugs des Auftraggebers nichtig war.

III. Verzicht auf Widerruf des Auftrags. 1. **RG.** WarnE. **12** 337. Es ist eine Auslegungsfrage, ob die Erteilung eines festen Auftrags auf bestimmte Zeit nur den Verzicht auf Widerruf des Auftrags für diese Zeit oder auch die Verpflichtung des Auftraggebers bedeutet, weder selbst noch durch einen anderen Vermittler den Vertrag abzuschließen. Ein Rechtssatz, daß die Erteilung eines festen Auftrags für bestimmte Zeit stets oder auch nur im Zweifel eine solche Verpflichtung des Auftraggebers umfasse, läßt sich bei der Mannigfaltigkeit der Einzelfälle und der Verschiedenartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse nicht aufstellen.

2. **RG.** SeuffA. **67** Nr. 77. Der Satz, daß der Auftraggeber, der dem Vermittler ein Geschäft auf eine bestimmte Frist „fest an die Hand gegeben" oder sonst seines Widerrufsrechts sich begeben hat, schlechthin zur Zahlung des Mäklerlohns verpflichtet werde, wenn er das Geschäft ohne Vermittlung des Beauftragten abschließt, kann in dieser Allgemeinheit nicht als richtig gelten. Es ist insbesondere durchaus nicht selbstverständlich, daß der Auftraggeber sich auch für den Fall zur Zahlung des Mäklerlohns verpflichten will, daß er von der weiteren Tätigkeit des Mäklers keinen Erfolg erwarten kann und sich deshalb entschließt, selbständig oder unter Vermittlung eines anderen Mäklers abzuschließen. Es bedarf daher die Annahme, daß die Parteien die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns als unbedingte Folge des vertragswidrigen Abschlusses des Geschäfts ohne Zuziehung des Mäklers gewollt hätten, der besonderen Begründung.

3. OLG. **24** 384 (KG.). In der „Anstellung" auf bestimmte Zeit ist mangels besonderer Umstände ein Verzicht des Auftraggebers auf das Recht zum Widerrufe des Auftrags nicht zu finden.

IV. Schadensersatzanspruch des Mäklers wegen vertragswidrigen Verhaltens des Auftraggebers. **RG.** Gruchots

Beitr. **56** 121. Die in dem Urt. v. 9. Juni 1911 (**RG. 76** 361, 364, JDR. **10** VI 6) aufgestellten Grundsätze über die Beweislast des Mäklers bei Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen vertragswidrigen Verhaltens des Auftraggebers werden aufrechterhalten.

V. Reichel, SächsRpflA. **12** 433. 1. Das BGB. statuiert Anzeigepflichten in so erheblicher Zahl, daß die sinngemäße Verallgemeinerung dieser (freilich stark kasuistisch gefaßten) Sätze auf kein prinzipielles Bedenken mehr stoßen kann. Es ist vielmehr in ihnen ein allgemeines Prinzip zu erblicken, dessen Klarstellung der Wissenschaft und der Rechtsprechung obliegt. Aus ihm folgt, daß der Vertragsgenosse, der die Tätigkeit des anderen für einen bestimmten Zweck in Anspruch nimmt, verpflichtet ist, diesem die Erledigung des Zweckes anzuzeigen. Denn es widerstreitet Treu und Glauben, den Vertragsgenossen zweck- und nutzlos tätig werden und hierfür Zeit und Geld umsonst opfern zu lassen. Wird also diese Pflicht außer acht gesetzt, so macht sich der Säumige dem anderen Teile ersatzpflichtig zum mindesten für die Aufwendungen, die dieser im guten Glauben an die fortdauernde Notwendigkeit seiner Bemühungen verständigerweise hat machen müssen. Hiernach ist der Auftraggeber mitteilungspflichtig. 2. Der Mäkler ist als berechtigt anzusehen, vom Auftraggeber Aufschluß darüber zu fordern, ob und eventuell zu welchen Bedingungen er abgeschlossen hat. Sehr praktisch freilich wird dieser Vorschlag nicht werden; denn auf eine Klage — und gar auf eine Vollstreckung nach § 888 ZPO. — wird es ein verständiger Mäkler schwerlich ankommen lassen. 3. Sind über Vertragsverhandlungen und Vertragsabschluß Urkunden aufgesetzt worden, so kann selbstverständlich der Mäkler deren Vorlegung verlangen (§ 810 BGB.), und zwar von demjenigen, in dessen Besitze sie sich befinden, mag dies nun der Auftraggeber oder ein Dritter sein. Wer freilich nur als Besitzmittler (§ 868 BGB.) besitzt, dürfte zur laudatio auctoris berechtigt sein (§ 76 ZPO.).

Neunter Titel. Auslobung.

§ 661. 1. OLG. **24** 389 (Hamburg). Die nach § 661 erforderliche Bekanntmachung wird nicht durch Zeitungsberichte über Sitzungen eines Vereins ersetzt, in denen die Angelegenheit besprochen und der Erlaß einer Aufforderung an die in Betracht kommenden Bewerber beschlossen wurde.

2. OLG. **24** 389 (Hamburg). Wer auf Grund eines Preisausschreibens den besten Entwurf geliefert hat, hat mangels besonderer Abrede noch keinen Anspruch auf dessen Ausführung.

Zehnter Titel. Auftrag.

Vorbemerkung: I. Über Treuhänder und Treuhandgeschäfte handelt eine umfangreiche Einzelschrift von Fischbach.

II. Zur Auslegung des § 664 vgl. die wichtige Entscheidung **RG. 78** 312.

§ 662. Literatur: Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte. Mannheim 1912.

1. Fischbach 296. Durch die Annahme eines Auftrags wird nicht etwa die gleiche Rechtslage geschaffen wie durch die Annahme einer Offerte (§ 145 BGB.). Letzterenfalls erhält der Oblat eine Leistung und zwar regelmäßig für eine Gegenleistung versprochen. Bei der Annahme des Auftrags dagegen verpflichtet sich der Beauftragte zu einer Leistung, speziell zu einer geschäftlichen Tätigkeit. Wird dort die Leistung bewirkt, so fällt sie in das Vermögen des Oblaten, wird dagegen hier die Leistung bewirkt, so erstreckt sich ihre rechtliche Wirkung nur auf das Vermögen des Auftraggebers. Der Fall unterscheidet sich vom Dienstvertrage nicht nur durch die Unentgeltlichkeit und die jederzeitige Widerruflichkeit, sondern auch dadurch, daß in dem letzteren Falle nur tatsächliche Verrichtungen, und zwar als Gegen-

leistung in Frage kommen. Die Geschäftsbesorgung (§ 675) unterscheidet sich aber, abgesehen von der Entgeltlichkeit, nicht wesentlich vom Auftragsverhältnisse. Die Protokolle sagen zwar, in der Regel handle es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei, aber schließlich berührt jede geschäftliche (d. h. das Vermögen berührende) Tätigkeit auch den Rechtsbereich des Vermögensträgers.

2. **RG.** JW. **12** 34 Nr. 20. Hat der mit der Vertretung in einer Generalversammlung Beauftragte die ihm zu diesem Zwecke übergebenen Aktien des Auftraggebers auf seinen eigenen Namen hinterlegt, so ist er verpflichtet, das Hinterlegungsverhältnis so umzugestalten, daß der Auftraggeber der Gesellschaft gegenüber die Rechtsstellung des Hinterlegers hat, und den ihm aus der Hinterlegung gegen die Gesellschaft erwachsenen Anspruch auf Rückgewähr der hinterlegten Aktien abzutreten. Daß der Beauftragte verpflichtet sei, sich den Umständen und Kosten eines auf Rückgabe der Aktien gegen die AG. zu richtenden Prozesses zu unterziehen, ist weder aus § 662 noch aus sonstigen gesetzlichen Bestimmungen über den Auftrag zu entnehmen.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 72 Nr. 27. Auch die Rückgabe und Ablieferung auftragsweise empfangener Gelder gehört zu den Pflichten des Beauftragten; die rechtswidrige und vorsätzliche Verfügung darüber erfüllt den Tatbestand der Untreue (§ 266 Nr. 2 StGB.).

§ 663. *I s r a e l. Die ärztliche Tätigkeit ist keine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 663. Eine Pflicht des Arztes zur unverzüglichen Ablehnung des an ihn gerichteten Antrags besteht deshalb nicht.

§ 664. **RG. 78** 312. Der Tatbestand des § 664 Abs. 1 Satz 2 ist keineswegs nur in dem Falle verwirklicht, wenn der Beauftragte den Vertrag mit dem Dritten im Namen des Auftraggebers abschließt, hierdurch ein Rechtsverhältnis zwischen den beiden ins Leben ruft und für seine Person aus jedem Verhältnisse zum Auftraggeber ausscheidet. Die Fassung des Abs. 1 Satz 2 im § 664 ergibt deutlich, daß die Beschränkung der Haftung auf sorgfältige Auswahl und Instruktion auch dann eintreten soll, wenn der Beauftragte mit dem Dritten im eigenen Namen kontrahiert, also nur selber Ansprüche gegen ihn gewinnt. Durch das Bestehen der dann sich ergebenden Verpflichtungen aus §§ 667 und 666 BGB. wird die Annahme einer Substitution nicht ausgeschlossen. Erforderlich ist nur, daß der Beauftragte erlaubterweise die eigentliche Geschäftsführungspflicht übertragen hat, und zwar vollständig. Hat er sich derselben nur teilweise entledigt, so daß der Dritte nur zu seiner Unterstützung zugezogen ist, so ist der Dritte nicht Substitut (Abs. 1 Satz 2), sondern Erfüllungsgehilfe (Abs. 1 Satz 3). Die Substitution bildet nicht einen Unterfall der Zuziehung von Erfüllungsgehilfen, sondern ist etwas wesentlich anderes. Daraus folgt, daß § 664 Abs. 1 auch bei Dienst- und Werkverträgen zur Geltung zu bringen ist.

§ 665. OLG. **24** 390 (München). Eine nebensächliche Überschreitung des Auftrags gibt allerdings dem Auftraggeber kein Recht, die Ausführung des Geschäfts als auftragswidrig zurückzuweisen. Wer jedoch der Auftrag hat, Aktien zu kaufen, darf nicht gesperrte Aktien erwerben.

§ 666. 1. *F ü r st, LeipzZ. **12** 14. Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten bewirkt keine Verschiebung der Beweislast zu seinem Nachteile. Diese richtet sich vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen. Danach hat der den Beauftragten wegen angeblicher Pflichtverletzung in Anspruch nehmende Auftraggeber darzulegen, wie der Beauftragte sich pflichtgemäß zu verhalten hatte und wie er sich tatsächlich — pflichtwidrig — verhielt. Zu beweisen hat er bei Bestreiten außer dem Nachweise, welches das pflichtmäßige Verhalten gewesen wäre, das Weitere, wenn er behauptet, daß der Beauftragte eine Handlung zu Unrecht vorgenommen habe, deren Vornahme. Behauptet aber der Auftraggeber, daß der Beauftragte eine

Handlung unterlassen habe, deren Vornahme kraft des Auftragsverhältnisses seine Pflicht war, so muß der Beauftragte seinerseits beweisen, daß er handelte event. daß er an der Handlung verhindert war (vgl. § 249 HGB.).

2. OLG. **24** 392 (Naumburg). Der Auftraggeber kann als Erbe des Beauftragten auch von dessen Substituten Rechnungslegung verlangen.

§ 667. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2934. Behauptet bei einer mit Einnahmen und Ausgaben verbundenen Verwaltung der Auftraggeber, daß der Beauftragte einen bestimmten Geldbetrag hinter sich habe, so ist er in dieser Hinsicht beweispflichtig.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 72 Nr. 28. Die Verpflichtung zur Herausgabe umfaßt auch die Pflicht zur Auflassung des auf Grund des Auftrags erlangten Grundstücks.

3. HansGZ. **12** 230 (Hamburg). Forderungen, die der Beauftragte infolge der Geschäftsbesorgung in eigenem Namen erworben hat, gelten im Verhältnisse zwischen ihm (oder seinen Gläubigern) und dem Auftraggeber nicht, unterliegen also dem Zugriffe der Gläubiger des Beauftragten.

§ 669. *Israel. Sagt der Arzt beim Halten einer Poliklinik Unbemittelten unentgeltliche Behandlung zu, so sind die Bestimmungen der §§ 669 und 670 insoweit aufgehoben, als der Arzt dem Patienten seine Dienste als solche zu Teil werden läßt. Dagegen kann der Arzt von dem poliklinischen Patienten für Verpflegung und Wartung, für Verbände, Binden und von ihm gegebene Medikamente nach §§ 669 und 670 Vorschuß bzw. Ersatz verlangen (5).

§ 670. 1. **RG.** WarnE. **12** 20. Zu den Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB. gehört auch die Aufopferung einer Gegenforderung seitens des Beauftragten durch Aufrechnung mit dem Dritten (Oertmann § 670 BGB. Anm. 2).

2. **RG.** LeipzZ. **12** 326 Nr. 6. Der Anspruch des Beauftragten auf Ersatz seiner Aufwendungen ist im § 670 BGB. von der vollendeten Ausführung des Auftrags nicht abhängig gemacht. Er bleibt bestehen, auch wenn der Auftrag nach der Entstehung des Aufwandes erlischt, zumal wenn die Nichtvollendung der Ausführung dem Auftraggeber selbst zur Last fällt.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 659. Der Auftraggeber haftet für den Schaden, den der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrags erleidet, nur dann, wenn ihn ein Verschulden trifft, und eine darüber hinausgehende Haftung ist auch nicht aus § 670 BGB. (Ersatz von Aufwendungen des Beauftragten) zu folgern, weil das Gesetz unter Aufwendung nur die auf freiem Willen beruhende Auslage oder Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zweckes versteht (vgl. **RG. 75** 208, JW. **10** 803).

§ 675. I. Begriff der Geschäftsbesorgung. OLG. **24** 394 (Dresden). Unter den Begriff der Geschäftsbesorgung fallen nicht nur rechtsgeschäftliche Handlungen, sondern auch tatsächliche Verrichtungen.

II. *Israel. Der ärztliche Dienst- oder Werkvertrag, mag er mit dem Patienten selbst oder mit einem Dritten abgeschlossen sein, fällt nicht unter § 675 (15 ff.). Über den Arztvertrag VI 1 zu § 611, I zu § 631.

III. **RG.** LeipzZ. **12** 228 Nr. 26. Durch die Annahme des Ansuchens an einen Notar um die Beurkundung einer Bürgschafts- und Hypothekenbewilligungserklärung kommt ein Dienst- oder Werkvertrag zustande, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat; denn auch amtliche Dienste können Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrags sein. Über den Notarvertrag s. VI 3 zu § 611.

IV. **RG.** R. 12 Nr. 865. Eine Krankenhausverwaltung haftet für sichere Bewachung eines geisteskranken Patienten auch dann, wenn diese Eigenschaft beim Eintritte verschwiegen wurde, jedoch erst von dem Zeitpunkte der Erkennung der Geisteskrankheit; Mitteilung des Pflegepersonals an den behandelnden Arzt entlastet nicht.

V. OLG. 24 395 (Marienwerder). Bei Parzellierungsvollmachtsverträgen ist Leistungsort für die Herauszahlung des Kaufpreises der Ort des belegenen Grundstücks.

§ 676. Literatur: Barth, Die Haftung des Bankiers für fahrlässig falschen Rat, HoldheimsMSchr. 12 287. — Brand, Die Haftung des Bankiers für Raterteilung, DJZ. 12 724—729. — Landsberger, Haftung für unrichtige Auskunft über Gehilfen, GewuKfmG. 17 100—104. — v. Ziegler, Haftung des Bankiers aus Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren, HoldheimsMSchr. 12 1 ff., 29 ff., 57 ff.

I. Allgemeines. Klage auf Unterlassung. BadRpr. 12 140 (Karlsruhe). Die Klage auf Unterlassung weiterer unrichtiger Auskunfterteilung ist an sich zulässig, da der Beklagte an seiner Auffassung festhält, daß er berechtigt war, die angefochtene Auskunft zu erteilen und er voraussichtlich bei neuer Gelegenheit eine gleichlautende Auskunft erteilen wird.

II. Haftung des Geschäftsherrn für Auskünfte über einen früheren Angestellten. 1. BadRpr. 12 140 (Karlsruhe). Verneinung der Haftung des früheren Geschäftsherrn wegen Auskunft über seinen Handlungsgehilfen, da das in der Auskunft enthaltene Urteil über die Fähigkeiten und Eigenschaften berechtigt ist und die Tatsachen im wesentlichen wahr sind.

2. a) OLG. 23 42 (KG.). Keine Haftung des früheren Geschäftsherrn aus unrichtiger Auskunft über den wegen Unterschlagungsverdacht entlassenen Angestellten. Da die Auskunft unentgeltlich erteilt ist, haftet der Beklagte nicht aus dem Vertrage, sondern nur aus § 826. Vorsätzliche Schädigung liegt aber nicht vor. Auch nicht deshalb, weil er es unterlassen habe, die Auskunft zu widerrufen, nachdem ihm der Angestellte nach Entlassung die Unterschlagungen mitgeteilt hatte. Auf Grund dieses reuigen Geständnisses ergab sich für den Beklagten auch dem Angestellten gegenüber die sittliche Pflicht, diesem die Möglichkeit zu einem ordentlichen Lebenswandel nicht dadurch zu nehmen, daß er durch die Berichtigung des Zeugnisses seine ganze Existenz zerstörte. b) Vgl. hierzu Landsberger, GewuKfmG. 17 100—104, bespricht die Entsch. des KG. zustimmend.

III. Haftung der Auskunfteien. Archivauskünfte. 1. **RG.** R. 12 Nr. 3461. Bei einer postwendend erteilten undatierten Archivauskunft eines Auskunftsbureaus kann der Auftragende nicht eine neuerliche Erkundigung voraussetzen.

2. **RG.** R. 12 Nr. 3462. Die Verwendung eines 6 Wochen alten Auskunftsmaterials ohne neue Erkundigung verstößt nicht ohne weiteres gegen die handelsübliche Sorgfalt.

IV. Haftung eines Sachverständigen und Bücherrevisors. **RG.** R. 12 Nr. 3460. Es gehört nicht zu den Berufsgeschäften eines gerichtlichen Sachverständigen und vereidigten Bücherrevisors über das, was er bei seinen Bücher- und Geschäftsrevisionen erfährt, Auskunft zu erteilen. Erteilt er eine solche Auskunft, so kann daher nicht angenommen werden, daß dies auf Grund eines stillschweigend geschlossenen Vertrags geschieht.

V. Die Haftung des Bankiers.

1. Im allgemeinen. *v. Ziegler, HoldheimsMSchr. 12 1 ff., 29 ff., 57 ff. a) Haftung für vorsätzlich oder fahrlässig falschen Rat bei Vertragsverhältnis, wenn die Raterteilung eine Nebenverpflichtung zum Hauptvertrag ist: Bei Kommissionsverträgen aus § 276 BGB. und § 384 HGB.; beim Kaufvertrag aus § 276 BGB., nicht nach den Grundsätzen der Haftung für Sachmängel; bei Zeichnung auf Emissionen entweder wie beim Kauf, wenn der Bankier im eigenen Namen mit dem Kunden abschließt oder wenn er nur beauftragte Zeichnungsstelle ist, nach § 278 BGB.; bei Abschluß von Konsortialverträgen nicht nach Gesellschaftsrecht, sondern nur bei besonderem Vertrag auf Raterteilung oder

bei unerlaubter Handlung. **b)** Haftung bei einer von einem Anschaffungsgeschäft isolierten Ratserteilung, wenn die Raterteilung einen besonderen Vertrag darstellt (Kriterien dafür: Bestehen einer Geschäftsverbindung mit dem Bankier, Entgeltlichkeit; Haftung nach § 276 BGB.), oder bei unerlaubter Handlung, nur aus § 826 BGB., also nur für Vorsatz. **c)** Eine Aktienbank haftet für Raterteilung zur Zeichnung ihrer eigenen Aktien nach den oben enthaltenen Grundsätzen. Die Rechtsprechung des RG. schwankt hier. **d)** Begriff und Beispiele von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf diesem Gebiete; Verschweigen von ungünstigen Umständen, Mitverschulden des Kunden; unrichtige Angaben im Prospekte können eine falsche Beratung enthalten; Haftung des Bankiers für Raterteilung durch seine Angestellten bei Vertragshaftung aus § 278 BGB.; bei Haftung aus unerlaubter Handlung aus § 831 BGB.

2. Wann liegt ein die Haftung begründendes Vertragsverhältnis vor?

a) *Brand, DJZ. **12** 724 ff. Der Bankier haftet für fahrlässig falsche Raterteilung auch dann, wenn sie nicht im Rahmen einer dauernden Geschäftsverbindung oder als Vorbereitung zu einem Kaufe oder einer Kommission erfolgt. Denn ein Vertragsverhältnis ist schon in dem Erteilen des Rates seitens des Bankiers und in der Hinnahme der Ratschläge seitens des Kunden zu finden. AM. die herrschende Lehre und **RG. 42** 125, **67** 394, JW. **05** 502 Nr. 35; **10** 808 Nr. 22, **11** 809 Nr. 14, SeuffA. **55** 26.

b) Barth, HoldheimsMSchr. **12** 287. Die Konstruktion des RG. ist unrichtig. Weder die Geschäftsverbindung — welche nur eine Kumulation von Verträgen, kein einheitliches Rechtsgeschäft ist — noch die Raterteilung können die Haftungsgrundlage bilden. Auch Brands Ansicht, daß die Raterteilung ein auftragsähnliches Rechtsgeschäft sei, ist irrig. Denn abgesehen von der Unentgeltlichkeit findet fast kein Rechtssatz aus der Auftragslehre Anwendung. Dagegen kann man folgende Wege einschlagen: 1. Entweder die Annahme eines neben der Ratserteilung stehenden Garantieversprechens. Unter den Umständen, unter denen Rat nur mit Übernahme einer Haftung gemäß den Grundsätzen der Verkehrssicherheit erteilt zu werden pflegt, ist auch die vertragsmäßige Übernahme eines solchen zu unterstellen. Oder 2. die Annahme eines Gewohnheitsrechts, da sich die Praxis seit langem ununterbrochen auf diesen Standpunkt gestellt hat.

c) Pflicht zur sorgfältigen Raterteilung als unselbständige Nebenverpflichtung. **RG.** JDR. **10** Nr. V 1 jetzt auch HoldheimsMSchr. **12** 79, BankA. **11** 195.

d) OLG. **24** 395 q, MecklZ. **30** 154 (Rostock). Ein die Haftung begründendes Vertragsverhältnis ist nur dann anzunehmen, wenn für den Raterteilenden die ausdrücklich oder stillschweigend übernommene Verpflichtung besteht, in beratender Weise tätig zu werden oder für den erteilten Rat einzustehen, sei es, daß diese Verpflichtung durch einen besonderen, hierauf abzielenden Vertrag übernommen ist, sei es, daß sie sich als eine Nebenverpflichtung aus den sonst zwischen den Parteien vorhandenen Beziehungen ergibt. An solchem Vertragsverhältnisse fehlt es bei folgendem Tatbestande: Der Beklagte, Besitzer einer großen Anzahl von A. Shares machte, als ein Kursrückgang erfolgte, in den Zeitungen bekannt, daß er rate, die Shares zu behalten, riet dem anfragenden Kläger telegraphisch das gleiche dringend und gab ihm zum Durchhalten des Engagements unaufgefordert ein Darlehen von 3000 M. Selbst wenn der Beklagte nicht rein aus Gefälligkeit, sondern auch zugleich im eigenen Interesse gehandelt hat, um den Kläger und dessen Bekannte zu verhindern, ihre Shares auf den Markt zu werfen, ist ein im Zweifelsfalle nicht zu vermutender Wille des Ratgebers, eine Verpflichtung zu übernehmen, bei der Sachlage nicht festzustellen. Vielmehr ist anzunehmen, daß die vertragsmäßige Bindung sich nur auf das Dar-

lehnsverhältnis bezog und daß daneben nicht selbständig oder in Verbindung damit für den einen oder anderen Teil Rechte oder Pflichten aus dem Beratungsverhältnis entstehen sollten. Auch eine die Haftung begründende Geschäftsverbindung im Sinne von **RG. 27** 121, SeuffA. **66** Nr. 5 ist durch das einmalige Darlehnsgeschäft und durch den Frage- und Antwortverkehr über die Güte der Shares nicht entstanden.

e) Besonderes Entgelt nicht erforderlich. HansGZ. **12** Hauptbl. 35 und Beibl. 144 (Hamburg). Der Bankier haftet für den beim Ankaufe von Spekulationspapieren erteilten Rat auch dann, wenn er beim Ankaufe von Papieren ohne Erteilung seines Rates die gleiche Provision erhebt, wie wenn er einen Rat erteilt hat. Denn zweifellos wird der Rat des Bankiers nicht als Gefälligkeit vom Publikum in Anspruch genommen, sondern im Hinblick auf das abzuschließende Geschäft, und in dieser Erwartung wird auch der Rat gegeben.

3. Begriff des Bankiers. **RG.** JDR. **10** Nr. V 3 jetzt auch HoldheimsMSchr. **12** 79.

4. Einzelfälle.

a) HansGZ. **12** Hauptbl. 35, BankA. **11** 170 (Hamburg). Rät ein Bankier den Ankauf von Minenshares, ohne den Zustand der Mine zu kennen und sich vorher darüber sorgfältig durch geeignete Erkundigung zu vergewissern, oder gar trotz Kenntnis der sehr mißlichen Lage des Minenunternehmens, so handelt er fahrlässig und haftet dem Kunden für den Schaden, der diesem aus dem zufolge des Rates geschlossenen Kaufvertrag erwächst.

b) Schuldhafte Pflichtverletzung in der Empfehlung von Wertpapieren zu 600 M. als billig, obwohl der Bankier sie selbst vier Wochen vorher für 200 M. gekauft hat, **RG.** JDR. **10** Nr. V 4, jetzt auch HoldheimsMSchr. **12** 98.

c) **RG.** BankA. **11** 232. Bei einem Ankaufe von Spekulationspapieren kann die Haftung des Bankiers nicht lediglich darauf gestützt werden, daß er zum Ankaufe geraten habe, obwohl damals die Papiere sämtlich durch Kurstreibereien einen Kurs gehabt hätten, der ihren wahren Wert bei weitem überstieg. Bei Spekulationspapieren kann im Gegensatze zu Anlagepapieren von vornherein keine Übereinstimmung des wahren Wertes mit dem Kurse für sicher angenommen werden. Bei ihnen kann eine allzu strenge Verpflichtung des Bankiers nicht angenommen werden. Für den Ausfall des Spekulierens muß der Spekulant selber die Gefahr tragen.

5. Auskunfterteilung eines Bankiers über die Kreditwürdigkeit eines Kunden. **RG.** JDR. **10** Nr. V 5 jetzt auch SeuffA. **67** 141, BauersZ. **19** 195.

6. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 52, BankA. **11** 120. Arglistige Täuschung beim Kuxenkaufe durch die unwahre Angabe des verkaufenden Bankiers, daß Bekannte des Käufers bereits eine größere Anzahl der Kuxe zu einem bestimmten näher angegebenen Preise gekauft hätten. b) **RG.** SächsRpflA. **12** 299, BankA. **11** 311. Begründete Anfechtung eines Börsengeschäfts wegen arglistiger Täuschung verübt durch den Prokuristen der Bank, welcher dem Kläger vor der Bestellung der Shares erklärt hatte, er habe sich nach dem Papier erkundigt, es biete gute Chancen. Eine auf Erkundigung beruhende Kenntnis des Prokuristen hat, wie dieser wußte, nicht bestanden; der Inhalt der Auskunft ist frei erfunden. Sie hat den Kläger zu dem Geschäfte bestimmt; er hätte sich insbesondere auf das Geschäft nicht eingelassen, wenn der Prokurist nicht seine Mitteilung über die Aussichten des Papiers als eine auf Erkundigung beruhende bezeichnet hätte. — Die Anfechtung ist rechtzeitig. Vor der Vernehmung des Prokuristen als Zeugen hatte der Kläger keinen Anlaß gehabt, anzunehmen, daß er arglistig getäuscht worden sei. c) **RG.** HansGZ. **12** Hptbl. 6. Unbegründete

Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, da der Beklagte über die Herkunft der Kuxe und über die bezahlten Erwerbspreise zwar wissentlich unwahre Angaben gemacht hat, der Kläger aber zum Abschlusse nicht durch sie, sondern allein dadurch bestimmt worden ist, daß er die Chancen des Spekulationsgeschäfts auf Grund eigener erschöpfender Kenntnis und Prüfung kaufen wollte und gerade so, wie geschehen, auch dann abgeschlossen hätte, wenn er die Unwahrheit der Angaben des Beklagten gekannt hätte.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 677. OLG. 24 398 (Dresden). Wenn ein Gewerbetreibender besonderes Interesse an dem Zustandekommen eines gewerblichen Schutzvereins oder der Zuführung von Mitgliedern zu ihm nimmt, und zur Herbeiführung dieses Zweckes von freien Stücken, ohne Auftrag des Vereins oder der Gründer Werbereisen unternimmt, so ist davon auszugehen, daß er nicht die Geschäfte eines anderen führen, sondern in Verfolgung seines eigenen Interesses tätig werden wolle.

§ 679. *Israel. Erfüllt der Arzt eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, im Sinne von § 679 in den Fällen, wo er sich um die Rettung eines Selbstmörders bemüht, oder dann, wenn er einen chronisch Kranken behandelt, der von seinem Leiden nicht geheilt sein will? § 679 kann nicht zur Anwendung gelangen. Dagegen kann in diesen Fällen der Arzt nach den allgemeinen Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vorgehen, da seine Hilfe dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Selbstmörders bzw. des chronisch Kranken entspricht, den dieser in gesundem und vernünftigem Zustande vermutlich gehabt hätte. Denn vermutlich ist das der Wille, am Leben zu bleiben bzw. von dem Leiden geheilt zu werden (27 ff.). Wird ein Mitglied einer Krankenkasse, bei der keine freie Ärztewahl besteht, nicht durch einen Kassenarzt, sondern durch einen Nichtkassenarzt behandelt, so ist die Kasse dem Arzte in dringenden Fällen verpflichtet, vorausgesetzt, daß von dem Nichtkassenarzt ein fremdes Geschäft besorgt wird und er seinen Willen, nicht für den Patienten selbst, sondern für die Krankenkasse als Geschäftsherrin tätig zu werden, erkennbar äußert (vgl. § 368 d RVO. [34]).

§ 681. *Israel. Bei mangelnder Einwilligung zur Operation hat der Arzt zunächst die Entschließung des Patienten gemäß § 681 abzuwarten, falls mit dem Aufschube derselben eine Gefahr nicht verbunden ist. Tut er das nicht, so ist seine Geschäftsführung unwirksam, wenn er den Willen des Patienten nicht richtig getroffen hat. Ein Honoraranspruch steht ihm dann nicht zu (24).

§ 683. Literatur: Droß, Der Erstattungsanspruch preußischer Armenverbände. Berlin 1911. — Israel, Über den Honoraranspruch des Arztes. Diss. Marburg 1912.

1. *Israel. Der Arzt darf mangels einer Einwilligung des Patienten eine unaufschiebbare Operation (vgl. zu § 681) nur dann vornehmen, wenn sie im Interesse des letzteren liegt und seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entspricht. Es muß als genügend angesehen werden, wenn aus dem Verhalten des Patienten geschlossen werden kann, daß er gegen die Operation nichts einzuwenden habe. Hinsichtlich des für den Patienten erforderlichen Interesses ist von den allgemeinen Grundsätzen auszugehen, wonach die Operation für den Patienten nach den medizinischen Erwägungen geboten oder zweckmäßig erscheinen muß. Der Arzt kann hiernach bei einem bewußtlosen Patienten oder bei einem solchen, der nicht imstande ist, Willenserklärungen wirksam abzugeben, alles vornehmen, was in Anbetracht der Krankheitslage alsbald geschehen muß und nicht mit dem dem Arzte bekannten Willen in Widerspruch steht. Nach § 683 Satz 1 in Verbindung mit § 670 kann er dann nicht nur das ersetzt verlangen, was er an reinen Vermögenswerten geopfert

hat, vielmehr steht ihm auf Grund dieser Bestimmungen auch der Anspruch auf das übliche Honorar zu (23 ff.).

2. *Droß. Die Unterstützung, die der Armenverband gewährt, kann von dem Unterstützten nicht nach § 683 zurückgefordert werden. Denn dem Armenverbande, der mit Gewährung der Unterstützung lediglich seine Verpflichtung dem Staate gegenüber erfüllt, fehlt der animus negotia aliena gerendi. Auch stellt diese öffentlich-rechtliche Pflicht des Armenverbandes eine „sonstige Berechtigung" nach § 677 dar.

§ 685. 1. OLG. **24** 399 (Cöln). Daraus, daß die Leistung in der Erwartung, letztwillig bedacht zu werden, gewährt ist, folgt noch keineswegs, daß der Leistende nicht die Absicht des Ersatzverlangens gehabt hätte. Es folgt vielmehr daraus nur, daß er auf die Geltendmachung der Ersatzansprüche verzichtet haben würde, falls ihm durch eine letztwillige Zuwendung eine entsprechende und angemessene Entschädigung zuteil geworden wäre.

2. **RG.** WarnE. **12** 117. Ein Stiefvater, der seine verheiratete Stieftochter nebst dem Dienstmädchen unterhält, während der Mann in einer Heilanstalt ist, hat einen Ersatzanspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag, falls nicht bewiesen wird, daß er nicht die Absicht hatte, Ersatz zu verlangen.

3. PosMSchr. **12** 121 (Marienwerder). Auf die §§ 677 ff. BGB. kann die Klage nicht gestützt werden. Voraussetzung eines jeden Anspruchs aus auftragloser Geschäftsführung ist, daß jemand ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, daß er also mit dem Bewußtsein und dem Willen handelt, für einen anderen (den Geschäftsherrn) tätig zu werden, d. h. ein fremdes Geschäft zu besorgen (vgl. Komm. v. RGR. §§ 677 Abs. 2, 687 Abs. 1 BGB.). Dies erscheint regelmäßig ausgeschlossen, wenn jemand durch eine Leistung, an der auch ein Dritter ein gewisses Interesse hat, lediglich eine bestehende Verpflichtung gegenüber seinem Vertragsgegner erfüllt, da er dann nicht die Angelegenheit jenes Dritten besorgen, sondern nur sein eigenes Geschäft führen will (GruchotsBeitr. **52** 1000). So liegt die Sache hier. Aus dem ganzen Vorbringen des beweispflichtigen Klägers ergibt sich nichts dafür, daß er bei Abschluß des Kaufvertrags mit dem Sohne des Beklagten und bei Lieferung der Sachen (Kleider u. dgl.) an den Fähnrich das Bewußtsein und den Willen gehabt hat, ein Geschäft des Beklagten zu besorgen oder — was genügen würde (JW. **10** 389 Nr. 6), auch nur gleichzeitig zu erledigen.

4. **RG.** WarnE. **12** 420. Die im § 685 Abs. 2 aufgestellte negative Vermutung, bei Gewährung des Unterhalts an Abkömmlinge fehle den Eltern im Zweifel die Absicht, von den Empfängern Ersatz zu verlangen, schließt die Annahme, daß es sich hierbei um Schenkungen gehandelt habe, nicht nur nicht aus, sondern begünstigt sie. Keinesfalls steht sie einer Feststellung im Wege, daß der Unterhalt, wenn eine gesetzliche Verpflichtung dazu nicht bestand, oder wenn ein höherer als der standesmäßige Unterhalt gewährt wurde (§ 1610 BGB.), eine Bereicherung des Empfängers enthalten habe und im Einverständnisse darüber geleistet worden sei, daß die Zuwendung entgeltlich erfolge (§ 516 BGB.).

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688. **RG. 77** 336. Begriff des Banksafes. Schon die Lage des Schrankes in einem jedermann zugänglichen Vorraume, durch welchen ein ständiges Kommen und Gehen unbestimmt vieler und unbestimmt welcher Personen stattfinden mußte, und das tagsüber geübte Offenstehen der Schranktüren verneinen jede Ähnlichkeit mit einem Banksafe; denn die Einrichtung eines Banksafes besteht in der völligen Unzugänglichkeit für jeden Dritten und dem völligen Verschlusse vor jedem Dritten, verbunden mit einer reglementmäßigen Regelung der Benutzungsart.

§ 689. Oertmann, Entgeltliche Geschäfte. Die entgeltliche Verwahrung ist ein wahrer gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. Der Verwahrungspflicht steht die Vergütungspflicht als selbständige Gegenleistung gegenüber (66).

§ 690. SeuffA. **67** Nr. 126 (Dresden). Fordert der Hinterleger Schadensersatz wegen Verlustes der übergebenen Sache, so ist der Verwahrer verpflichtet, den Verlust aufzuklären und mindestens die Möglichkeit nachzuweisen, daß der Verlust ohne sein Verschulden eingetreten sei (vgl. auch § 282 BGB.). Diese Beweispflicht des Verwahrers findet durch § 690 BGB. ihre Grenze in dem Nachweise, daß das Abhandenkommen der Sache nicht auf eine Vernachlässigung der in eigenen Angelegenheiten angewendeten Sorgfalt zurückzuführen sei. Das Maß seiner Beweispflicht wird indes durch die Bestimmung im § 282 BGB. nicht etwa dahin gesteigert, daß er den zwingenden Beweis seiner Nichtschuld zu erbringen hätte. Vielmehr wird in solchem Falle der Schuldner seiner Beweispflicht der Regel nach dann genügen, wenn er die Möglichkeit nachweist, daß das verwahrte Gut abhanden gekommen sein könne, ohne daß er die ihm obliegende Sorgfalt außer acht gelassen habe.

§ 700. *Raape, Die Wollensbedingung. Über die Konstruktion und die Stempelpflicht vgl. 45 ff., s. o. zu § 158 Ziff. I 2.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

§ 701. Literatur: Koban, Haftung der Schlafwagenunternehmungen. Wien 1912. — Wurzer, Welche Ansprüche hat der Gasthausbesitzer, wenn ihm durch Krankheit und Tod des Gastes Schaden entsteht? GruchotsBeitr. **56** 174 ff.

1. Wurzer, GruchotsBeitr. **56** 174 ff. 1. In dem Gastaufnahmevertrag ist keine stillschweigende Nebenverpflichtung des Gastes enthalten, daß er dem Wirte den durch eine ansteckende Krankheit und durch Tod entstehenden Schaden zu ersetzen habe. 2. Eine solche stillschweigende Vereinbarung liegt aber dann vor, wenn ein solcher Kranker nach Ausbruch der Krankheit mit Wissen des Wirtes das Zimmer weiter benutzt. 3. Die Benutzung des Zimmers durch den Kranken ist objektiv rechtswidrig: sie verpflichtet ihn aber nur dann zum Schadensersatze, wenn gleichzeitig ein Verschulden vorliegt. 4. War die von dem bewußtlosen Kranken ausgehende Einwirkung auf das Zimmer notwendig zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr und war der drohende Schaden gegenüber dem dem Wirte entstehenden unverhältnismäßig groß, so hat der Wirt den Ersatzanspruch aus § 904 BGB. 5. Abgesehen von diesem Falle hat der Wirt den Ersatzanspruch des Geschäftsführers ohne Auftrag, wenn es im Interesse des bewußtlosen Kranken lag, daß er im Gasthause verblieb. Dies gilt auch für den Fall eines plötzlichen Todes. 6. In jedem Falle hat der Wirt einen Ersatzanspruch nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung.

2. HessRspr. **12** 67 (LG. Gießen). Der Begriff des Beherbergens fordert zwar nicht unbedingt Gewährung eines Nachtquartiers oder Anweisung eines besonderen Zimmers oder dauernde Aufnahme, verlangt aber, daß dem Aufgenommenen für seine Person Unterkunft, d. h. Ersatz der Häuslichkeit geboten wird. Es liegt deshalb eine Beherbergung nicht vor, wenn der Reisende für seine Person in der Gastwirtschaft überhaupt keine Unterkunft sucht, also lediglich sein Reisegepäck oder andere Sachen, etwa seine Zugtiere, bei dem Gastwirt unterstellt. Es haftet der Gastwirt aber auch solchen Personen nicht nach Maßgabe der §§ 701 ff. BGB., welche nur in den Restaurationsräumen des Wirtshauses Speise und Trank nehmen. Deshalb haften namentlich nicht die sog. Stallwirte.

3. OLG. **24** 400 (Cöln). Der Eigentümer verlorener oder beschädigter Sachen kann als solcher aus § 701 einen Ersatzanspruch gegen den Gastwirt nicht herleiten. Inwieweit der Gast, der die fremde Sache eingebracht hatte, einen Ersatzanspruch

im eigenen Namen geltend machen kann, richtet sich nach seinen Rechtsbeziehungen zum Eigentümer.

4. SächsRpflA. 12 33 (Dresden). Ein die Ersatzpflicht ausschließender Umstand (§ 701 Abs. 1 Satz 2) ist vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen.

5. *Koban. Die Schlafwagengesellschaften sind zwar nicht den Gastwirten des BGB. gleichzustellen, fallen also nicht unter §§ 701 ff. BGB. Gleichwohl haftet die Unternehmung den Reisenden für jene Sachen einschließlich Bargeld, die man auf einer Reise der bestimmten Art sozusagen als notwendigsten Reisebedarf normalerweise mit sich zu führen pflegt. Den Kreis dieser Gegenstände hat der Richter unter Zugrundelegung gewöhnlicher Verkehrsanschauungen nach freiem Ermessen zu ziehen. In diesem beschränkten Umfange haftet aber trotz § 28 Abs. 4 EisenbVerkO. und § 465 Abs. 3 HGB. auch die Eisenbahn, falls sie selbst Schlafwagen bestellt. Ähnliches gilt hinsichtlich der Extrazüge, Kranken-, Salon- und Aussichtswagen.

§ 702. **RG. 77** 336. Der Gastwirt, der in einem Vorraume seines Gasthofs seinen Gästen besondere verschließbare Schrankfächer behufs Aufbewahrung von Gegenständen zur Verfügung stellt, haftet in der Regel nicht für den Verlust von Wertsachen durch Entwendung aus einem solchen Fache.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

§ 705. I. Begriff und Wesen des Gesellschaftsvertrags. 1. Voraussetzungen des Gesellschaftsvertrags. a) **RG. 77** 224, JW. 12 74, R. **12** Nr. 49. Dadurch daß die Beteiligung des einen Gesellschafters nach außen hin nicht hervortritt, sondern eine „stille" ist, und daß der andere Gesellschafter Alleineigentümer der Gegenstände der Unternehmungen bleiben, diese wie bisher weiterführen und demnächst nur den dabei erzielten Vorteil mit dem Mitgesellschafter teilen soll, wird die Annahme einer Gesellschaft nicht ausgeschlossen; denn die Begründung eines Gesellschaftsvermögens gehört nicht zum Wesen der Gesellschaft. **b)** SeuffBl. **12** 245, R. **12** Nr. 1601 (München). Gesellschaftsvermögen ist zum Begriffe der Gesellschaft nicht erforderlich; obligatorische Beteiligung genügt; Berücksichtigung der Interessen Dritter steht nicht entgegen. **c)** Gemeinsamer Vorteil, ganzes oder teilweises Zufließen des Gewinns an Dritte vgl. unten II 1 **RG.** BauersZ. **12** 330; OLG. **24** 402 (München). **d) RG.** R. **12** Nr. 3349. Die Gesellschaft setzt weder die Begründung eines Gesellschaftsvermögens noch die Leistung von Beiträgen voraus. Die Gesellschafter können sich vielmehr auch in anderer Weise, insbesondere dergestalt zur Förderung der Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verpflichten, daß dabei nur einer von ihnen die zur Durchführung des geschäftlichen Unternehmens erforderlichen Mittel zu beschaffen hat.

2. Anwendung der §§ 320 ff. BGB. **RG. 78** 303, LeipzZ. **12** 387, R. **12** Nr. 1152. Auch auf den Gesellschaftsvertrag, insoweit durch ihn unmittelbar Rechte und Pflichten unter den Gesellschaftern, z. B. betreffs Beitragsleistung begründet sind, sind die §§ 320 ff. anwendbar. Ist aber das Gesellschaftsverhältnis bereits zur Ausführung gelangt, so kann die Anwendung dieser Vorschriften keine uneingeschränkte sein und ist in Übereinstimmung zu bringen mit den aus der Gesellschaftsgemeinschaft sich ergebenden besonderen Verhältnissen und den für das Aufhören dieser Gemeinschaft gegebenen besonderen Vorschriften der §§ 723 ff. Soll daher der ganze Vertrag aufgehoben sein, so genügt die nach §§ 326 Abs. 1 Satz 3, 325 Abs. 1 Satz 2 erforderliche Feststellung, daß die teilweise Erfüllung des Vertrags durch den einen Gesellschafter für den anderen kein Interesse habe, nicht, solange nicht festgestellt ist, daß die Voraussetzungen der §§ 723 ff. gegeben sind.

II. Abgrenzung gegen andere Rechtsgebilde. 1. Gesellschaft oder Kauf? Begriff des gemeinsamen Vorteils **RG.** BauerZ. **12** 330. Die Beklagte hatte sich verpflichtet, alle gebrauchten Konservenbüchsen und Weißblechstücke aus dem Mülle, den sie auf ihrem Abladeplatze lagert, aussuchen zu lassen und sie zu einem bestimmten Preise für den Zentner dem Kläger zu überlassen. Das Reichsgericht erachtet einen Kauf für gegeben. Die Gesellschaft muß auf Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gerichtet sein, und wenn dieser Zweck in dem zu erwartenden Vermögensvorteile besteht, so muß auch dieser gemeinsam sein. Hier verfolgt jede Partei ihren eigenen Vorteil, sie wollen nicht die vorhandenen Konservenbüchsen gemeinsam ausbeuten, sondern die eine Seite will Nutzen daraus ziehen, daß sich in dem Mülle möglichst viel Büchsen finden, die andere erst aus der Verarbeitung des Bleches. Der Umstand, daß der Vorteil beider Hand in Hand geht, wie bei jeder Geschäftsverbindung, begründet noch keine Gesellschaft.

2. Gesellschaft oder Darlehen? **RG.** LeipzZ. **12** 318.

III. Einzelfälle. 1. Gesellschaft zwecks Güterzertrümmerung. **OLG. 24** 402 (München). Ein Vertrag auf gemeinschaftliche Zertrüm merung kann allerdings hinsichtlich seiner rechtlichen Beurteilung zu Zweifeln Anlaß geben; insbesondere kann vielfach die Abgrenzung von Dienst-, Werk- oder Mäklervertrag oder den partiarischen Rechtsgeschäften schwierig sein. Im vorliegenden Falle haben aber die Vertragsteile sich zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes, der Zertrümmerung des Anwesens, verbunden unter der Verpflichtung des Beklagten zur Beschaffung der Geldmittel und zur Geschäftsführung. Wurden beim Abkommen auch die Interessen der Erben des früheren Besitzers des fraglichen Anwesens berücksichtigt, so ging doch zunächst die Absicht der Parteien auf Durchführung der Zertrümmerung unter möglichst vorteilhafter Verwertung der Grundstücke; der angestrebte Zweck blieb also trotzdem „gemeinsam". Ob der Gewinn ganz oder teilweise endgültig dritten Personen zufließen soll, ist für den Begriff der Gesellschaft gleichgültig.

2. Gegen Hingabe einer bestimmten Summe gewährte stille Beteiligung an einem Bergwerke Darlehen, Gesellschaft oder Hoffnungskauf. **RG. 77** 224, DJZ. **12** 221. Ein Darlehen liegt nicht vor, da Beklagter sich nicht zur Rückzahlung der gezahlten Summe verpflichtet hat. Aber auch eine Gesellschaft ist nicht vorhanden. Zwar ist für dieselbe ein gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen nicht wesentlich. Es ist auch unter Nichtkaufleuten eine stille Gesellschaftsbeteiligung mit einem anderen möglich, der nach außen alleiniger Träger des dem Gesellschaftszwecke dienenden Vermögens bleibt, das auch die Beiträge des stillen Gesellschafters aufnimmt. Aber die Annahme einer Gesellschaft verbietet sich deshalb, weil nach der Feststellung der Vorinstanz die Summe, die Kläger gegeben hat, nicht als Beitrag zur Förderung des gemeinsamen Zweckes gegeben ist, sondern als „Gegenwert" für die Zuweisung der 10 prozentigen Beteiligung, der dem Beklagten unter allen Umständen verblieben sei, den er beliebig habe verwenden können, der also nicht bei einer Auseinandersetzung als Einlage zu erstatten sei. Es liegt deshalb ein Hoffnungskauf oder ein diesem verwandtes partiarisches Rechtsgeschäft vor.

3. Gemeinschaftliche Herausgabe eines Buches. **OLG. 24** 403 (KG.).

4. Rechtsstellung eines studentischen Korps. **RG. 78** 134, JW. **12** 339 läßt es dahingestellt, ob hier ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt, da jedenfalls das Korps als nicht rechtsfähiger Verein den Vorschriften über Gesellschaft unterliege. Über die jederzeitige Kündigungsbefugnis der alten Herren vgl. § 723 Ziff. 3.

5. RG. R. 12 Nr. 1996. Wenn mehrere Grundeigentümer gemeinsam ihren Grundbesitz einem Unternehmer behufs Gewinnung von Kalisalzen zur Verfügung stellen gegen die Verpflichtung des Unternehmers, an die Gesamtheit der Grundeigentümer, vertreten durch einen Ausschuß, zunächst sog. „Wartegelder" und, falls ein abbauwürdiges Kalilager gefunden würde, eine bestimmte Fundprämie zu zahlen, so ist der einzelne Grundeigentümer auch nach Wegfall des Ausschusses nicht berechtigt, aus eigenem Rechte eine Zahlung für sich selbst zu verlangen.

6. RG. R. 12 Nr. 3348. Wer nur für einen anderen in ein Gläubigerkonsortium eintritt, hat persönlich nicht die Rechte und Pflichten eines Gesellschafters, auch wenn er nach außen für das Konsortium auftritt.

7. RG. R. 12 Nr. 3350. Wenn der Mäkler, dem von dem Eigentümer eines Grundstücks für die Vermittelung des Verkaufs des Grundstücks eine Provision versprochen ist, mit einem Kaufliebhaber zwecks Erwerbes des Grundstücks eine Gesellschaft eingeht, ist er verpflichtet, dem Gesellschafter von dem Provisionsversprechen Mitteilung zu machen und die Provision der Gesellschaft herauszugeben.

8. Kartelle. Literatur: Flechtheim, Deutsches Kartellrecht. a) Silberberg, JW. 12 281, erörtert den häufig vorkommenden Fall, daß die als AG. organisierte Kartellgeschäftsstelle die Produkte der kartellierten Unternehmer im eigenen Namen und für eigene Rechnung von diesen kauft und im Propregeschäft an die Abnehmer weiter verkauft. Er hält es nach § 212 HGB. für zulässig, daß die Kartellmitglieder als Aktionäre der Geschäftsstelle die statutarische Verpflichtung eingehen, ihren gesamten Bedarf nur bei der AG. zu decken; ebenso daß die Aktionäre sich verpflichten nicht mehr als eine bestimmte Menge zu produzieren (vgl. § 212 HGB.). b) Über die Form der Verträge einer GmbH. mit ihren Gesellschaftern auf Ablieferung ihrer Produktion an die GmbH. vgl. § 3 GmbH. c) RG. LeipzZ. 12 757, DJZ. 12 1409, R. 12 Nr. 2655. Wenn sich mehrere Gewerbetreibende zu einem Preiskartelle vereinigen, durch das sich die Mitglieder unter Vertragsstrafe verpflichten, Arbeiten nicht unter gewissen Preisen zu übernehmen, dabei aber von der Bildung einer gemeinschaftlichen Organisation und der Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögens absehen, wenn also auch die Vertragsstrafen nicht in eine gemeinschaftliche Kasse fließen, sondern an die übrigen Teilnehmer des Vertrags verteilt werden sollen, dann handelt es sich um ein Kartell niederer Ordnung, das zwar mit Rücksicht auf den erstrebten Erfolg einer Gesellschaft ähnlich ist, aber nicht eine solche Gesellschaft begründet. Daher kann jeder einzelne Teilnehmer schon während der Dauer des Vertragsverhältnisses den auf ihn treffenden Anteil einer verfallenen Vertragsstrafe von dem schuldigen Teilnehmer verlangen. d) Stempelsteuer nach sächsischem Rechte. SächsRpflA. 12 115 (Entscheid d. FinMin.). Syndikate oder Ringe, die die einheitliche Regelung der Produktion und des Absatzes der von den beteiligten Gesellschaftern hergestellten Erzeugnisse und im besonderen die Vereinheitlichung der Preise und der Lieferungsbedingungen bezwecken, sind, auch wenn sie unmittelbar für sich selbst Gewinn nicht erzielen und verteilen wollen, doch unmittelbar auf den Gewinn der Teilnehmer gerichtet, da ihre Aufgabe darin besteht, durch den Zusammenschluß der beteiligten Interessenten die gewerblichen Unternehmungen der Mitglieder zu fördern und ihre Erträgnisse zu steigern. Die Ermäßigungsvorschrift in Anm. 1 zu Tarifst. 13 I SächsStempStG. findet keine Anwendung. e) Über Verkaufssyndikate in der Form der GmbH. s. § 3 GmbHG. f) Flechtheim, RuW. 1 469, bespricht in Anknüpfung an die vom RG. und OLG. Hamm in Sachen des rheinisch-westfälischen Zementssyndikats erlassenen Urteile die Frage der Kündbarkeit eines Syndikatsvertrags. In einem Falle, wo die typischen Kartellpflichten selbst nicht

in einem besonderen, neben dem Gesellschaftsvertrage hergehenden zweiten Vertrage, sondern in dem Gründungsvertrage selbst geregelt waren (§ 212 HGB., § 3 GmbHG.) und also dem Aktionäre bzw. dem Mitgliede der GmbH. als solchem oblagen, hatte das **RG. 73** 429 bei einem zeitlich unbeschränkten Vertrag eine Kündigung dieses Vertrags aus wichtigen Gründen für unzulässig erklärt und die Gesellschafter auf die Möglichkeit verwiesen, nach § 61 GmbH. die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen. Gegenüber diesem von ihm schon LeipzZ. **12** 90 angegriffenen Urteile führt Flechtheim aus, daß eine Beschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit bis zur Vernichtung gegen § 138 BGB. verstoße und daß jedem Gesellschafter kraft stillschweigender Vereinbarung das Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen zustehe, auch wenn das nicht ausdrücklich im Vertrage stehe; denn ein solches Recht ergebe sich aus den übrigen Bestimmungen des Vertrags im Wege einer die wirtschaftlichen Verhältnisse richtig berücksichtigenden Auslegung von selbst.

§ 709. I. Stimmrechtsausübung. 1. Abstimmung eines Gesellschafters nach bestimmten Weisungen. OLG. **24** 258 (Celle). Das **RG. 69** 134 hat keineswegs allgemein ausgesprochen, daß eine Verpflichtung, in Gesellschaftsangelegenheiten nach Weisung eines Dritten zu stimmen, unsittlich sei. In dieser Frage muß vielmehr die Entscheidung je nach Lage des einzelnen Falles verschieden ausfallen. Bei der Abstimmung übt der Gesellschafter in erster Linie ein Recht aus; wie er abstimmt, ist also zunächst seine Sache. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist es zu beurteilen, ob er außerdem verpflichtet ist, den Gesellschaftszweck auch in der Weise zu fördern, daß er bei Abstimmung sein eigenes Interesse hintansetzt, die Interessen der Gesellschaft fördert, so daß er durch Verstoß gegen diese Pflicht sogar nach §§ 276, 708 haftbar werden kann. Vornehmlich bei einer solchen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, die nicht ausdrücklich getroffen sein muß, kann eine Verpflichtung, nach Weisung eines Dritten zu stimmen, unsittlich sein.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 545, R. **12** Nr. 1602. Eine Vereinbarung, durch die ein Gesellschafter verpflichtet wird, sein Stimmrecht in der Gesellschaft anders als im Interesse der Gesellschaft auszuüben, ist nichtig. Denn der Gesellschafter ist verpflichtet, den Gesellschaftszweck auch in der Weise zu fördern, daß er seine eigenen Interessen hintansetzt und die Interessen der Gesellschaft fördert. Richtig ist allerdings, daß die Entscheidung der Frage, ob eine vertragliche Einschränkung des freien Stimmrechts eines Gesellschafters gegen die guten Sitten verstößt, je nach Lage des Falles erfolgen muß.

II. Wahrung der Interessen der Gesellschaft. **RG.** LeipzZ. **12** 911, R. **12** Nr. 3347. Ein Gesellschafter handelt nicht dadurch gegen seine Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, daß er eine ihm gegen die Gesellschaft zustehende Darlehnsforderung zu einer für die Gesellschaft ungünstigen Zeit aufkündigt.

III. Ausgleichungsanspruch bei Zahlung von Gesellschaftsschulden durch einen Gesellschafter. **RG.** SeuffA. **67** 443; LeipzZ. **12** 472, R. **12** Nr. 402. Ein Gesellschafter, der aus eigenen Mitteln Gesellschaftsschulden bezahlt hat, ist zwar an sich berechtigt, von den Mitgesellschaftern Ausgleichung zu verlangen, da nach § 426 Abs. 2 die Forderung des befriedigten Gläubigers auf ihn übergeht. Aber die Frage, wie und wann dieser Ausgleichungsanspruch geltend gemacht werden kann, beantwortet sich nicht aus § 426, sondern nach den Vorschriften über die Gesellschaft. Grundsätzlich sind aber während bestehender Gesellschaft, solange Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, die übrigen Gesellschafter nicht persönlich zur anteilsweisen Erstattung verpflichtet (SeuffA. **30** Nr. 208, **36** Nr. 122, **51** Nr. 130, **RG. 31** 141). Vgl. **RG.** JW. **12** 47 (§ 128 HGB.).

§ 710. Übertragung der Vertretungsmacht. **RG.** BauerZ. **19** 242. Eine Übertragung der gesamten Vertretungsmacht seitens des zur Kollektivvertretung berechtigten Gesellschafters auf den anderen Kollektivvertreter ist unzulässig (vgl. § 125 HGB.).

§ 713. Rechte und Pflichten der Geschäftsführer. 1. Rechnungslegungspflicht. **RG.** JW. **12** 193, R. **12** Nr. 2023. Wenn nach dem Vertrage dem Beklagten zwar die Führung der Kassengeschäfte übertragen war, aber auch die übrigen Gesellschafter befugt sein sollten, Gelder für die Gesellschaft einzunehmen, jedoch in diesem Falle die Pflicht hatten, binnen 3 Tagen die eingenommenen Beträge an den Beklagten abzuführen, dann sind die Kläger nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen und deshalb zur Rechnungslegung verpflichtet. Diese Pflicht ist auch nicht von der Feststellung abhängig, ob die Kläger tatsächlich Einnahmen gemacht und Ausgaben bestritten haben.

2. Hinterlegung der Kassebücher zwecks Nachprüfung der Rechnungslegung durch die Gesellschafter vgl. u. zu § 745.

3. Pflicht der nur auf Zeit bestellten Geschäftsführer zur Einberufung einer Mitgliederversammlung zwecks Neuwahl der Geschäftsführer. **RG.** JW. **12** 187. Wenn nach dem Vertrage die Geschäftsführer nur auf Zeit zu wählen sind und demnächst eine Neuwahl in einer Gesellschafterversammlung zu erfolgen hat, so hat jeder Gesellschafter gegen die Geschäftsführer, denen die Einberufung der Gesellschaftsversammlung nach dem Vertrag obliegt, einen Rechtsanspruch auf rechtzeitige Einberufung der Versammlung. Haben die Geschäftsführer die rechtzeitige Erfüllung dieser Pflicht unterlassen, so haften sie auf Schadensersatz. Nach Ablauf ihrer Amtszeit besteht aber gegen die Geschäftsführer ein Anspruch auf Einberufung der Versammlung nicht mehr. Die §§ 664—670 BGB., die nach § 713 Anwendung zu finden haben, enthalten keine Bestimmung, daß der Beauftragte nach Beendigung der festgesetzten Zeitdauer zur weiteren Besorgung der übertragenen Geschäfte befugt oder verpflichtet wäre.

4. Anspruch des Geschäftsführers wegen Aufwendungen. **RG.** R. **12** Nr. 3351. Der geschäftsführende Gesellschafter kann während des Bestehens der Gesellschaft zwar für die zur Geschäftsführung erforderlichen Aufwendungen Vorschuß und für gemachte Aufwendungen Ersatz verlangen. Er kann jedoch seinen zur Leistung von Gesellschaftsbeiträgen nicht oder nicht mehr verpflichteten Mitgesellschafter nur auf Duldung der Befriedigung wegen dieser Forderungen aus dem etwa vorhandenen Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen.

§ 714. Haftung der Gesellschafter für ein von einem Mitgesellschafter für Zwecke der Gesellschaft gegebenes Darlehen. OLG. **24** 406 (KG.). Der mit Vertretungsmacht ausgestattete Geschäftsführer ist zu einer für Gesellschaftszwecke notwendigen Darlehnsaufnahme befugt. Dabei ist in der Regel anzunehmen, daß er nur das Gesellschaftsvermögen, d. h. zwar die Gesellschafter persönlich, aber nur in ihrer Zusammenfassung, also mit ihren Anteilen am Gesellschaftsvermögen verpflichten will. Er kann aber auch nach § 714 die Gesellschafter zur Rückzahlung auch über das Gesellschaftsvermögen hinaus verpflichten. Ist aber der Darlehnsgeber ein Gesellschafter, so kann der Geschäftsführer ihm gegenüber nicht eine gesamtschuldnerische Haftung der übrigen Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen begründen, weil die Übertragung der Geschäftsführung regelmäßig nicht auch die Ermächtigung enthält, die einzelnen Gesellschafter unter sich gegeneinander zu vertreten, und er sonst damit eine Erhöhung der Beiträge dieser anderen Gesellschafter verfügen würde, wozu diese nach § 707 nicht verpflichtet sind. Der Gesellschafter, der das Darlehen gab, kann also, solange die Gesellschaft besteht, nur Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen.

§ 716. 1. Auskunftspflicht der Gesellschafter gegeneinander. OLG. **24** 407 (Hamburg). § 716 gewährt zwar den Gesellschaftern ausdrücklich nur das Recht, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten usw.; in der Regel wird deshalb der Geschäftsführer von dem einzelnen Gesellschafter nicht angehalten werden können, ihm besonders eine Auskunft über den Stand der Gesellschaftsverhältnisse zu geben, er ist dazu nur allen Mitgliedern gegenüber verpflichtet. Anders liegt die Sache, wenn ein Geschäftsbetrieb der Gesellschaft erst im Werden begriffen, dessen Beginn noch von der Vornahme wissenschaftlicher Untersuchung abhängig und ein Geschäftsführer deshalb noch nicht bestellt ist.

2. Ausübung des Büchereinsichtsrechts durch Dritte. LeipzZ. **12** 876 (LG. Plauen). Es geht nicht an, daß sich ein beliebiger anderer an die Stelle des Gesellschafters setzt und nunmehr an dessen Stelle das gewährte Vertrauensrecht ausübt. Andererseits muß aber in der Regel der, dem das Recht der Büchereinsicht gewährt ist, die Befugnis besitzen, sich auch vertreten zu lassen. Denn die vielseitige Inanspruchnahme dessen, der im heutigen geschäftlichen Leben steht, hindert diesen oft genug, in eigener Person seine Rechte auszuüben; und die Zersplitterung in den Kenntnissen und Erfahrungen, wie sie dem gegenwärtigen Kulturzustand eigen ist, bringt es mit sich, daß nicht selten der Berechtigte ohne fremde Unterstützung seine Befugnis gar nicht sachgemäß ausnützen kann. So wird man dazu gedrängt, das Recht auf Büchereinsicht nicht auf die Person des Berechtigten schlechthin zu beschränken, es aber andererseits auch hinsichtlich der ausübenden Person mit Rücksicht darauf, daß ein Vertrauensverhältnis vorliegt, in engen Grenzen zu halten. Vgl. § 717.

§ 717. Unübertragbarkeit des Anspruchs auf Rechnungslegung. a) **RG.** LeipzZ. **12** 558, HoldheimsMSchr. **12** 188. Das **RG.** **52** 35 hat bereits entschieden, daß der Anspruch auf Rechnungslegung nicht übertragbar sei. Wenn dagegen geltend gemacht wird (Marcus, R. **03** 423), daß der Anspruch auf Rechnungslegung nur eine akzessorische Bedeutung habe und deshalb mit dem Hauptanspruch auf den Gewinnanteil übertragen werden könne, so wird diese Auffassung schon durch die Erwägung widerlegt, daß der Rechnungslegungsanspruch auch dann besteht, wenn mit Verlust gearbeitet wurde, und daß in vielen Fällen erst durch die Rechnungslegung klar gestellt werden kann, ob ein Gewinn oder ein Verlust erzielt wurde. Es widerspricht aber dem auf dem persönlichen Vertrauen der Kontrahenten beruhenden Wesen der Gesellschaft, daß dritte Personen Einblick in die internen Verhältnisse der Gesellschaft sollten beanspruchen können. Vgl. OLG. **24** 131 (Braunschweig); s. a. schon IDR. **10** § 717 Ziff. II 3 a.

§ 718. **RG.** JW. **12** 748, R. **12** Nr. 1776. Auch wenn ein Gesellschafter eine ihm persönlich zustehende Forderung als eine der Gesellschaft zustehende dergestalt geltend machen wollte, daß er sich allen sich daraus ergebenden Folgerungen zugunsten der Gesellschaft unterwerfen wollte, so wäre dies unstatthaft. Denn von einer solchen Gestaltung des Rechtsverhältnisses würde auch die Rechtslage des Schuldners (Aufrechnungsrecht des Schuldners) berührt.

§ 719. 1. Berechtigung eines einzelnen Gesellschafters, Leistung an sämtliche Gesellschafter zu verlangen. a) **RG.** R. **12** Nr. 572. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie der Gesellschafter bei der Gesellschaft (**RG.** **70** 32), auch ein einzelnes Mitglied eines nicht rechtsfähigen Vereins berechtigt ist, eine zum Vereinsvermögen gehörige Forderung in der Weise geltend zu machen, daß er die Leistung an den Verein fordert. Keinesfalls ist ein einzelnes Vereinsmitglied berechtigt, einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch — z. B. wegen Verletzung des Vereinsnamens — für sich allein

geltend zu machen. b) **RG.** R. **12** Nr. 3352. Ein Gesellschafter kann gegen einen Mitgesellschafter, der der Gesellschaft einen Betrag schuldet, aus eigenem Vertragsrecht auf Zahlung an die Gesellschaft, und wenn kein Organ der letzteren besteht, das zur Annahme namens der Gesellschaft berechtigt wäre, auf Hinterlegung zu einer Gesellschaftsmasse klagen; er darf aber nicht die Zahlung an sich selbst verlangen. Ist allerdings die Gesellschaft aufgelöst und klar, was jeden Gesellschafter zukommt, so darf unmittelbar darauf geklagt werden. c) Josef, ABürgR. **38** 43, führt im Gegensatze zu **RG. 70** 32 und im Anschluß an OLG. **22** 336 (Cassel) aus: Eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Geldforderung kann zwar insofern als eine unteilbare Leistung bezeichnet werden, als sie nur an sämtliche Gesellschafter geleistet werden kann und der Verfügung des einzelnen Gesellschafters entzogen ist. Daraus folgt aber nicht, daß gemäß § 432 BGB. der einzelne Gesellschafter zogen den Schuldner auf Zahlung an alle oder auf Hinterlegung für alle Gesellschafter klagen kann. Denn die Vorschrift des § 432 findet sich in dem von Mehrheit der Schuldner und Gläubiger handelnden 6. Abschnitte des 2. Buches, während die Gesellschaft im 14. Titel nach ganz anderen Grundsätzen, nämlich nach denen der Gesamthand geregelt ist, so daß eine Anwendung der ersten Vorschriften auf die Gesellschaft ausgeschlossen ist. An einer dem § 2039 entsprechenden Vorschrift fehlt es für die Gesellschaft; der einzelne Gesellschafter kann also nicht auf Leistung an alle oder auf Hinterlegung für alle Gesellschafter klagen. Eines solchen Klagerechts bedarf es auch nicht, da die Schwierigkeiten, die bei der Erbengemeinschaft die Vorschrift des § 2039 notwendig erscheinen lassen, bei der Gesellschaft nicht bestehen, sondern durch Bestellung geschäftsführender Gesellschafter beseitigt werden können.

2. **RG.** JW. **12** 748, R. **12** Nr. 1775. Die von einem einzelnen Gesellschafter über einen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstand getroffene Verfügung ist, auch soweit der Gegenstand bei der einstigen Teilung auf seinen Anteil entfallen sollte, die Verfügung eines Nichtberechtigten und unterliegt den für solche geltenden Grundsätzen. Die Klagerhebung stellt sich aber als eine Verfügung im Sinne des § 719 Abs. 1 dar.

§ 721. 1. Rechnungslegungsanspruch. a) R. **12** Nr. 1603 (München). Dem Anspruch auf Rechnungslegung kann der Einwand des nicht erfüllten Vertrags nicht entgegengehalten werden, außer der Gegner ist selbst mit seiner Rechnungsstellung säumig. b) **RG.** LeipzZ. **12** 558. Unübertragbarkeit des Anspruchs auf Rechnungslegung vgl. § 717. c) OLG. **25** 19 (KG.). Umfang des Anspruchs auf Rechnungslegung vgl. § 738.

2. *Hamburger, Die Gewinnberechnung bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, GruchotsBeitr. **56** 188 f. Unter Gewinn ist bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (ebenso wie bei der offenen Handelsgesellschaft) der Jahresbetriebsüberschuß zu verstehen, also die Differenz zwischen dem Reinvermögen am Ende und dem Reinvermögen am Anfange des Geschäftsjahrs. Die von der herrschenden Meinung gelehrte Einstellung des Verlustes früherer Jahre in die Passivenseite der nächsten Jahresrechnung bedeutet, daß Gewinn nicht vorhanden ist, solange das Reinvermögen der Gesellschaft das Grundkapital nicht übersteigt. Diese Lehre verstößt gegen das Gesetz und zeitigt eigentümliche Folgerungen. Sind z. B. einzelne Gesellschafter nach dem Vertrag an dem Verluste mit einer geringeren Quote als an dem Gewinne beteiligt oder von der Teilnahme am Verlust überhaupt befreit, so bedeutet die Einstellung früherer Verluste in die Passivenseite eines späteren Rechnungsabschlusses für jene Gesellschafter viel mehr als die Erzwingung vorzeitiger Verlusttragung. Sie werden dann gezwungen Verluste zu tragen, die sie nach dem Gesellschaftsvertrage nicht in diesem Maße oder überhaupt nicht zu tragen hätten.

§ 723. Auflösung der Gesellschaft; Austritt. 1. **RG.** R. 12 Nr. 1777. Eine Vereinbarung, daß dann, wenn von den beiden Gesellschaftern der eine Anlaß zur vorzeitigen Auflösung der Gesellschaft gibt, der andere befugt sein solle, das Gesellschaftsvermögen gegen Abfindung des Schuldigen zu übernehmen, ist zulässig. Die Vertragsbestimmung, daß die Parteien „im Verhältnisse zueinander dieselben Rechte und Pflichten haben, die Gesellschaftern einer oHG. gegeneinander zustehen", deutet aber schon nach ihrem Wortlaut auf den 2. Titel des Abschnitts über die oHG., nicht aber auf den 4. Titel „Auflösung und Ausscheiden von Gesellschaftern" hin. Dazu kommt, daß § 142 HGB. ein den Unschuldigen berechtigendes Urteil zur Voraussetzung hat. Diese Einrichtung des konstitutiven Urteils bildet aber eine Eigentümlichkeit der oHG., die auf die Gesellschaft des BGB. sich nicht übertragen läßt.

2. **RG.** BayRpflZ. **12** 482, R. **12** Nr. 3353. Satz 1 hat nur den Fall im Auge, daß der Vertrag überhaupt keine Zeitbestimmung enthält. Wenn (vgl. Mot. II, 618) die Dauer einer Gesellschaft auch dadurch bestimmt werden kann, daß die Gesellschaft zum Zwecke der Vornahme bestimmter Geschäfte abgeschlossen wird, dann liegt eine Ungewißheit (dies incertus) auch vor, wenn es sich um Geschäfte handelt, die in der Regel in kurzer Frist sich erledigen lassen, weil Hindernisse stets eintreten können. Die kürzere oder längere Dauer der Zeitbestimmung aber kommt bei der Anwendung des § 723 überhaupt nicht in Betracht, weil das Gesetz Beschränkungen in dieser Beziehung nicht enthält. Ziehen sich entgegen der Absicht der Vertragsschließenden die Geschäfte in die Länge, so bietet § 723 Satz 2, der beim Vorhandensein wichtiger Gründe die Kündigung gestattet, ein Mittel zur Abhilfe.

3. Austritt aus einem studentischen Korps. **RG. 78** 134, JW. **12** 339. Unterstellt man, daß die Zugehörigkeit zu einem Korps als auf Lebenszeit eingegangen anzusehen sei, so würde der Austritt gemäß § 724 zu beurteilen sein. Nimmt man dagegen keine auf Lebenszeit beabsichtigte Bindung an, so kann es sich doch für einen alten Herrn eines Korps nur um eine auf bestimmte Zeit eingegangene Bindung handeln. Dann findet also § 723 Anwendung, danach steht die Kündigung, d. h. hier der Austritt, jedem alten Herrn jederzeit zu. Diese Vorschrift ist eine zwingende. Ein Verbot des einseitigen Austritts würde wegen Verstoßes gegen § 723 unverbindlich sein, und zwar bezieht sich diese Unverbindlichkeit auch auf vor 1900 entstandene Gesellschaften (**RG. 61** 329). Gegenüber einer dem Vereine nicht mehr angehörigen Person kann der Verein eine Gerichtsbarkeit nicht mehr ausüben. Damit erweist sich der erst nach dem Austritt ergangene Ausschließungsbeschluß als rechtsungültig. (S. a. o. zu § 705 Ziff. III 4).

4. Anwendung des § 723 auf vor 1900 entstandene Gesellschaften. **RG.** JW. **12** 339.

5. Ausschluß eines Gesellschafters wegen unwahren Verhaltens vor Abschluß des Gesellschaftsvertrags. OLG. **24** 408 (Hamburg). Ein systematisch unwahres Verhalten eines Gesellschafters vor Abschluß der Gesellschaft kann, auch wenn es nur einem Dritten gegenüber vorgekommen ist, geeignet sein, das Vertrauen des anderen Gesellschafters, wenn er hinterher davon erfährt, derart zu erschüttern, daß ein gedeihliches Zusammenwirken ausgeschlossen erscheint. Man wird dann dem anderen Gesellschafter das Recht auf Auflösung der Gesellschaft grundsätzlich auch dann nicht absprechen können, wenn er allein die Geschäftsführung hat oder doch der andere nicht geschäftsführender Teilhaber ist.

6. Einsicht der Kassebücher einer aufgelösten Gesellschaft vgl. u. zu § 745.

§ 725. Pfändung des Anteils eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen. Einfluß auf nachher abgeschlossene Mietverträge. SeuffA. **67** 393 (Dresden). Dem Zugriffe der Privatgläubiger eines Gesellschafters unterliegt nur der Anteil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen im ganzen, nicht an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen. Das LG. ist der Meinung, daß die gepfändeten Mietzinsforderungen nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, weil die Mietverträge, aus denen die Forderungen herrühren, von den Schuldnern abgeschlossen wurden, nachdem die Gläubiger auf Grund der von ihnen erwirkten Pfändung des Anteils der Schuldner an dem Gesellschaftsvermögen die Gesellschaft aufgekündigt hatten. Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden. Allerdings wurde die Gesellschaft durch die Kündigung aufgelöst. Nach § 730 Abs. 2 gilt aber die aufgelöste Gesellschaft für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens als fortbestehend, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Hierunter fällt bei einem Hausgrundstück auch die Vermietung. Gehören die Mietzinsen hiernach zum Gesellschaftsvermögen, so war ihre Pfändung unzulässig.

§ 727. Tod eines Gesellschafters. *Meyer, Rechtsschein des Todes 32. Auch der durch die Todeserklärung eines Gesellschafters bewirkte Rechtsschein vermag die Auflösung oder das Ausscheiden herbeizuführen. Vgl. o. zu § 18.

§ 730. Auseinandersetzung. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 126. Es ist nicht erforderlich, eine aufgelöste Gesellschaft als fortbestehend zu betrachten und eine Klage auf Auseinandersetzung zu erheben, wenn das, was jedem Teile nach der Auseinandersetzung zukommt, sofort ohne besonderes Abrechnungsverfahren ermittelt werden kann.

§ 731. R. 12 Nr. 403 (BayObLG.). Bei der Auseinandersetzung können die Vermögensstücke dem einen Gesellschafter gegenüber mit dessen Einverständnis höher bewertet werden als im Verhältnisse zu den übrigen Teilhabern.

§ 738. Ausscheiden eines Gesellschafters. 1. *Meyer, Rechtsschein des Todes 31. Wird im Falle des § 736 ein Gesellschafter für tot erklärt, so besteht der Rechtsschein der Anwachsung zugunsten der übrigen, deren Verfügungen bleiben auch nach Wiederlegung der Todeserklärung zugunsten gutgläubiger Dritter wirksam. Vgl. o. zu § 18.

2. Rechnungslegungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters. OLG. **25** 19 (KG.). Ein allgemeines Recht auf Rechnungslegung kennt das BGB. nicht; es steht auch nicht dem Gesellschafter zu. Die Gesellschafter sind nur berechtigt, die Geschäftsbücher und Papiere einzusehen und bei längerer Dauer den Rechnungsabschluß und die Gewinnverteilung zu verlangen (§§ 716—721). Mit Ausscheiden erlöschen aber diese Rechte, an deren Stelle die Ansprüche aus §§ 738, 740 treten. Die Feststellung der Abfindung des § 718 ist aber Sache aller Gesellschafter; der ausscheidende hat dabei ebenso wie die zurückbleibenden mitzuwirken und daher gegen diese keinen Anspruch auf Rechnungslegung über die bis zu seinem Ausscheiden erledigten Geschäfte. Dagegen kann er Rechenschaft im Umfange des § 259 über die zur Zeit seines Ausscheidens noch schwebenden Geschäfte nach § 740 verlangen, sofern er nicht, was bei der nachgiebigen Natur des § 740 zulässig ist, durch die Satzung von der Teilnahme an Gewinn und Verlust dieser Geschäfte ausgeschlossen wird.

3. Einwendungen gegen die dem ausscheidenden Gesellschafter zugewiesene Abfindungssumme. **RG.** LeipzZ. **12** 312. § 738 ist nachgiebigen Rechtes, es ist also zulässig, daß der ausscheidende Gesellschafter auf die Barzahlung des berechneten Auseinandersetzungsguthabens ver-

zichtet und den Betrag bis auf weiteres unkündbar als Darlehen der unter den übrigen Teilhabern fortgesetzten Gesellschaft beläßt. Nach Treu und Glauben ist es aber ausgeschlossen, diese festgesetzte Abfindungssumme nachträglich wieder in Frage zu stellen durch Gegenforderungen, die aus der Zeit der gesellschaftlichen Tätigkeit des Ausgeschiedenen herrühren und bei der Berechnung, die der Festsetzung des Auseinandersetzungsguthabens notwendig vorausging, zu berücksichtigen waren.

§ 740. Vgl. § 738 Ziff. 2.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

§ 741. 1. Rechtsverhältnisse der mehreren Herausgeber eines Buches. OLG. **24** 403 (KG.).

2. OLG. **24** 410 (Marienwerder). Wann liegt eine gemeinschaftliche Angelegenheit im Sinne des § 1 PrG. vom 2. April 1887 vor?

§ 742. *Walsmann, Verzicht 247. Bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen ist jeder Teilhaber berechtigt, über seinen Anteil zu verfügen. Der Verzicht auf den Anteil bedarf der einseitigen Willenserklärung gegenüber dem Mitberechtigten. Die Wirkung ist, daß der Anteil den übrigen Teilhabern erwächst. Vgl. die grundsätzlichen Erörterungen 130 ff.

§ 745. Die Interessen der Minderheit gefährdender Mehrheitsbeschluß. Beschluß über Benutzung (Einsicht) des Kassabuchs einer aufgelösten Gesellschaft. **RG.** JW. **12** 193, LeipzZ. **12** 149, R. **12** Nr. 2029. Es ist die Absicht des Gesetzes, daß in bezug auf einen im gemeinschaftlichen Eigentume verbleibenden Gegenstand jeder Teilhaber eine den Interessen aller Beteiligten entsprechende Verwaltung und Benutzung soll verlangen können. Ohne Zustimmung jedes Beteiligten soll sein Recht auf den entsprechenden Anteil an der Nutzung ihm nicht entzogen werden können. Steht nun wie hier das Recht des Klägers auf Einsicht des Kassenbuchs unbestritten fest, und steht weiter fest, daß unter den Parteien gespannte Beziehungen bestehen und daß es auf eine Beeinträchtigung des klägerischen Rechtes hinauslaufen würde, wenn er gezwungen wäre, immer erst die Einsicht des Buches bei einem der Beklagten zu verlangen, dann ist ein Mehrheitsbeschluß der beklagten Teilhaber, der eine solche Hinterlegung des Kassabuchs anordnet, unzulässig und das Gericht zu einer anderweiten Regelung berechtigt.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 759. SeuffA. **67** Nr. 34 (München). Der Begriff der Leibrente umfaßt nicht nur die zu bestimmten Zeiten und in bestimmten Mengen erfolgende Darreichung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen; vielmehr können (Eccius, GruchotsBeitr. **45** 11) alle obligatorischen Leistungen beliebigen Inhalts den Gegenstand der Leibrente bilden, wenn nur eine wiederholte Leistung derselben Art möglich ist; so besonders die Pflicht zur Vornahme von Handlungen und zur Gewährung von Nutzungen, z. B. Beschaffung einer Wohnung. Ist die Gewährung von Wohnung, Kost, Warte und Pflege bis zum Tode des Berechtigten versprochen, so ist damit eine Leibrente zugesichert, die aus wiederkehrenden Leistungen von vertretbaren Sachen, Diensten und Nutzungen bestand.

§ 761. 1. **RG.** HessRspr. **12** 21. Ein Leibrentenversprechen bedarf nicht nur regelmäßig um dieses seines Inhalts willen der einfachen Schriftform, sondern, wenn es schenkweise erteilt wird, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

2. SeuffA. **67** Nr. 34 (München). Der Mangel der Schriftform macht den ganzen Vertrag nichtig; es geht nicht an, in der Weise zu unterscheiden, daß etwa nur das nicht schriftlich abgefaßte Rentenversprechen als nichtig, dagegen die Gegenleistung oder deren Versprechen als gültig aufzufassen wäre (Sepp, Leibrentenvertr. 42). —

An der Nichtigkeit des der Schriftform ermangelnden Vertrags wird auch dadurch nichts geändert, daß er von einer oder von beiden Seiten erfüllt wird. Die für den Fall der Schenkung getroffene Sonderbestimmung des § 518 Abs. 2 BGB. trifft auf die unter den Begriff des Leibrentenvertrags fallenden Verträge nicht zu, und ein allgemeiner Grundsatz der Heilung des Formmangels formbedürftiger Geschäfte durch Erfüllung ist im BGB. nicht aufgestellt.

Siebenzehnter Titel. Spiel, Wette.

Vorbemerkung: Wegen der börsenrechtlichen Fragen, insbesondere wegen der Börsentermingeschäfte siehe unter Börsengesetz.

§ 762. 1. Kenntnis der Spielabsicht des Kunden. **RG.** BankA. **11** 232. Anders als bei § 764 genügt zum Börsenspiele nicht das bloße Kennenmüssen von der Spielabsicht des Kunden, erforderlich ist eine wirkliche ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zu spielen.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 127. Wegen des Spieleinwandes bei Kassageschäften s. u. § 764 Nr. 4.

3. Totalisatorwette. KGBl. **12** 8 (KG.). Das Wetten am Totalisator fällt unter § 762 BGB. Der Umstand aber, daß der Totalisator staatlich genehmigt ist, schließt die Folgen des § 762 nicht aus. Infolge der staatlichen Genehmigung ist eine Bestrafung des Unternehmers gemäß § 286 StGB. ausgeschlossen; ebenso treten auf Grund dieses Umstandes die weitergehenden Folgen der Nichtigkeit gemäß § 134 BGB. nicht ein. Im übrigen aber ist die staatliche Genehmigung des Totalisators für die Frage der materiell-rechtlichen Wirksamkeit der mit Beziehung auf ihn eingegangenen Rechtsgeschäfte ohne Bedeutung. Mit Recht hat das RG. im **RG. 51** 159 angenommen, daß auch Ansprüche auf Erstattung verauslagter Wetteinsätze unter § 762 fallen und daher der Rechtsverbindlichkeit und Klagbarkeit entbehren. Denn wer einen anderen für sich spielen oder wetten und die Wetteinsätze auslegen läßt, spielt oder wettet auf Borg. Diese für ihn entstehende Schuld ist sachlich nichts anderes als eine Spiel- oder Wettschuld.

§ 764. 1. Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit. Zu dem Einwande, daß der Börsenpreis der Lieferungszeit bei den Differenzgeschäften überhaupt keine Rolle spielt und der Wortlaut des Gesetzes auf die Börsengeschäfte gar nicht paßt, vgl. **RG. 79** 234, BankA. **11** 326, R. **12** Nr. 1686 und Nußbaum, BankA. **11** 327; näheres darüber s. bei § 68 BörsG.

2. Gegen- und Deckungsgeschäfte. a) **RG. 79** 234 (239/240), R. **12** Nr. 1689. Der Abschluß von Deckungsgeschäften hat nur die Bedeutung eines mittelbar gegen die Spielnatur sprechenden Umstandes (**RG.** JW. **99** 373 Nr. 29, **96** 660 Nr. 19), wobei außerdem zu beachten ist, daß Gegengeschäfte auch zur Abschwächung des Risikos als reine Spielgeschäfte gemacht werden können (**RG. 34** 90, BankA. **9** 45). b) BankA. **11** 142, BadRpr. **12** 272 (Karlsruhe). Ausschluß des Spiel- und Differenzeinwandes. Das Vorliegen einer Spielabsicht auf seiten des Kommissionärs wird durch den Nachweis widerlegt, daß er die Aufträge des Kommittenten durch Gegengeschäfte an der Börse gedeckt oder mit korrespondierenden Orders anderer Kommittenten kompensiert hat.

3. Spieleinwand bei ausländischem Termingeschäfte? SächsOLG. **33** 287. Der nach deutschem Rechte begründete Spieleinwand ist auch gegenüber einem nach ausländischem Rechte zu beurteilenden Termingeschäfte zulässig, obwohl der Spieleinwand nach dem ausländischen Rechte nicht begründet ist. Die Partei kann sich gemäß Art. 30 EGBGB. auf die Klaglosigkeit der Spielschuld berufen, da ein Zwang zur Erfüllung gegen den Zweck des § 762 verstoßen würde.

4. Differenz- und Spielgeschäft in der Form des Kassageschäfts. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 127, BankA. **11** 278. Zwar kann auch in der Form des Kassageschäfts Differenz- und Börsenspiel getrieben werden, so nämlich, daß nur der Schein des Kassageschäfts hervorgerufen, in Wahrheit eine andere Geschäftsart gewollt wird. Mit der tatsächlichen Feststellung aber, daß die einzelnen Kauf- und Verkaufsgeschäfte ernsthaft gemeint waren, entfällt der Einwand aus §§ 762 ff. So liegt es hier, da der Bankier, wenn er einen Auftrag des Kunden zu kaufen erhielt, sofort eine Berliner Bank mit der Anschaffung beauftragte, welche die Papiere für den Bankier unter Übersendung von Stückverzeichnis und Abrechnung in Depot nahm, während der Bankier den Kunden mit dem aufgewendeten Betrag unter Hinzurechnung von Provision belastete (ernsthafte Kassageschäfte). Zur Begründung des Spieleinwandes reicht es nicht aus, daß der Kunde zur effektiven Abzahlung und Barzahlung der anzuschaffenden Wertpapiere vertragsmäßig nicht verpflichtet, die einstweilige Stundung des Preises vereinbart und von vornherein die gewinnbringende Weiterveräußerung der Papiere geplant war. Ebensowenig kommt in Betracht, daß der Kunde nur wenig Vermögen besitzt und der Bankier dies wußte, daß er als Uhrmacher dem Börsenhandel fernstand, daß die Papiere in Berlin verblieben, daß auf Stückeverzeichnis verzichtet und der Bankier berechtigt war, an Stelle der gekauften Stücke andere zu liefern.

5. Keine Absicht des Differenzspiels im reellen Geschäftsbetriebe. BankA. **11** 142, BadRpr. **12** 272 (Karlsruhe). Ausschluß des Spiel- und Differenzeinwandes. Der Kommissionär darf, wenn sein Kommittent ebenfalls Bankier ist, annehmen, daß dieser seine Aufträge im reellen Geschäftsbetriebe für seine Kunden und nicht in der Absicht des Differenzspiels erteilt.

6. Sicherheitsleistung oder Befriedigung? a) **RG.** ZBlFG. **12** 237. Grundschulden, die für Verbindlichkeiten aus verbotenem Börsenspiele bestellt sind, können zurückgefordert werden, wenn die Bestellung Sicherheit, nicht aber, wenn sie — wie vorliegend — Befriedigung bezweckte (§ 812). b) SeuffA. **67** 314 (Hamburg). Die Annahme, daß es sich um definitive Zahlungen, Abschlagszahlungen handle, läßt sich insbesondere mit der Tatsache, daß bei jenen Zahlungen der Stichtag noch gar nicht herangekommen war, nicht vereinen. Jedenfalls fehlt es an Anhaltspunkten, daß die Parteien etwas von der Regel, daß Ein- oder Nachschüsse nur als Sicherheitsleistung gemeint sind (Komm. v. RGR. § 764 Anm. 3), Abweichendes gewollt haben. c) KGBl. **12** 121 (KG.). Eine auf ein Spielgeschäft vorausbezahlte Summe (Vorprämie) kann zurückverlangt werden, da sie nicht auf Grund des Spieles, sondern vor Beendigung des Spieles nur als Sicherheit entrichtet ist (vgl. § 55 BörsG.).

7. Verstoß gegen die guten Sitten. **RG.** BankA. **11** 278. Eine sittenwidrige Verleitung zu Börsengeschäften liegt nicht schon dann vor, wenn das Verhalten des beteiligten Bankiers vom Standpunkte des vornehmen geschäftlichen Verkehrs keine Billigung verdient.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung: I. Zum Wesen der Bürgschaft wichtige Entscheidung des **RG.** u. Ziff. I zu § 765.

II. Namensunterzeichnung ist noch keine Bürgschaftserklärung.

III. Mitbürgschaft für einen der Höhe nach wechselnden Kredit. Ausführliche Darlegung in der Entscheidung von Stuttgart u. Ziff. 4 zu § 769.

IV. Strohal erörtert den Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen. Hopmann, Teilbürgschaft und Konkurs (vgl. Ziff. 2 bei § 766, Ziff. I und II zu § 774).

§ 765. I. Wesen der Bürgschaft. **RG.** HessRspr. **12** 345. In der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Abtretenden, daß er dem Abtretungsempfänger nicht bloß für den rechtlichen Bestand der abgetretenen Forderung, sondern auch für deren Güte und Einbringlichkeit Gewähr leiste, ist nicht die Übernahme einer Bürgschaft, also einer den Bestand der Hauptschuld voraussetzenden Nebenverpflichtung, sondern die einer selbständigen, in ihrem rechtlichen Bestande von dem der Hauptschuld unabhängigen Verbindlichkeit zu finden (**RG. 60** 369, **72** 138). Die selbstschuldnerische Bürgschaft ist ein Nebenrecht der Hauptforderung und geht als solches mit der Abtretung der Hauptforderung ohne weiteres auf den Erwerber der letzteren über, während der Anspruch aus der Übernahme der Gewähr von einer Übertragung der Hauptforderung nicht ergriffen wird, sondern nur mittels besonderer Abtretung auf den Erwerber der Hauptforderung übertragen werden kann. — Die Haftung für die Güte und Einbringlichkeit einer Hypothekenforderung tritt unabhängig von der Möglichkeit ein, einen Bürgen auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen. Denn die Forderung gegen den Bürgen ist eine andere als diejenige gegen den Hauptschuldner, an der Uneinbringlichkeit der letzteren wird also durch das Bestehen dieser Möglichkeit nichts geändert.

II. Bestimmtheit der Bürgschaft. 1. OLG. **24** 415 (KG.). Die Übernahme der Bürgschaft für alle künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners ist zulässig und ohne Hinzutreten besonderer Umstände auch nicht sittenwidrig.

2. **RG.** JW. **12** 35 Nr. 22. Die künftigen Verbindlichkeiten können sowohl ihrer Höhe nach noch unbestimmt sein als auch aus künftig erst abzuschließenden und nur der Art nach im voraus bestimmten Geschäften oder Rechtsverhältnissen entstehen (Bürgschaft für alle aus Lieferungen für einen Neubau entstehenden Ansprüche).

3. **RG.** JW. **12** 465 Nr. 11. Die Beklagten hatten selbstschuldnerische Bürgschaft für die Erfüllung aller Ansprüche übernommen, die der B.-Bank gegen den Hauptschuldner aus welchem Rechtsgrund immer entstanden seien oder noch entstehen würden. Das RG. führt aus: „Es kann unerörtert bleiben, ob eine Bürgschaftserklärung für schlechthin alle möglichen Ansprüche eines Gläubigers an einen Schuldner auch dann als zulässig und gültig anzusehen wäre, wenn nicht wenigstens der allgemeine Inhalt der ins Auge gefaßten Schuldverhältnisse im Wege der Auslegung unter Zuhilfenahme von außerhalb der Bürgschaftserklärung liegenden festgestellten Tatsachen oder Erklärungen ermittelt werden kann. Denn an solchen Umständen fehlt es im gegebenen Falle nicht. Eine derart allgemeine Verbürgung gegenüber einer Bank hat selbstverständlich alle Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung zwischen der Bank und dem Hauptschuldner zum Gegenstande. Nach der Klageschrift und dem Tatbestande des angefochtenen Urteils ist ein bankmäßiger Kontokurrentverkehr zwischen der B.-Bank und dem Hauptschuldner nach Maßgabe der allgemeinen Bedingungen der Bank Gegenstand des Schuldverhältnisses und demgemäß auch der Bürgschaftsverpflichtungen gewesen. Dadurch erhält aber die Bürgschaftserklärung jene Bestimmtheit des Inhalts des Schuldverhältnisses der allgemeinen Art nach, wie es für eine die verschiedensten künftigen Verbindlichkeiten umfassende Bürgschaftserklärung nur gefordert werden kann."

4. SchlHolstAnz. **12** 267 (Kiel). Mit der Erwägung, daß eine Bürgschaft auch für eine künftige Verbindlichkeit übernommen werden kann, kann die Nichtigkeit einer Bürgschaftserklärung nicht vermieden werden, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß nach der Absicht der Parteien die Bürgschaft nicht für eine künftige, sondern für eine gegenwärtige — tatsächlich nicht bestehende — Verbindlichkeit übernommen werden sollte.

III. **RG.** JW. **12** 464. Hat der Gläubiger vor Übernahme der zeitlich begrenzten Bürgschaft dem Bürgen erklärt, den Kredit des Hauptschuldners, wenn nicht besondere Umstände ein früheres Vorgehen notwendig machen sollten,

für die Dauer der Bürgschaft stehen zu lassen, so kann er den Bürgen nicht in Angriff nehmen, wenn er dem Schuldner den Kredit ohne hinreichenden Grund vorzeitig entzieht.

IV. HansGZ. **12** 257 (Hamburg). Irrtum des Bürgen über das Bestehen eines Pfandrechts für die zu verbürgende Schuld ist kein zur Anfechtung der Bürgschaftserklärung berechtigender Irrtum über deren Inhalt im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB.

§ 766. 1. R. **12** Nr. 736 (Stuttgart). Auch die Gültigkeit eines Bürgschaftsvorvertrags ist, ebenso wie diejenige des Bürgschaftsvertrags, von der Einhaltung der im § 766 BGB. gegebenen Formvorschrift abhängig; insbesondere muß auch das Anerbieten zum Abschluß eines Bürgschaftsvorvertrags seinem Inhalte nach der Vorschrift des § 766 entsprechen, also in schriftlicher Form den Willen erkennen lassen, dem Gläubiger eines Dritten gegenüber für die Erfüllung einer Verbindlichkeit eines Dritten einstehen zu wollen. . . . Dabei muß auch beim Vorvertrage die schriftliche Erklärung selbst die wesentlichen Merkmale des Bürgschaftsvertrags noch irgendwie erkennen lassen.

2. **RG. 77** 378. Die bloße Namensunterzeichnung unter einem fremden Vertrage, der keine eigene Erklärung des Bürgen enthält, kann als schriftliche Bürgschaftserklärung nicht angesehen werden (s. auch **RG. 78** 37, 3 d zu § 414).

3. BayRpflZ. **12** 52 (BayObLG.). Wer behauptet, daß er zur Erfüllung einer Bürgschaft den Gläubiger befriedigt habe und daß dadurch die Hypothekenforderung auf ihn übergegangen sei, muß, wenn er die Berichtigung des Grundbuchs ohne die Eintragungsbewilligung der Betroffenen herbeiführen will, auf dem im § 29 Satz 2 GBO. vorgeschriebenen Wege nachweisen, daß seiner Zahlung ein Bürgschaftsvertrag im Sinne des § 765 BGB. vorangegangen ist. Der Nachweis durch öffentliche Urkunden ist erforderlich, auch wenn das Rechtsgeschäft zu seiner Gültigkeit an sich der Form nicht bedarf; er wird auch nicht dadurch ersetzt, daß die zur Gültigkeit eines (formbedürftigen) Geschäfts vorgeschriebene andere Form gewahrt wird. Zum Nachweise der Bürgschaft, der im § 29 Satz 2 GBO. für die Berichtigung des Grundbuchs gefordert wird, genügt deshalb nicht die einfache schriftliche Form, sondern es ist der Nachweis durch eine öffentliche Urkunde erforderlich. Es muß nicht nur die Bürgschaftserklärung des Bürgen, sondern auch der Bürgschaftsvertrag nachgewiesen werden, also außer der Erteilung der Bürgschaftserklärung auch die Annahme durch den Gläubiger (G ü t h e , GBO. [2] § 22 Anm. 50).

§ 767. 1. F u c h s , R. **12** 13. Der Bürge des Mieters haftet nach Veräußerung des Grundstücks dem neuen Eigentümer.

2. RheinA. **109** 319 (Cöln). Der Bürge des Mieters hat auch für die Erfüllung der Verbindlichkeit zum Schadensersatz einzustehen, wenn der Verwalter im Konkurse des Mieters das Mietverhältnis gemäß § 19 KO. kündigt. Die Kündigung des Konkursverwalters ist nicht ein Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3.

3. SeuffA. **67** Nr. 5 (Braunschweig). Die Bürgschaft für eine verzinsliche Forderung bezieht sich auch auf die rückständigen Vertragszinsen.

4. SächsRpflA. **12** 154 (Dresden). Wer in Höhe von 6000 M. für ein Darlehen „in gleicher Höhe“ Bürgschaft übernimmt, haftet nicht für rückständige Darlehnszinsen, soweit sie einschließlich des rückständigen Stammbetrags den Betrag von 6000 M. überschreiten.

5. **RG.** WarnE. **12** 119. Ob der Bürge auch für die Provisionsforderungen als Nebenleistung haftet, wenn sie nicht besonders erwähnt sind, ist nach der konkreten Sachlage zu entscheiden.

§ 768. BadRpr. **12** 187 (Karlsruhe). Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Im übrigen aber stehen ihm keineswegs

die Rechte des Hauptschuldners zu. Dies gilt anerkanntermaßen insbesondere von dem Rechte auf Wandelung, ebenso aber auch hinsichtlich des Rechtes der Kündigung.

§ 769. 1. *Adler, LeipzZ. **12** 503—505. Wenn sich mehrere (n) Personen dergestalt für eine Schuld verbürgen, daß die Summe (G) der Bürgschaftssummen größer, die einzelnen Bürgschaftssummen kleiner als die Hauptschuld (W) ist, so liegt eine Mischung von Mitbürgschaft und Teilbürgschaft vor. Die Summe (X), für die die Mitbürgen solidarisch haften, ist nach folgender Formel zu berechnen:

$$X = \frac{S - W}{n - 1}.$$

Drei Bürgen, die für die Hauptschuld von 10 bis zum Betrage von 6 haften, haften auf $X = \frac{18 - 10}{3 - 1} = 4$ solidarisch, auf je 2 als Teilbürgen. Jede Zahlung ist zunächst auf die Teilbürgschaft, sodann erst auf die Solidarbürgschaft (somit zur Befreiung der anderen, 499, 500) zu verwenden. Für die Ausgleichsansprüche gilt, soweit Mitbürgschaft vorliegt, die allgemeine Regel (§ 474 Abs. 2). Eine besondere Rechnung ist erforderlich, wenn die Haftung eines Bürgen die Summe X nicht erreicht (504 a. E.). Diese Grundsätze werden zunächst für den analogen Fall der Doppelversicherung, insbesondere de lege ferenda, aufgestellt, dann (505) auf das geltende Recht der Mitbürgschaft angewendet.

2. **RG.** JW. **12** 746 Nr. 9. Die gesamtschuldnerische Haftung und die Ausgleichungspflicht mehrerer Mitbürgen besteht auch dann, wenn die mehreren Bürgen die Bürgschaft zu verschiedenen Zeiten und in getrennten Rechtsakten übernommen haben.

3. **RG.** R. **12** Nr. 2032. Der Ausschluß der Verpflichtung zur Ausgleichung unter mehreren Mitbürgen braucht nicht durch Verabredung unter den Mitbürgen, sondern kann auch durch Abrede zwischen dem Gläubiger und einem Bürgen herbeigeführt werden.

4. WürttJ. **24** 278 (Stuttgart). Wenn für einen der Höhe nach wechselnden Kredit in verschieden abgestuften Teilsätzen Bürgschaft übernommen ist, kommt es für die Frage, ob und inwieweit eine Verbürgung mehrerer für dieselbe Verbindlichkeit und damit eine Ausgleichungspflicht vorliegt, lediglich auf die Umstände des einzelnen Falles, d. h. auf die jeweils im einzelnen Falle vorliegende, ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung an. Dabei lassen sich hauptsächlich folgende Fälle unterscheiden: a) Es ist möglich, daß die mehreren Bürgschaften den Kredit von unten herauf gerechnet gemeinschaftlich zu sichern bestimmt sind, in welchem Falle ein Gesamtschuldverhältnis und eine Ausgleichungspflicht insoweit besteht, als die Bürgschaften, von unten herauf gerechnet, sich decken. b) Es ist ferner möglich, daß die Bürgschaften nur für bestimmt begrenzte, sich aneinander anschließende Teile der Kreditschuld gegeben sind. In diesem Falle besteht kein Gesamtschuldverhältnis und auch keine Ausgleichungspflicht unter den Bürgen. Diese haben sich nicht für dieselbe Verbindlichkeit verbürgt. Die Kreditschuld, die auch in diesem Falle der Bank gegenüber ein einheitliche sein kann, ist vielmehr hinsichtlich der Verbürgung in verschiedene selbständige Teile getrennt. Ein solcher Fall lag der Entscheidung des OLG. Braunschweig in SeuffA. **61** Nr. 132 zugrunde. c) Endlich ist aber auch möglich, daß nach der Vereinbarung die mehreren Bürgen nicht für bestimmt begrenzte Teile der Kreditschuld haften, sondern selbständig nebeneinander je auf die von ihnen verbürgten Beträge in Anspruch genommen werden können. Wenn in diesen Fällen der tatsächlich gewährte Kredit die Summe der Bürgschaftsbeträge erreicht oder übersteigt, so besteht unter den Bürgen kein Gesamtschuldverhältnis und keine Ausgleichungspflicht. Ist aber der gewährte Kredit geringer als die Summe der Bürgschaftsbeträge, so besteht ein Gesamtschuldverhältnis zu

dem Betrage der Kreditforderung, der bei dieser Sachlage von den Bürgschaften gemeinschaftlich gedeckt ist; denn insoweit liegt alsdann eine Verbürgung mehrerer für dieselbe Verbindlichkeit vor. Wird daher einer der Bürgen vom Gläubiger auf eine Zahlung in Anspruch genommen, die sich auf den gemeinschaftlich gedeckten Betrag erstreckt, so werden, soweit dies zutrifft, auch die anderen Bürgen befreit, und somit gemäß § 426 BGB. zur Ausgleichung verpflichtet. Diese Befreiung der Mitbürgen ist in der bezeichneten Begrenzung durch die Zahlung dauernd vermindert, und es kann also, wenn die Bank dem Schuldner wieder weiteren Kredit gewährt und sie den Mitbürgen in voller Höhe aus der Urkunde in Anspruch nehmen wollte, ihr mit Erfolg die Einrede der Zahlung entgegengesetzt werden. — Wenn also z. B. von zwei Bürgen der eine für 40 000 M., der andere für 20 000 M. im Sinne des Falles c sich verbürgt hat und der gewährte Kredit auf 50 000 M. sich beläuft, so beträgt der durch die Bürgschaften gemeinschaftlich gedeckte Teil der Kreditforderung 10 000 M. (40 000 M. + 20 000 M. — 50 000 M.); wird daher der eine oder der andere der Bürgen auf Zahlung des vollen von ihm verbürgten Betrags in Anspruch genommen, so vermindert sich durch die Zahlung auch die Bürgschaft des anderen dauernd um 10 000 M.; der Zahlende hat demgemäß gegen den Mitbürgen zum Betrage von 10 000 M. einen Ausgleichungsanspruch auf die Hälfte, somit auf 5000 M.

5. **RG.** SeuffA. **67** Nr. 251. Die Kündigung der Bürgschaft durch einen Mitbürgen beendigt sie der Regel nach nicht für die übrigen Bürgen. Will der eine Mitbürge sich gegen die Möglichkeit sichern, daß ohne sein Wissen die Haftung des anderen zufolge Kündigung wegfällt, so wird er darüber eine besondere Vereinbarung treffen müssen.

6. WürttJ. **24** 278 (Stuttgart). Allerdings sind die Vorschriften der §§ 769 u. 426 nicht zwingenden Rechtes, können vielmehr durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden. Wer aber trotz des Bestehens der Voraussetzungen des § 769 das Vorhandensein eines Gesamtschuldverhältnisses unter den Bürgen oder trotz eines Gesamtschuldverhältnisses eine Ausgleichungspflicht bestreitet, muß beweisen, daß die gesetzliche Folge, sei es durch ausdrückliche Vereinbarung, sei es mindestens durch den — schlüssigen Umständen zu entnehmenden — Parteiwillen, ausgeschlossen worden ist.

§ 770. PosMSchr. **12** 46 (Posen). Der Bürge darf nicht mit Schadensersatzforderungen des Hauptschuldners aufrechnen, dagegen darf er die Minderungseinrede des Hauptschuldners selbständig geltend machen.

§ 771. *Walsmann, Verzicht 248 f. Die Einrede der Vorausklage kann durch Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen ausgeschlossen werden. Schriftliche Form ist dazu nicht erforderlich. Ist der Vertrag ohne jene Vereinbarung geschlossen, so kann die Einrede durch Verzicht des Bürgen, wozu einseitige formlose Erklärung gegenüber dem Gläubiger genügt, aufgehoben werden.

§ 773. 1. *Merckens, Ausfall-Sicherheiten im Bankverkehr, LZ. **12** 801 ff. Eine dem Bankverkehr eigentümliche Form ist die selbstschuldnerische Ausfallbürgschaft. Während bei der gewöhnlichen Ausfallbürgschaft die Vorausklage in noch weiterem Umfauge, als § 772 es verlangt, Voraussetzung ist, fällt die Einrede der Vorausklage bei der selbstschuldnerischen Ausfallbürgschaft fort, und diese Bezeichnung bedeutet nur, daß die Bank berechtigt ist, den auf erstes Ansuchen an sie zu zahlenden Bürgschaftsbetrag entweder sofort auf dem Konto des Kunden zu verrechnen oder ihn zur Deckung des Ausfalles vorläufig zurückzustellen.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **21** 82. Bei der Schadlosbürgschaft gehört die Feststellung des Ausfalls zum Klagegrunde. Ein Schadlosbürge braucht auch dann noch nicht zu zahlen, wenn der Hauptschuldner in Konkurs geraten ist. Der Aus-

gang des Konkurses muß abgewartet werden, es sei denn, daß es ausnahmsweise schon vorher möglich ist, die Mindesthöhe des Ausfalls nachzuweisen.

§ 774. Literatur: Strohal, Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung, JheringsJ. **61** 59 ff. — Hopmann, Teilbürgschaft und Konkurs des Hauptschuldners, LeipzZ. **12** 730 ff.

I. Strohal, JheringsJ. **61** 59 ff. Der den Gläubiger befriedigende Drittverpfänder oder Dritteigentümer einer haftenden Sache hat als solcher keinen Ausgleichungsanspruch gegen den Drittverpfänder oder Dritteigentümer einer anderen für dieselbe Forderung gleichfalls haftenden Sache. Vergeblich ist daher der Versuch, aus dem nur vermeintlichen Vorhandensein eines solchen gesetzlichen Ausgleichungsanspruchs ein Argument für die Annahme eines dem Drittverpfänder oder Dritteigentümer einer haftenden Sache kraft Gesetzes zustehenden Ausgleichungsanspruchs gegen den für dieselbe Forderung haftenden Bürgen zu gewinnen. Hat aber der Drittverpfänder, Dritteigentümer, einen gesetzlichen Ausgleichungsanspruch gegen den Bürgen nicht, so kann § 774 in Verb. mit § 776 nur dahin ausgelegt werden, daß der den Gläubiger befriedigende Bürge in das volle Recht des Gläubigers aus einer ihm, gleichviel ob vom Hauptschuldner oder von einem Dritten, bestellten Sachhaftung (Pfandrecht oder Hypothek) eintritt. Folgerichtig muß daher der Bürge, wenn die Befriedigung des Gläubigers durch den Drittverpfänder, Dritteigentümer, der haftenden Sache erfolgt, insoweit frei werden, als die Forderung des Gläubigers durch den Wert der haftenden Sache gedeckt war (99/100), und zwar gleichgültig, ob die Befriedigung aus der Pfandsache erfolgt ist oder nicht (70/74). Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob die Verpfändung der Verbürgung oder diese der Pfandsicherung vorausgegangen ist, und im ersteren Falle, ob die Pfandsache vor oder nach der Bürgschaftsübernahme in das Eigentum des Dritten übergegangen ist. Sieht sich der Drittverpfänder oder Dritteigentümer freilich bemüßigt, den Gläubiger in höherem Maße zu befriedigen, als dessen Forderung durch die haftende Sache gedeckt ist, so tritt er nach den §§ 268, 1143, 1249, 401, 412 insoweit in das noch vorhandene Recht des Gläubigers gegen den Bürgen ein.

II. Hopmann, LeipzZ. **12** 730. Bei einer Konkursmasse, die nur die Verteilung einer Dividende gestattet, ist es für den Gläubiger von Nachteil, daß er nur den Restbetrag seiner Forderung im Konkursverfahren anmelden kann. Beträgt z. B. die ganze Schuld 100 000 M., die Haftsumme des Bürgen 60 000 M. und die Konkursdividende 75 pCt. und hat der Bürge die Haftsumme vor dem Konkurse des Schuldners bezahlt, so erlangt der Gläubiger nur 75 pCt von 40 000 M. = 30 000 M.; er fällt also mit 10 000 M. aus. Zahlt aber der Bürge vor dem Konkurse nicht, so fällt dem Gläubiger im Konkurs ein bedeutend größerer Anteil zu — wenn sich die Schuldmasse dadurch nicht erheblich ändert, sogar annähernd 75 pCt. von 100 000 M. = 75 000 M., so daß er nachher den Bürgen nicht einmal auf die ganze Haftsumme von 60 000 M. in Anspruch zu nehmen braucht, um volle Befriedigung zu finden. Es fragt sich, ob der Gläubiger dem mit der früheren Leistung verbundenen Nachteil entgehen kann, ohne auf den Vorteil einer solchen verzichten zu müssen. Man hat vorgeschlagen: 1. den Übergang der Teilforderung auf den Bürgen vertraglich auszuschließen, wenigstens so lange, bis der Gläubiger für sein Restguthaben volle Befriedigung erhalten hat (vgl. Bendix 690 und das Bürgschaftsformular Nr. 70 im Formularbuche f. d. freiwillige Gerichtsbarkeit des Berliner Anwaltvereins 1907, S. 118 f.). Damit wäre aber dem Gläubiger wenig geholfen; denn dieser Ausschluß des Überganges auf den Bürgen hindert nicht den Untergang des Anspruchs in der Person des Gläubigers; 2. den Bürgen zu verpflichten, sich, bei Übernahme der Bürgschaft, die auf ihn infolge Zahlung der Haftsumme übergegangene Teilforderung dem Gläubiger sofort wieder zurückzuzedieren. Die Rückzession der Forderung bietet aber dem Gläubiger nicht immer die Gewähr, daß ihm im Konkurse des Schuldners die ganze

Forderung zur Verfolgung seiner Rechte zur Verfügung steht, da er die Hauptforderung nur mit den Einwendungen behaftet zurückerwirbt, die sich aus dem Verhältnisse zwischen Bürgen und Schuldner ergeben; 3. das Institut der Ausfallbürgschaft heranzuziehen. Aber hier erheben sich zwei Bedenken: einmal fragt sich, ob nicht der Ausfallbürge, wenn auch nicht verpflichtet, so doch berechtigt ist, vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners an den Gläubiger zu zahlen; er hätte es dann in der Hand, durch vorherige Leistung den Gläubiger auf die Geltendmachung der Restforderung im Konkurse zu beschränken. Ferner ergibt sich aus der bei der Ausfallbürgschaft hinausgeschobenen Einforderbarkeit der Bürgschaftsforderung für den Gläubiger die Gefahr, daß der Bürge mittlerweile zahlungsunfähig wird. Da demnach zu der Ausfallbürgschaft doch noch das Verbot der Leistung vor Feststehen des Ausfalls hinzukommen muß, um den Gläubiger vor den nachteiligen Folgen einer früheren Leistung des Bürgen zu bewahren, tut dieselben Dienste eine gewöhnliche, ja eine selbstschuldnerische Bürgschaft, bei der dem Bürgen das Recht, den Gläubiger sofort nach Fälligkeit der Hauptschuld und vor Feststellung des Ausfalls zu befriedigen, durch Vereinbarung entzogen ist. Diese Wirkung wird dadurch erreicht, daß die Fälligkeit der Bürgschaftsschuld und das Recht des Bürgen zur Leistung von der Einforderung oder Kündigung seitens des Gläubigers abhängig gemacht werden. Der Gläubiger hat dann die Möglichkeit, den Bürgen nach Fälligwerden der Hauptschuld jederzeit in Anspruch zu nehmen, also auch schon, wenn ihm dies beliebt, vor dem Konkurse des Hauptschuldners. Vor den schädlichen Folgen einer beim Bürgen eintretenden Vermögensverschlechterung kann sich der Gläubiger durch Sicherstellung der Bürgschaftsschuld schützen. Wenn der Gläubiger sich auch hüten muß, vor dem Konkurse des Schuldners und solange er für den Rest nicht befriedigt ist, eine die Schuld tilgende Leistung von dem Teilbürgen anzunehmen, so steht doch nichts im Wege, daß er sich Sicherheiten bestellen läßt. Dies kann auch in barem Gelde geschehen. Der Bürge kann verpflichtet werden, nach Fälligkeit der Hauptschuld auf Verlangen des Gläubigers die Haftsumme als Pfand zu geben. Das Pfandrecht an Geld bringt für den Gläubiger die lästige Verpflichtung mit sich, die gegebenen Geldstücke bis zur Befriedigung zu verwahren. Er darf die empfangene Geldsumme nicht für sich verwenden. Aber die Haftsumme kann auch sicherungshalber dem Gläubiger zu Eigentum und zur freien Verwendung übertragen werden unter der Verpflichtung, einen etwaigen Überschuß dem Bürgen später herauszugeben. Die Rechtslage ist dann ebenso, wie bei der Stellung von Kaution. Hat z. B. in dem oben vorgeführten Falle der Bürge dem Gläubiger die Haftsumme von 60 000 M. vor Konkurs des Schuldners sicherungshalber übergeben, so muß ihm der Gläubiger nach Empfang der im Konkurs auf die ganze Forderung von 100 000 M. verteilten Dividende von 75 pCt. den Überschuß von 35 000 M. herauszahlen. Eine derartige Sicherheitsleistung in barem Gelde sieht das Bürgschaftsformular Nr. 70 des Formularbuchs f. d. freiw. Gerichtsbarkeit des Berliner Anwaltsvereins 1907 S. 118 vor. Bei Hingabe der Haftsumme muß selbstverständlich Willensübereinstimmung darüber vorliegen, daß es sich nur um eine Sicherungsübereignung handelt, was z. B. durch Buchung auf ein „Ausfallbürgschaftskonto" erkennbar gemacht werden kann. Derartige Sonderverabredungen zwischen Bürgen und Gläubiger, durch die das Recht des Bürgen zur Befriedigung des Gläubigers hinausgeschoben wird, berühren das Regreßrecht des Bürgen auch dann nicht, wenn sie im Vertrage mit dem Hauptschuldner nicht vorgesehen sind. Führt der Konkurs nicht zu einem Zwangsvergleiche, sondern zur Ausschüttung einer Dividende, so bleibt die Verpflichtung des Schuldners für den Rest, für den die Konkursmasse nicht reicht, auch dem Gläubiger gegenüber bestehen. Es bedeutet also keinen Nachteil für den Schuldner, wenn er statt dessen vom Bürgen, der den Gläubiger für den Ausfall befriedigt hat, in Anspruch genommen wird. Kommt es aber zu einem

Zwangsvergleiche, so kommt in Betracht, daß der Bürge auch freiwillig, ohne dem Gläubiger gegenüber dazu verpflichtet zu sein, mit seiner Leistung bis nach Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des Schuldners zögern konnte. Alsdann wäre dasselbe Ergebnis erzielt worden.

III. **RG.** LeipzZ. **12** 659. Mehrere Bürgen, die sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen, haften nach § 769 BGB. als Gesamtschuldner. Nach der Vorschrift des § 774 BGB. haften Mitbürgen untereinander nur nach Maßgabe des § 426 BGB., d. h. sie sind im Verhältnisse zueinander zu gleichen Teilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Unzutreffend ist es, aus dem Umstande, daß die Bürgschaftsverpflichtungen zu ganz verschiedenen Zeiten eingegangen seien, und es deshalb an einem gemeinsamen Schuldgrunde fehle, zu folgern, daß eine Ausgleichungspflicht unter den Bürgen nicht bestehe. Dürfte schon zur Annahme einer Gemeinschaft unter den mehreren Schuldnern, wenn man eine solche als Voraussetzung für die Anwendung der Ausgleichungsregeln des § 426 erachtet, ein gemeinschaftlicher Entstehungsgrund der Schuld überhaupt kaum zu verlangen sein (**RG.** JW. **12** 141 Nr. 17 = **RG. 77** 317, II 1 zu § 426), so ergibt sich für das Verhältnis der Mitbürgen jedenfalls aus der Vorschrift des § 769, daß eine gemeinschaftliche Übernahme der Bürgschaft nicht als Voraussetzung ihrer gesamtschuldnerischen Haftung zu fordern ist.

IV. RheinA. **109** 205 (Cöln). Der Bürge, der sich nur für einen Gesamtschuldner verbürgt hat, hat keinen Rückgriff gegen den Mitschuldner. Seine Rechte werden nicht berührt durch eine vergleichsweise Auseinandersetzung des Gläubigers mit dem Mitschuldner.

§ 775. 1. Bergschmidt, JW. **12** 663. Dem „vollstreckbaren Urteil auf Erfüllung" stehen die im § 794 Ziff. 1, 2 ZPO. genannten Vergleiche, nicht aber die dort in Ziff. 2 a und 3 bezeichneten Schuldtitel gleich. Die im § 794 Ziff. 5 ZPO. aufgeführten vollstreckbaren Urkunden sind den Urteilen im Sinne des § 775 Nr. 4 nur dann gleich zu erachten, wenn der Bürge sich nicht in der Bürgschaftserklärung, sondern zeitlich nach dieser in besonderen Urkunden der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Bei der Akkordbürgschaft steht der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich dem Urteile nicht gleich.

2. *Walsmann, Der Verzicht. Der Anspruch des Bürgen auf Befreiung gemäß § 775 BGB. hat ein Leistensollen des Hauptschuldners zum Inhalte. Somit dürfte nicht um die Konsequenz hinwegzukommen sein, daß für den Verzicht auf dieses Recht ein Vertrag gemäß § 397 erforderlich ist. Einer Form bedarf der Vertrag nicht (250).

§ 778. Literatur: Kiefe, Haftet der substituierende Anwalt für die Kosten des Substituierten? JW. 12 1094 ff.

1. **RG.** WarnE. **12** 118. Die Erklärung, „für die Schuld eines anderen einzustehen", spricht nicht notwendig für Bürgschaft und gegen Kreditauftrag; denn sie kann unter Umständen nicht als Verpflichtungserklärung, sondern als Feststellung der Rechtsfolge eines älteren Verpflichtungsgrundes aufgefaßt werden. Auch aus dem Umstande, daß der Kredit weder der Höhe noch der Zeitdauer nach begrenzt ist, kann ein Beweisgrund gegen die Annahme eines Kreditauftrags nicht entnommen werden.

2. *Kiefe, JW. **12** 1094 ff. In der Bestellung zum Substituten liegt auch bei verspäteter Zusendung der Akten seitens des substituierenden Anwalts kein Kreditauftrag (vgl. zu § 611 Ziff. VII 1 a). Eine Haftung des Substituenten aus § 778 BGB. ist nicht gegeben, weil in den Fällen der Substitution ein Kreditauftragerteilungswille beim Substituenten nicht vorausgesetzt werden darf. Der substituierende Anwalt haftet nur für Verschulden bei Bestellung des Substituten, nicht für Verschulden des Substituten.

3. **RG.** WarnE. **12** 409. In der Erklärung „Verkaufen Sie ruhig an Herrn D., da ich als Kompagnon mit eintrete, und ich werde Ihnen die 5000 M. im Januar 1909 zahlen; ich werde dem D. noch mehr Geld ins Geschäft geben, das dann auf dem Grundstück eingetragen werden soll," ist ein Kreditauftrag zu finden.

4. Kreditgrenze ist nicht notwendig. **RG.** LeipzZ. **12** 313 Nr. 21. Der Umstand, daß der zu gebende Kredit weder der Höhe noch der Zeitdauer nach irgendwie begrenzt ist, steht dem Vorhandensein eines Kreditauftrags in keiner Weise entgegen. Denn beim Kreditauftrag ist der Auftraggeber in der Lage, durch den ihm jederzeit offenstehenden Widerruf des Auftrags der weiteren Kreditgewährung eine Grenze zu ziehen.

5. Rechtsfolge. **RG.** LeipzZ. **12** 844. Beim Kreditauftrage wird das Rechtsverhältnis der Vertragsparteien zunächst von den Grundsätzen des Auftrags beherrscht; bis zur Kreditgewährung, die die Entstehung der Hauptschuld zur Folge hat, gelten für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten lediglich die Vorschriften über den Auftrag.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

§ 779. 1. **RG.** R. **12** Nr. 1778. Grunderwerbsverträge, welche zur Vermeidung des Enteignungsverfahrens abgeschlossen werden, sind keine Vergleiche im Sinne des § 779 BGB.

2. OLG. **25** 4 (Braunschweig). Die Ungewißheit braucht lediglich auf der Seite einer Partei vorzuliegen. Zum Nachgeben aber genügt es, wie schon die Prot. 2, 524 hervorheben, „wenn eine Geldsumme für das Aufgeben eines Rechtes bezahlt wird"; daß dabei vorher über die Höhe der Abfindung Streit geherrscht hat, ist nicht erforderlich.

3. SeuffA. **67** Nr. 56 (München). Der Vergleich ist unwirksam, wenn die Vergleichsparteien übereinstimmend irrtümlich davon ausgingen, daß der streitige Anspruch noch nicht durch Zahlung erloschen sei.

4. **RG. 79** 240. Ein unwirksamer Vergleich wird durch Erfüllung jedenfalls dann nicht wirksam, wenn zur Zeit der Erfüllung der Willensmangel noch fortdauert; denn dieser haftet dann auch der Erfüllung an.

5. SchlHolstAnz. **12** 90 (Kiel). Ein Vergleich über Zurücknahme einer Klage ist wirksam.

6. DJZ. **12** 696 (Stuttgart). Der durch Vergleich begründete Anspruch auf Zurücknahme einer Privatklage ist im Zivilprozesse verfolgbar.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

§ 780. Literatur: Josef, Das kausale Leistungsversprechen als alleiniger Klagegrund und die Rechtsstellung des bösgläubigen Erwerbers der Hypothek, ACivPr. **109** 187 ff. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

I. Josef, ACivPr. **109** 187 ff. 1. Nur wenn Verpflichtungsgrund ein (abstraktes) Schuldversprechen (§§ 780, 781) ist, ist der Kläger der Angabe des materiellrechtlichen Verpflichtungsgrundes enthoben. In allen anderen Fällen muß der Kläger zur Begründung des Anspruchs dessen materiellen Rechtsgrund, also die einzelnen ihn begründenden Tatsachen angeben; er kann danach den Klaganspruch nicht lediglich darauf stützen, daß der Beklagte die eingeklagte Leistung (z. B. Löschungsbewilligung und Rückgabe des Grundschuldbriefs, Ersatz des Schadens aus unerlaubter Handlung) versprochen habe. Ein solches Versprechen kann vielmehr der Kläger, wenn er den materiellen Rechtsgrund der eingeklagten Leistung (Befriedigung des Gläubigers, unerlaubte Handlung) in der Klage angegeben hat, nur verwerten als außergerichtliches Geständnis der den Klagegrund darstellenden Tatsachen; auch kann ein solches Versprechen auszulegen sein als ein Verzicht auf Einwendungen,

die dem Beklagten gegen den an sich begründeten Klaganspruch (z. B. aus § 831 Satz 2 oder aus § 833 Abs. 2 zustehen. 2. Ein (abstraktes) Schuldversprechen im Sinne der §§ 780, 781 liegt nur vor, wenn gerade der Wille ersichtlich ist, eine selbständige — vom materiellen Verpflichtungsgrunde losgelöste — Verbindlichkeit zu begründen. Ein Schuldversprechen liegt danach nicht vor, wenn jemand sich unentgeltlich bei Vermeidung einer Vertragsstrafe verpflichtet, sein Gewerbe aufzugeben, oder wenn jemand eine fremde Schuld übernimmt gegen die Verpflichtung des Gläubigers zu einem Tun oder Unterlassen. In beiden Fällen liegt vielmehr ein im Gesetze nicht geregelter Vertrag vor, der formfrei ist. Denn das Versprechen (das Gewerbe aufzugeben und anderenfalls die Strafe zu entrichten oder die übernommene Schuld zu bezahlen), ist kein Schenkungsversprechen: im ersteren Falle liegt überhaupt keine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden vor (§ 516), im zweiten Falle erfolgt die Zuwendung nicht unentgeltlich. Ein Schuldversprechen liegt danach auch nicht vor, wenn der Eigentümer, der den Gläubiger zur Herausgabe des Grundschuldbriefs für verpflichtet hält, die Herausgabe verlangt und der Gläubiger sie verspricht. Auf dieses bloße Versprechen kann sonach der Eigentümer den Herausgabeanspruch nicht stützen, er muß vielmehr den materiellen Rechtsgrund der Herausgabepflicht nachweisen (200/201).

II. *Walsmann, Der Verzicht. Gegenüber dem abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis aus §§ 780 und 781 BGB. haben alle Einreden aus ihrer causa, desgleichen solche aus besonderen Vereinbarungen, die mit dem abstrakten Geschäfte zusammenhängen, nur die Bedeutung der Geltendmachung eines Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Der zugrunde liegende Tatbestand ergibt, daß der Anspruch aus den §§ 780 f. zwar wegen seiner abstrakten Natur zu Recht besteht, aber weil sine causa der Aufhebung gemäß §§ 812 ff. unterliegt. Der aus den §§ 780 f. Berechtigte ist verpflichtet, zur Aufhebung der abstrakten Verbindlichkeit mitzuwirken (vgl. § 812 Abs. 2). Daraus erwächst die Einrede. Diese ist demgemäß eine unselbständige im Hinblick auf die Verzichtbarkeit und kann nur mit dem Anspruch zusammen, der ihre Basis bildet, durch Erlaßvertrag aufgehoben werden. Aber der „Verzicht auf diese Einrede" enthält seinem Inhalte nach diese Aufhebung. Das Resultat ist demnach: der Verzicht auf diese Einreden erfordert einen Vertrag (250/251).

III. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 844. Aus dem Wesen des Schuldanerkenntnisses als eines sogenannten abstrakten Rechtsgeschäfts ergibt sich, daß der Wille der Vertragschließenden auf die Begründung einer selbständigen, vom ursprünglichen Schuldgrunde losgelösten Verbindlichkeit des Anerkennenden gerichtet sein muß.

2. OLG. **25** 28 (Colmar). Ein selbständiges Versprechen im Sinne der §§ 780 ff. liegt vor, wenn eine Loslösung vom materiellen Rechtsgrunde derart gewollt ist, daß sich der Kläger lediglich auf das Versprechen zu berufen braucht. Ob dies gewollt ist, hängt von den Umständen ab. Das regelmäßige Kennzeichen für die Absicht der Begründung eines abstrakten Schuldversprechens ist allerdings die äußere Erscheinung der Verpflichtungserklärung. Aus der Unterlassung der Angabe eines Schuldgrundes für die versprochene Leistung kann regelmäßig bis zum Beweise des Gegenteils die Absicht des Versprechenden, eine selbständige Verpflichtung zu schaffen, gefolgert werden (**RG. 48** 133, **58** 200, **61** 318, JW. **06** 550 Nr. 18). Soll durch das Versprechen ein selbständiger Klagegrund geschaffen werden, so bleibt es auch dann der Form des § 780 unterworfen, wenn es die gesetzliche Haftung des Beklagten als Dienstherrn aus § 618 bestätigen soll.

3. **RG.** WarnE. **12** 20. Die Absicht des Versprechenden, eine selbständige, von dem Grundgeschäft unabhängige Verpflichtung zu übernehmen, muß in der Erklärung erkennbar zum Ausdrucke gekommen sein. Das schließt aber keineswegs aus, daß für die Auslegung einer nicht schon dem Wortlaute nach völlig zweifel-

losen urkundlichen Erklärung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände, wie Vorbemerkungen, Veranlassung, wirtschaftlicher Zweck der Verpflichtungserklärung, herangezogen werden (vgl. Komm v. RGR. 596 § 780 Anm. 3). Eine gesetzliche Grenzbestimmung für den Umfang einer derartigen Würdigung von Tatumständen besteht nicht.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 545 Nr. 23. Die Tatsache allein, daß die Urkunde die Angabe des Schuldgrundes nicht enthält, läßt nicht notwendig den Schluß zu, daß in ihr ein selbständiges Schuldversprechen beurkundet ist.

§ 781. *Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils, Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozesse **25** 130 ff. Heft 1. Eine vertragsmäßige Feststellung, die der urteilsmäßigen gleichstände, gibt es nicht. Wollen die Parteien eine obligatorische Rechtsbeziehung zwischen ihnen vertragsmäßig derart außer Zweifel stellen, daß sie für sie in Zukunft maßgebend und der Möglichkeit einer Bestreitung entzogen ist, so haben sie sich dazu des Schuldanerkenntnisses zu bedienen, weil sie sonst lediglich ein bloßes Beweismittel für das Bestehen derselben schaffen könnten. Freilich braucht die Absicht der Schuldbegründung nicht ausdrücklich erklärt und in den Vordergrund gestellt zu werden. Sie kann vielleicht auch nur als bedingte vorhanden sein, in dem Sinne nämlich, daß eine Rechtsänderung nur für den Fall eintreten soll, daß die Feststellung sich nicht mit der tatsächlich bestehenden Rechtslage deckt. Das ist indessen die äußerste Konzession, die der Feststellungsabsicht der Parteien gemacht werden kann. Hält man auch eine solche bedingte Schuldbegründung zu Feststellungszwecken für möglich, so ist es doch unzutreffend, in ihr das Wesen des Feststellungsvertrags zu erblicken. Er kennzeichnet sich lediglich durch den Feststellungszweck, und dieser wird auch durch das unbedingte Anerkenntnis erreicht, wie er auch durch dasselbe nicht ausgeschlossen wird. Die praktische Bedeutung des Feststellungszwecks zeigt sich in zweifacher Richtung: wird eine bestehende Verpflichtung deklariert, so wird regelmäßig eine Rückwirkung stattfinden, da dies der normalen Parteiabsicht entspricht. Andererseits ist jener Zweck als der materielle Rechtfertigungsgrund des abstrakten Anerkenntnisses aufzufassen. Ob der schuldrechtliche Feststellungsvertrag als selbständiges Kausalgeschäft bezeichnet werden kann, erscheint angesichts der Regelung des BGB. zweifelhaft. Für denjenigen, der daran festhält, daß das Gesetz auch die vergleichsmäßigen Feststellungen aus dem „Zusammenhange des Kausalgeschäfts herausgelöst“ und als „selbständige Obligierungen gefaßt“ hat, ist die Frage offenbar zu verneinen. Von ihr wird es abhängen, ob das in Feststellungsabsicht abgegebene Schuldanerkenntnis in allen Fällen der Schriftform bedarf oder nur dann, wenn es von jener abstrahiert. Ein Feststellungsvertrag ist nicht nur im Gebiete der Schuldverhältnisse möglich, wenngleich die Rechtsform des Anerkenntnisses keine allgemeine, sondern auf dieses Gebiet beschränkte ist. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung wird man für jede Feststellung anderer Rechtsverhältnisse die Beachtung der Formen und Voraussetzungen verlangen müssen, die für die Begründung, Übertragung oder Aufhebung derselben vorgeschrieben sind. Demnach wird die vertragsmäßige Feststellung vielfach für sich allein nicht ausreichen, um den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen. Die Feststellung kann auch grundsätzlich nur ex nunc wirken. Von einer dinglichen Rückwirkung kann keine Rede sein, es kann höchstens eine obligatorische stattfinden.

2. **RG.** WarnE. **12** 287. Ein abstraktes Schuldanerkenntnis im Sinne von § 781 BGB. kann auch über die eine der beiden den Gegenstand eines zweiseitigen Vertrags bildenden Leistungen abgeschlossen werden: der Umstand, daß der Schuldanerkenntnisvertrag ein einseitiger Vertrag ist, hat damit nichts zu tun.

3. OLG. **25** 29 (Hamburg). Wenn auch im einzelnen sehr streitig ist, in welchem Umfange der Schuldner aus dem dem abstrakten Schuldanerkenntnisse zugrunde liegenden materiellen Rechtsverhältnis Einreden ableiten kann (vgl. Dernburg II

§ 90, Crome III § 306, Brütt, Abstrakte Forderung 121, Staub, HGB. [8] 1216, **RG. 61** 321, **68** 304, BadRpr. **07** 235, SeuffA. **62** Nr. 178), so kann doch nicht zweifelhaft sein, daß er gegenüber der anerkannten Schuld nach § 812 Abs. 2 bei ihrem Nichtbestehen die Einrede der Bereicherung geltend machen kann. Ob die Schuld von Anfang an nicht bestand oder erst später fortfiel, ist ohne Bedeutung, da der Gläubiger aus dem Anerkenntnis auch dann grundlos bereichert ist, wenn die zugrunde liegende Schuld zwar bei Abgabe des Anerkenntnisses bestand, aber ohne daß dieses an ihre Stelle treten sollte, wegfiel.

4. **RG. 78** 130, 163. Der Schriftform bedarf auch das vertragsmäßige Anerkenntnis im Sinne des § 222 Abs. 2 Satz 2.

5. SeuffA. **67** Nr. 127 (Dresden). Die Unterwerfung unter sofortige Zwangsvollstreckung spricht für ein abstraktes Schuldanerkenntnis.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

§ 784. *Oertelt, HoldheimsMSchr. **12** 12. Die Anweisung ist die causa der Anweisungsleistung. Diese kann daher wegen Ungültigkeit der Anweisung trotz der Annahme verweigert bezw. zurückgefordert werden. — Vgl. auch die Zusammenfassung der Ergebnisse auf S. 286 ebenda.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§§ 793, 794. *Saeger, BraunschwZ. **12** 36 ff. Nr. 3 u. 4. Über die rechtliche Natur des „Theaterbilletts".

§ 793. **RG.** JW. **12** 861. Auf Lotterielose finden in der Regel die Bestimmungen der §§ 793 ff. BGB. Anwendung. Durch die auf den Losen abgedruckte Bedingung, daß aus Losen, welche innerhalb bestimmter Frist nicht vorgezeigt und geltend gemacht werden, keinerlei Anspruch mehr erhoben werden könne, wird die Anwendung von § 802 noch nicht ausgeschlossen; hierzu bedürfte es einer besonderen Abmachung.

§ 808. 1. **RG.** HansGZ. **12** Hptbl. 141. Lagerscheine, in denen ein Gläubiger nicht „benannt" ist, sind keine sog. hinkenden Inhaberpapiere, sondern echte Inhaberpapiere.

2. SächsRpfl. A. **12** 319 (Dresden). Die von den Leihanstalten der Gemeinden ausgestellten Pfandscheine sind Legitimationspapiere i. S. des § 808.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 810. 1. SeuffBl. **12** 78 (KG.). Die Staatsbehörde hat das Protokollbuch der Genossenschaft in deren Geschäftslokal einzusehen; sie kann nicht verlangen, daß ihr das Buch zur Einsichtnahme übersandt wird.

2. **RG.** WarnE. **12** 338. Der Klient, der gegen einen Rechtsanwalt Ansprüche auf Schadenersatz erheben will, kann Vorlegung der Handakten weder gemäß § 809 noch § 810 verlangen.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Aus der wissenschaftlichen Bearbeitung sind die Aufsätze von Stampe und Ebbecke ganz besonders hervorzuheben, die in kurzenprägnanten Sätzen die Lehre von der Bereicheruug enthalten. Hingewiesen sei auf die Ausführungen von Hedemann und von Collatz. Die Rechtsprechung behandelt eine große Anzahl wichtiger Fälle.

Literatur: Ebbecke, Der Bereicherungsanspruch, R. **12** 654. — Derselbe, Gestaltung des Bereicherungsanspruchs im einzelnen, R. **12** 745. — Josef, Bereicherung Geschäftsbeschränkter, KGBl. **12** 75. — Matthießen, Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken, JW. **11** 923.

§ 812. 1. *Stampe macht, in der Fortsetzung seines Grundrisses der Wertbewegungslehre (ACivPr. **110**), den Versuch, ein neues System der Leistungskondiktionen aufzubauen, das sich nach der Verschiedenheit der Aufgaben gliedert, die den einzelnen Kondiktionsarten gestellt sind. Dadurch entsteht eine von der bisher üblichen sehr abweichende Einteilung: in condictiones ob causam, ob rem, ob effectum, ob finem. Die condictio ob causam (§§ 13, 14) reagiert gegen Vorgänge in dem Entstehungstatbestande der Wertbewegung, die dazu führten, daß eine Wirkung der Wertbewegung, welche das Verbleiben der Leistung bei dem Empfänger rechtfertigen könnte, gar nicht ausgelöst worden ist. In den drei anderen Fällen ist solche rechtfertigende Wirkung des Entstehungstatbestandes zwar gegeben; aber Vorgänge anderer Art bedingen die Rückgängigmachung der Leistung. Diese Vorgänge sind entweder Anomalien in der Abwickelung der Wertbewegung (z. B. das Ausbleiben der Gegenleistung): condictio ob rem (§ 13); oder ein der Rechtsordnung unerwünschter Erfolg der Wertbewegung: condictio ob effectum (§ 15); oder endlich ein gewisses Schicksal (Vereitelung oder Wegfall) des mit der Wertbewegung verfolgten Parteizwecks: condictio ob finem (§§ 16—22). Die rechtspolitische Zulässigkeit solcher condictio ob finem und ihre Regelung im PrALR. werden eingehend behandelt (§§ 21, 17); es wird gezeigt, daß die Zuständigkeit dieser condictio ganz von der Beschaffenheit der Ursache abhängt, welche das Schicksal des Parteizwecks herbeigeführt hat (§ 27); und für den Fall, daß solche Ursachen von bestimmter Art (namentlich schuldvolles Verhalten des Gegners oder unvermutete Änderung der Rechtsordnung) vorliegen, wird der condictio ob finem Geltung auch für unser bürgerliches Recht zugesprochen. Als gesetzliche Grundlage dafür kann freilich § 812 BGB. nicht herangezogen werden (§ 22); denn er ist schon seinem Wortlaute nach nicht dazu verwendbar, und inhaltlich ist sein in Betracht kommender Passus „wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt" ein gänzlich unklares Noterzeugnis der zweiten Kommission, die an ihrer Fähigkeit, die einschlägigen Kondiktionsfälle brauchbar zu formulieren, ausgesprochenermaßen verzweifelte (§ 20). Aber die Analogie aus den §§ 323—327 ist gerechtfertigt; denn auch diese Bestimmungen reagieren im letzten Grunde gegen Beeinträchtigungen des Parteizwecks. Außerdem geben gewisse Spezialnormen einen Anhalt, so §§ 18, 35 VerlG. von 1901. Daß die Praxis der Berücksichtigung von Parteizweckschicksalen nicht abgeneigt ist, zeigt sie besonders dadurch, daß sie in ihnen einen wichtigen Kündigungsgrund für Dienstverträge aus § 626 erblickt.

Diese Neueinteilung der Leistungskondiktionen erschließt übrigens neue Gesichtspunkte für die Beurteilung der Windscheidschen Voraussetzungslehre (§ 18). Denn sie zeigt zum ersten Male die Kategorien, die Windscheid mit dieser Lehre umfassen wollte, lückenlos und mit genauer Festlegung ihrer wirklichen Tatbestände auf. Und daraus wird klar: in keiner dieser Kategorien ist die „erkennbare Selbstbeschränkung des Willens" das wirkende Moment, welches — wie Windscheid annahm — das (gänzliche oder teilweise) Abgehenkönnen von dem Vertrag erzeugt. Die Rechtsordnung hat eben keineswegs jenen unbegrenzten Respekt vor Äußerungen des Privatwillens, den der im Banne der Willenstheorie stehende Windscheid ihr, in maßloser Überschätzung der Bedeutung solchen Willens, aufnötigen wollte. Sie knüpft, aus vernünftigen rechtspolitischen Erwägungen heraus, die Kondiktionsrechte an die oben skizzierten, ganz andersartigen Tatbestände, welche in den §§ 13—16, 19, 21 der Stampeschen Abhandlung dargestellt sind. Der Versuch, alle diese, untereinander grundverschiedenen, durch die Gesetze gegebenen Tatbestände einfach zu ignorieren und an ihre Stelle einen einheitlichen von ganz anderer Art zu setzen, der dazu noch rechtspolitisch so unmöglich ist wie gerade die „Voraus-

setzung", stellt eine der seltsamsten Verirrungen dar, welche die Begriffsjurisprudenz gezeitigt hat.

Das Verhältnis der herrschenden Lehre zu dem Stampeschen System ist im wesentlichen folgendes: die herrschende Lehre umfaßt alles, was in das Gebiet der Stampeschen condictiones ob rem, ob effectum, ob finem und ob causam futuram gehört, mit dem Sammelnamen condictio ob causam datorum; die Fälle der condictio ob causam praeteritam Stampes pflegt man in condictio indebiti und condictio ob turpem causam zu scheiden. Der Ausdruck condictio sine causa wird oft als allgemeiner Oberbegriff verwendet. Endlich wird sehr viel mit einer condictio ob causam finitam operiert; man versteht darunter alle Fälle, in denen ein nach der Eingehung der Wertbewegung eintretender Umstand einer gemachten Leistung die rechtliche Grundlage nimmt (z. B. kasuelles Unmöglichwerden der Gegenleistung; Widerruf einer Schenkung wegen groben Undankes; Eintritt einer Resolutivbedingung). Daß man damit vielfach dieselben Tatebstände trifft, die man schon unter die Sammelrubrik der condictio ob causam datorum gestellt hat, wird nicht genügend beachtet.

2. *Hedemann, Bereicherung durch Strohmänner (Jena 1911) [auch in Festgabe für August Thon]. Die herrschende Lehre will nur eine sog. unmittelbare Bereicherung als Unterlage für die Herausgabeklage des § 812 anerkennen. Das ist bedenklich. Es muß im Kampfe gegen dunkle Hintermänner auch eine über den vorgeschobenen Strohmann hinausgehende Bereicherungsklage erschlossen werden. Dies ist mit dem geltenden Gesetze durchaus vereinbar. Allerdings muß der weitere Ausbau, namentlich die doch unentbehrliche Begrenzung, erst durch die Judikatur geschaffen werden. Vorschläge in dieser Richtung gegen Schluß der Abhandlung. Es wird dabei auch das Problem der gleichzeitigen Bereicherung mehrerer (solidarische oder gestaffelte Haftung?) untersucht.

3. *Collatz, Zur Theorie der Realgeschäfte und der ungerechtfertigten Bereicherung. Rechtlicher Grund ist ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Bereicherte von dem Geschädigten das Erlangte zu fordern berechtigt war.

4. Ebbecke, R. **12** 654. Ein Bereicherungsanspruch erwächst insbesondere aus dem Bestehen eines Rückforderungsrechts. Die Rückgabepflicht erstreckt sich, wenn auch die Sache selbst nicht zurückgegeben werden kann, auf die aus der Sache erlangte Bereicherung. Ebenso wie mit dem Eigentum verhält es sich mit den anderen dinglichen Rechten. Rückforderungsrecht (§§ 994, 995 BGB.). Das Rückforderungsrecht kann darauf beruhen, daß das der Leistung zugrunde liegende Rechtsgeschäft ungültig ist, daß der Zuwendungswille durch Irrtum beeinflußt ist. Darauf allein, daß der Leistende im Verhältnisse zwischen ihm und dem Leistungsempfänger nicht zur Leistung verpflichtet war, kann das Rückforderungsrecht niemals gegründet werden. — Zulässig ist ferner der Bereicherungsanspruch in einer Reihe von Fällen, in denen das Gesetz zwar eine Rechtsänderung eintreten läßt, diese Rechtsänderung aber nach der Absicht des Gesetzes nur eine formelle sein soll, ohne daß eine materielle Vermögensänderung hiermit verbunden ist (§§ 946, 93—95, 950, 951 Abs. 1 BGB.). Von weittragender Bedeutung ist der aus den Bestimmungen über den Schutz des redlichen Dritten sich ergebende Bereicherungsanspruch (§ 816). Fälle der Bereicherung, in denen der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren oder im Verteilungsverfahren unter Beeinträchtigung des materiellen Rechtes eines anderen eine ihm nicht zukommende Befriedigung erhalten hat (§§ 771, 872 ff. ZPO., § 115 ZVG.).

5. Ebbecke, R. **12** 745. Für die Bestimmung der Person des Berechtigten kommt es bei Rückforderung einer freiwilligen Leistung darauf an, wer als Leistender anzusehen ist. Entscheidend ist hierfür, ob der Leistende die Leistung im eigenen Namen oder im Namen eines Dritten bewirkte. Vormund als Leistender. Über

die Frage, wer der Rückforderungsberechtigte ist, wenn die Leistung von mehreren vorgenommen ist. Maßgebend ist hierfür die Art des zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses (Gesellschaft §§ 709 ff., Gemeinschaft § 745; vgl. §§ 1011, 432, 420, 428). Als Leistungsempfänger, gegen den der Bereicherungsanspruch sich richtet, ist nicht sowohl derjenige anzusehen, der in den Besitz des Geleisteten gelangt ist, sondern derjenige, für dessen Rechnung erkennbar die Leistung empfangen ist, der Auftraggeber, und bei einer genehmigten Geschäftsführung ohne Auftrag der Geschäftsherr (vgl. weiteres 747). Der Herausgabeanspruch beschränkt sich auf die bei dem Leistungsempfänger noch vorhandene Bereicherung. Herausgabe von Nutzungen. Bei Veräußerung des herauszugebenden Gegenstandes tritt an seine Stelle der Erlös, abzüglich natürlich der durch die Veräußerung entstandenen Unkosten; bei Einziehung einer Forderung ist das durch die Einzahlung Erlangte abzüglich der Einziehungskosten herauszugeben. — Für einen Bereicherungsanspruch ist regelmäßig kein Raum, wenn es nicht zu Leistung gekommen, sondern bei dem Schuldverhältnisse geblieben ist, das der Schuldner im Wege des Einwandes oder der Feststellungsklage bekämpfen kann. Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses. Über den Wert des Geleisteten geht der Bereicherungsanspruch niemals hinaus. Der Wert des Geleisteten ist nach der Zeit des Unterganges des geleisteten Gegenstandes oder des Verkaufs zu bestimmen. Daraus, daß nur die Bereicherung herauszugeben ist, folgt, daß der Empfänger, der infolge eines gegenseitigen Vertrags die Leistung nur gegen die Gegenleistung erhalten hat, nur dasjenige herauszugeben braucht, was bei Berücksichtigung der Gegenleistung als Bereicherung verbleibt. Die dem Empfänger durch die Leistung und die Gegenleistung erwachsenen Vorteile und Nachteile sind gegeneinander auszugleichen.

6. *Droß, Der Erstattungsanspruch preußischer Armenverbände 51 ff. Der „rechtliche Grund" kann auch dem öffentlichen Rechte angehören. So ist z. B. die vom Armenverbande gewährte Unterstützung nicht kondizierbar, da der Armenverband sie auf Grund seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung leistet.

7. DJZ. **12** 1190 (PrOVG.). Der § 812 findet in allen Fällen Anwendung, in denen durch den Übergang aus dem Vermögen des einen in das Vermögen des anderen eine Verbesserung der Vermögenslage des letzteren eingetreten ist. Die Vermögensvermehrung kann dabei insbesondere auch in der Ersparung von Aufwendungen oder Kosten bestehen.

8. a) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 325, LeipzZ. **12** 72, JW. **12** 35. Nach § 812 muß eine Leistung vom Empfänger herausgegeben werden, wenn der mit ihr nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Zur Begründung des Herausgabeanspruchs genügt es also nicht, daß der Leistende einen bestimmten Erfolg bezweckte und daß das der Empfänger wußte, sondern die Zweckbestimmung muß zum Inhalte des Rechtsgeschäfts gemacht, d. h. beide Teile müssen darüber einig gewesen sein, daß die Zweckbestimmung einen wesentlichen Bestandteil des Vertrags bilden sollte.

b) **RG.** R. **12** Nr. 213. Der wirtschaftliche Zweck, den eine oder beide Parteien mit dem Abschlusse des Vertrags verbinden, ist ohne Bedeutung, wenn er nicht zu einem wesentlichen Teile des Vertrags gemacht ist.

c) **RG.** LeipzZ. **12** 388. Zur Rückforderung muß es sich um einen nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolg handeln. Hierzu genügt es aber, wenn der Erfolgszweck aus dem Gesamtinhalte des Rechtsgeschäfts erhellt, ohne daß eine besondere Vereinbarung hierüber stattgefunden zu haben braucht.

9. **RG.** R. **12** Nr. 851. Erstreckt sich die Sittenwidrigkeit eines Vertrags zugleich auf die zu dessen Erfüllung gemachten Leistungen, so bedarf es keiner Kondiktion der Leistungen. Sind die Erfüllungsgeschäfte selbst nach § 138 Abs. 1 nichtig, so sind

die Voraussetzungen eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung überhaupt nicht erfüllt. Denn der Empfänger erlangt im Falle einer Rechtsunwirksamkeit der Leistung keine Vermögensvermehrung, die erst durch eine Zurückübertragung in das Vermögen des Leistenden ausgeglichen werden müßte (**RG.** **63** 185, JW. **11** 210 Nr. 3, R. **11** Nr. 674).

10. a) R. **12** Nr. 3355 (München). Anzahlungen auf einen formlosen Grundstückskauf mit sofortiger Besitzübergabe können nur insoweit zurückverlangt werden, als sie den Wert der inzwischen vom Käufer bezogenen Nutzungen übersteigen.

b) **RG.** R. **12** Nr. 3354. Hat ein Grundstückseigentümer, der in Verkaufsverhandlungen über das Grundstück steht, für einen Gläubiger des Kaufliebhabers auf Wunsch des letzteren eine Hypothek bestellt in der Annahme, der Verkauf werde zustande kommen und die Hypothek alsdann zu Lasten des Käufers sein, so steht ihm gegen den Hypothekengläubiger kein Bereicherungsanspruch zu, wenn der Verkauf demnächst nicht zustande kommt. Der nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts verfolgte Zweck war allein der, dem Beklagten zur Sicherung seiner Forderung an X. die ihm von diesem versprochene Hypothek zu gewähren, und dieser Erfolg ist so, wie erwartet worden war, eingetreten.

11. R. **12** Nr. 2657 (Stuttgart). Wer eine Leistung als nicht geschuldet zurückfordert, braucht zwar an sich nicht zu beweisen, daß er irrtümlich geglaubt hat, schuldig zu sein, vielmehr hat der Gegner zu beweisen, daß der Leistende sich in keinem Irrtume befunden hat. Dagegen kann aus den Umständen des Falles geschlossen werden, der Rückfordernde habe zur Zeit der Leistung das Nichtbestehen der Verbindlichkeit gekannt und habe die Leistung nicht aus Irrtum über seine Verpflichtung, sondern aus anderen Gründen bewirkt.

12. Josef. Der Geschäftsbeschränkte erwirbt an ihm gezahlten Gelde den Besitz; da aber die an den Geschäftsbeschränkten erfolgte Leistung zur Erfüllung des nichtigen Darlehnsvertrags geschieht, so hat jener den Besitz des Geldes ohne rechtlichen Grund verlangt; er ist also zur Rückgabe des Geldes verpflichtet (vgl. KG. in OLG. **22** 356).

13. DJZ. **12** 231 (LG. Hannover). Haftbarkeit der Ehefrau für die Kosten der ärztlichen Behandlung eines gemeinschaftlichen Kindes. Der Mann hatte sein Vermögen verloren, die Ehefrau hatte das Geschäft.

14. Abs. 2.

a) **RG.** LeipzZ. **12** 656, R. **12** Nr. 2035. Ein Anerkenntnis des Nichtbestandes einer Schuld kann nicht zurückgenommen werden, wenn die Parteien nicht nur die wirkliche Rechtslage feststellen, sondern darüber hinaus einen bestimmten Zustand auch für den Fall festlegen wollten, daß die wahre Rechtslage sich anders verhalten sollte.

b) **RG.** HessRspr. **13** 22. Ein Leistungsversprechen kann der Rückforderung überhaupt nur dann unterliegen, wenn es in der Bedeutung einer selbständigen Schuldbegründung erteilt ist.

15. Aus der Praxis.

a) **RG.** BankA. **11** 121. Beauftragt die Verkäuferin eine Bank, dem Käufer gegen dessen Akzept das Konnossement auszufolgen, so haftet die Bank dem Käufer, wenn dieser Ware auf das Konnossement hin nicht bekommt, nicht deshalb wegen Bereicherung oder aus Arglist, weil die Bank das Akzept des Käufers diskontierte, ihr Guthaben gegen den Verkäufer deckte und sich weigert, ihr verpfändete andere Ware des Verkäufers, womit er den Kaufvertrag auch hätte erfüllen können, an diesen herauszugeben.

b) BreslauAK. **12** 31 (Breslau). Bereicherungsanspruch, wenn der Mieter beim Einzuge zwar die Miete vorauszahlt, die Wohnung aber noch nicht fertiggestellt ist und infolgedessen der Mieter Abzüge macht.

c) R. 12 Nr. 2938 (Zweibrücken). Befreiung von einer Bürgschaft, also von einer Vermögensgefährdung enthält nicht ohne weiteres eine Bereicherung.

d) **RG.** R. 12 Nr. 3187. Wer auf ein in seinem Besitze befindliches, aber einen anderen als Berechtigten bezeichnendes Sparkassenbuch Beträge für sich erhoben hat, muß gegenüber dem gegen ihn erhobenen Bereicherungsanspruch dartun, daß ihm ein Rechtsgrund zur Erlangung des erhobenen Betrags zur Seite steht.

e) **RG.** SeuffA. **67** 317. Bereicherungsanspruch des Pfandgläubigers gegen den Eigentümer der ihm verpfändeten fremden Wertpapiere, die er irrtümlich freigegeben hatte.

f) SeuffA. **67** 59 (Dresden). Der Pfandgläubiger, der die verpfändeten fremden Wertpapiere irrtümlich freigegeben hat, hat keinen Bereicherungsanspruch gegen den Eigentümer auf Wiedereinräumung des Pfandrechts.

g) **RG.** R. **12** Nr. 997. Ist Gegenstand der Kondiktion eine dem Beklagten übertragene Hypothek, ist diese Hypothek aber inzwischen gelöscht, der Beklagte jedoch in der Lage, die Hypothek von neuem zu bestellen, so kann mit der Kondiktion diese Hypothekenbestellung verlangt werden.

h) **RG. 79** 285, R. **12** Nr. 2532. Werden von einer Behörde Zahlungen für Lieferungen geleistet, die diese nicht empfangen hat, so steht dem daraus nach § 812 BGB. sich ergebenden Herausgabeanspruche der Umstand, daß die Beamten, von denen die unrichtige Aufstellung ausgegangen war, Kenntnis davon hatten, daß die Zahlungen nicht geschuldet wurden, nach § 814 BGB. jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die betreffenden Beamten nicht zur Vertretung der Behörde befugt waren. Der Herausgabeanspruch wird auch nicht durch die Rückzahlung des zu Unrecht Empfangenen an diese Beamten beseitigt.

i) **RG. 78** 10, JW. **12** 139. Nichtigkeit eines Lizenzvertrags. Zahlung der auf Grund eines solchen Vertrags gezahlten Lizenzgebühren ist eine Nichtschuld.

k) **RG. 78** 427. Rückforderung einer Sicherheit, die ein Straßenanlieger für die sog. Anliegerbeiträge auf Grund eines Vertrags mit einer Stadtgemeinde zum Zwecke der Bewilligung einer Ausnahme von einem ortsstatutarischen Bauverbote geleistet hat, wenn das Bauverbot nicht bestand.

l) SeuffBl. **12** 173 (München). Bereicherungsanspruch des Güterzertrümmerers bei Bodenzinsablösung.

§ 813. R. 12 Nr. 406 (Nürnberg). Irrtümlich zu hohe Kaufpreiszahlungen nach rechtzeitiger Erstattung der Mängelanzeige sind wegen Bereicherung rückforderbar, auch wenn der Minderungsanspruch verjährt ist.

§ 814. 1. **RG. 78** 71, JW. **12** 251. Das RG. hat ausgesprochen, daß der Teilerlaß der Forderung durch den Zwangsvergleich eine natürliche Verbindlichkeit zurücklasse und daß, wenn der frühere Gemeinschuldner diese natürliche Verbindlichkeit erfülle, er einer Anstandspflicht genüge, die nach der genannten Vorschrift eine Rückforderung ausschließe (**RG.** JW. **09** 361 Nr. 6). Vorliegend hat der frühere Gemeinschuldner N. allerdings nicht eine Zahlung über die Zwangsvergleichsquote hinaus an den Kläger geleistet. Aber er hat doch einen Betrag, den der Kläger auf seine bestehende und an sich auch fällige Forderung schließlich immer erhalten mußte, durch Zahlung der Zwangsvergleichsquote nur vorzeitig geleistet.

2. DJZ. **12** 1415 (Karlsruhe). Kläger hatte als Anzahlung auf einen privatschriftlich geschlossenen Kaufvertrag über ein Grundstück einen Betrag gezahlt. Der Vertrag sollte bis zu einem bestimmten Zeitpunkte notariell beurkundet werden. Als diese Beurkundung nicht erfolgte, forderte er den Betrag zurück. § 814 steht nicht entgegen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 2231. Der Konditionsausschluß zugunsten dessen, der „suum recepit“, ist auch heute noch nicht bedeutungslos.

§ 816. 1. *Jacoby, JheringsJ. **60** 229 ff. Der Wucherer hat einen Bereicherungsanspruch gegen den Bewucherten aus § 816 BGB. Vgl. zu § 138 Abs. 2.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 947 1, JW. **12** 584. Sowohl der Kläger als der Beklagte hatten Rundmais auf einem Speicher eingelagert. Nach der Behauptung des Klägers hat der Inhaber des Speichers über einen Teil des der Beklagten gehörigen Maises rechtswidrig verfügt und an dessen Stelle, als Beklagte die Rückgabe des Maises an die von ihr bezeichneten Kunden, denen sie Mais zu liefern hatte, verlangte, an diese Personen den für Klägerin gesondert aufbewahrten Mais ausgeliefert. Klägerin verlangt von der Beklagten den Wert dieses Maises in dem Betrage, den sie durch den Verkauf an die von ihr bezeichneten Kunden Verlust haben soll. Die auf § 816 gestützte Bereicherungsklage hatte Erfolg. Das Rechtsverhältnis ist so zu beurteilen, als wenn der Mais an die Beklagte herausgegeben und sodann von dieser an ihre Käufer veräußert worden wäre. Die Beklagte ist es, die durch ihre Verfügung, die Übereignung des Maises an die gutgläubigen Käufer, das Eigentum des Klägers zum Erlöschen gebracht hat und deshalb als Ersatz hierfür das durch die Verfügung Erlangte, den durch die Veräußerung erzielten Kaufpreis, soweit die Bereicherung nicht später weggefallen ist, an Kläger herausgeben muß.

3. MecklZ. **30** 273, SeuffA. **67** 143 (Rostock). Veräußert der Erwerber der rechtswirksam abgetretenen und auf ihn umgeschriebenen Grundschulden diese weiter an einen gemäß § 892 BGB. geschützten Dritten, so ist er nach § 816 zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet.

4. BadRpr. **12** 140 (Karlsruhe). Bereicherungsklage des Zessionars gegenüber dem Gläubiger des Zedenten, der die abgetretene Forderung eingezogen hat.

5. RheinA. **109** I 237 (Cöln). Der Vermieter hat nach Auszahlung des Versteigerungserlöses aus dem seinem gesetzlichen Pfandrecht unterworfenen Sachen an den Pfändungspfandgläubiger gegen diesen einen Anspruch aus rechtloser Bereicherung.

6. **RG.** SeuffA. **67** 84 s. schon JDR. **10** § 816 Ziff. 8 b.

7. R. **12** Nr. 1779 (Hamburg). Wenn auch das jetzige Recht eine Klage aus der Verwendung, wie sie das gemeine Recht in der actio de in rem verso hatte, nicht kennt, so ist doch unter Umständen in solchen Fällen, wie sie der actio de in rem verso zugrunde lagen, eine Bereicherungsklage gegeben. Jemand hatte bei der Klägerin einen Backofen zum Einbauen in „sein" Haus bestellt. Klägerin hatte den Ofen geliefert und in das Haus eingebaut. Nachher stellte sich heraus, daß das Haus nicht dem Besteller gehörte, sondern dessen Ehefrau, und daß diese ihrem Manne nichts für den Ofen vergütet hatte. Hier ist die Ehefrau auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert; Klägerin war nicht verpflichtet, den Backofen der beklagten Ehefrau zu liefern und in deren Haus zu bauen. Sie hat das nur getan in dem durch den Mann hervorgerufenen Irrtum, das Haus gehöre dem Manne. Es steht der Bereicherungsklage auch der Umstand nicht entgegen, daß Klägerin gegen den Mann eine Klage aus dem Vertrage hat, die Bereicherungsklage hat nach dem BGB. keinen subsidiären Charakter.

§ 817. 1. *Matthießen, JW. **11** 923. Verhältnis des § 817 BGB. zu § 138 BGB. § 817 will den Geltungsbereich von § 138 erweitern, nicht einschränken. Aus § 817 kann daher kein Grund gegen die Nichtigkeit von dinglichen Übereignungsgeschäften entnommen werden, wenn diese an sich unsittlich sind und demgemäß unter § 138 BGB. fallen. Die gegenteilige Ansicht des RG. (**RG. 63** 185, **75** 68) wird bekämpft.

2. *Jacoby, JheringsJ. **60** 229 ff. Für den Bereicherungsanspruch des Wucherers kommt § 817 überhaupt nicht in Frage, sondern §§ 951, 812, 816 BGB. Vgl. zu § 138 Abs. 2.

3. **RG.** JW. **12** 862, SchlHolstAnz. **12** 296. Ausgeschlossen von der Rückforderung ist nur der Vermögensvorteil, der bestimmungsgemäß endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen soll.

4. SeuffA. **67** 348 (Jena). Der Verzicht auf ein Recht ist als Leistung im Sinne des § 817 Satz 2 anzusehen. Das Urteil des **RG.** R. **09** Ziff. 1875 (JDR. 8 § 817 Ziff. 2 b — nicht 2 c wie es in dem Urteile versehentlich heißt —) behandelt einen anedren Tatbestand. Der Entscheidung wird nicht zugestimmt, weil nach § 812 Abs. 2 auch Leistungen als abstrakte Rechtsgeschäfte anzusehen sind (vgl. auch **RG.** JW. **02** Beibl. 255) und nicht einzusehen ist, aus welchem Grunde der Begriff der Leistung in den §§ 812 u. 817 ein verschiedener sein solle.

5. **RG.** 78 41, JW. **12** 189. § 817 Satz 2 ist auch dem § 812 gegenüber anwendbar (**RG. 63** 354). — Bereicherung bei einem Bordellkaufe. — Ebenso **RG.** JW. **12** 235.

6. **RG.** 78 282, JW. **12** 235. Bordellkauf. Der Verkäufer kann weder den Kaufpreis verlangen, noch das Bordellgrundstück zurückfordern. Trotz der Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts ist das Eigentum übergegangen. — Der Grad des beiderseitigen Verstoßes gegen die guten Sitten ist nicht abzuwägen. (Das vom RG. bestätigte Urteil des OLG. Stuttgart ist WürttRpflZ. **5** 153 ausführlich abgedruckt).

7. **RG.** R. **12** Nr. 2830. Die Vorschrift findet auf Rechtsgeschäfte keine Anwendung, die wegen Gläubigerbenachteiligung anfechtbar sind, solange sie nicht mit Erfolg angefochten sind.

8. OLG. **24** 142 (KG.). Versprechen besonderer Vorteile für eine Abstimmung in einer Generalversammlung. Verstoß gegen § 817.

§ 818. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2232. Bei der Prüfung der gesamten Vermögenslage sind auch Forderungen zu berücksichtigen, die zufolge des Bereicherungsakts erloschen sind oder an Stelle des hingegebenen Geldes traten; jedoch kommt es dabei auf Schätzung ihres wirklichen Wertes an.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1295. Die Bereicherung ist nicht weggefallen im Sinne des § 818 Abs. 3, wenn der Bereicherte die Summe, um die, oder den Anspruch, um den er bereichert ist, zur Tilgung eigener Schulden verwendet.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung. Im Berichtsjahre sind verschiedene größere Arbeiten zu verzeichnen, die sich mit dem Rechte der unerlaubten Handlungen beschäftigen. Es sei hier an die Schriften von Lent über die Gesetzeskonkurrenz und von Jacobsohn über die Unterlassungsklage erinnert. Im allgemeinen erstreckt sich die wissenschaftliche Behandlung auch im vorliegenden Jahre (1912) wieder auf einzelne Fragen. — Die Rechtsprechung hat auch in diesem Berichtsjahre wieder Gelegenheit gehabt, wichtige Fragen zu erörtern. Fast bei jedem der folgenden Paragraphen sind wichtige Entscheidungen mitgeteilt. Aus dem Automobilhaftrechte sind zu diesem Titel nur einzelne Entscheidungen zu § 823 Abs. 1 Ziff. 10 s und zu § 831 Ziff. 16 a abgedruckt.

Im einzelnen sei folgendes hervorgehoben. Zu Ziff. 4 sind mehrere Erkenntnisse des RG. abgedruckt, die sich mit der Unterlassungsklage beschäftigen. In Ziff. 7 ist außer den erwähnten Werken von Lent auch auf den Aufsatz von Gütschow hinzuweisen. — Zu § 823 Abs. 1 ist in Ziff. 1 auf die interessante Entscheidung des RG. hinzuweisen. Die Entscheidung unter Ziff. 7 i befaßt sich mit dem Unglück des Zeppelinschen Luftschiffs bei Echterdingen und entwickelt die nach geltendem Recht für die Haftung des Luftschiffers in Betracht kommenden Grundsätze. Ebbecke behandelt (Ziff. 9 g) die Verletzung des Forderungsrechts durch Dritte. Unter den einzelnen in Ziff. 10 abgedruckten Fällen nehmen die zahlreichen Entscheidungen über die Haftung

für die ordentliche Instandhaltung der Wege, über die Haftung der Gastwirte, Beleuchtungs- und Streupflicht einen breiten Raum ein. — Zu § 826 ist auf die Rechtsprechung über die formale Rechtskraft der Urteile und über die sittenwidrige Ausbeutung der Rechtskraft hinzuweisen. Immer wieder wird der Versuch gemacht, gegen rechtskräftige Vorteile mit Hilfe des § 826 anzukämpfen. Erwähnt sei die Arbeit von Weill. Die Boykottentscheidungen nehmen einen großen Raum in der Anwendung des § 826 ein. Eine gute Zusammenstellung bietet der Aufsatz von Meyerowitz. Der § 826 und die Sicherungsübereignung ist ein wichtiges Kapitel in der Bekämpfung der häufigen Vermögensverschiebungen. Ebenso ist der sog. 1500 M.-Vertrag Gegenstand mehrfacher Entscheidungen gewesen. Diese Materie kann zu § 826 nur zum Teil behandelt werden, sie gehört systematisch zum Anfechtungsrechte. — § 831 bietet einen Aufsatz von Jovy und, wie stets, eine große Anzahl außerordentlich wichtiger Entscheidungen. — Die Novelle zum § 833 gibt häufig Anlaß zu Streitigkeiten. Das RG. steht auf dem Standpunkte, daß auch das zum Schlachten bestimmte Vieh als „Haustier" i. S. des Satzes 2 anzusehen ist. — Im § 836 ist auf die Abhandlung von Frölich und auf die Entscheidungen des RG. hinzuweisen. — § 839 gibt reichlich Anlaß zu Streitigkeiten. Grundlegend sind die Entscheidungen des RG. (Ziff. 7 und 10aα) über die Bestimmung des „Dritten", dem gegenüber die Amtspflicht besteht. — Im § 847 ist auf den wichtigen Aufsatz von Fromherz zu verweisen. — Auffallend viele Urteile sind zu § 852 mitzuteilen. —

Literatur: Bleckwenn, Zur Beweislast bei Verkehrsunfällen, R. **12** 93 f. — Ebbecke, Verletzung des Forderungsrechts durch Dritte, R. **12** 252. — Otto Chr. Fischer, Die Anwendbarkeit des § 826 BGB. auf die Sicherungsübereignung von Warenlagern und Außenständen nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, BankA. **11** 103. — Frölich, Haftung für Beschädigungen durch Sachen, Gruchots Beitr. **57** 104 f. — Fromherz, Haftet der Arzt auf Schmerzensgeld? Ein Beitrag zur Lehre von der Anspruchskonkurrenz, AcivPr. **108** 435. — Geigel, Die Entlastung des Geschäftsherrn bei der Auswahl des Angestellten, BayRpflZ. **12** 321. — Derselbe, Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten, SeuffBl. **12** 37. — Gütschow, Verhältnis der Deliktshaftung zur Vertragshaftung im Frachtverkehre, HoldheimsMSchr. **12** 164. — Hartmann, Haftung des Gerichtsvollziehers, R. **12** 117. — Heintze, Über Ersatzpflicht der durch Weidevieh angerichteten Schäden, PrVerwBl. **33**. — Jahn, Zur Tierhalternovelle, DRichterZ. **12** 856. — Jovy, Der Begriff der „Bestellung" im § 831 BGB., ABürgR. **37** 78—133. — Kiesel, Haftung der Gemeinden für Verschulden des ärztlichen und Pflegepersonals ihrer Krankenanstalten, PrVerwBl. **34** 181. — Kraft, Die Haftpflicht des Spruchrichters, DRichterZ. **12** 325. — Krieg, Nochmals die Haftung des Staates für seine fahrlässig handelnden Beamten, JW. **12** 1087. — Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Rechte. Leipzig 1912. — Lesser, Die Unterlassungsklage bei unerlaubter Handlung, ABürgR. **38** 102. — Meyerowitz, Streik usw. in der Rechtsprechung des RG., JW. **12** 839. — Oetker, Bürgerlich-rechtliche Haftung wegen Reproduktion eines strafbaren Zeitungsartikels, BayRpflZ. **12** 265. — Reimer, Beamtenhaftung, JW. **12** 981. — Alfons Schmidt, Zur Auslegung der Tierhalternovelle, SeuffBl. **12** 135. — Serini, Prozeß-Aufregung und Rentenhysterie, RuW. **1** 142 — Soehngen, Die Haftpflicht des Richters, DRichterZ. **12** 374, 417. — Strucksberg, Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, LeipzZ. **12** 207. — Weill, Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. — v. Ziegler, Haftung des Bankiers aus Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren, HoldheimsMSchr. **12** 1 ff., 29 ff., 57 ff.

§§ 823 ff. 1. Begriff der unerlaubten Handlung (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 1).

a) **RG. 78** 202 JW. **12** 390. Wenn grundsätzlich der Begriff der unerlaubten Handlung die schuldhafte Widerrechtlichkeit der Handlung voraussetzt, so ist allerdings anzuerkennen und in den von den Gerichten der Vorinstanzen angeführten Urteilen des RG. anerkannt worden, daß in den mit der Überschrift „Unerlaubte Handlungen" versehenen 25. Titel des 7. Abschnitts II. Buches BGB. doch Tatbestände mitaufgenommen sind, bei denen die Ersatzpflicht den Handelnden trifft, auch wenn ihm

ein Verschulden nicht zur Last fällt (vgl. §§ 829, 833, 835). Ob hieraus der Schluß gezogen werden muß, daß überall, wo im 25. Titel von einer „unerlaubten Handlung" die Rede ist, also insbesondere auch im § 852, der Begriff in jenem weiteren Sinne zu verstehen sei, dergestalt, daß ein persönliches Verschulden des Handelnden als Begriffsmerkmal nicht in Betracht zu kommen habe, kann auf sich beruhen. Mag auch nach der persönlichen (subjektiven) Seite dem Begriffe diese weitere Grenze zu ziehen sein, so muß doch nach der gegenständlichen (objektiven) Seite an dem Erfordernisse der Widerrechtlichkeit der Handlung jedenfalls festgehalten werden. Eine an sich rechtswidrige Handlung mag, auch wenn sie nicht auf Verschulden beruht, im Sinne der Vorschriften des 25. Titels zu den unerlaubten Handlungen gezählt werden müssen; daß aber auch ein nicht rechtswidriges, sondern durchaus berechtigtes Tun nur darum, weil es von Schaden für einen anderen begleitet ist, im Sinne jener Vorschriften als unerlaubte Handlung zu gelten habe, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen.

b) *Isaac, Kommentar zum Automobilgesetz 55 ff. schildert die Entwickelung des außerkontraktlichen Schadensersatzrechts: Reines Verursachungsprinzip; Verschuldungsprinzip; Unzulänglichkeit des letzteren; daher entweder Ersatz durch ein anderes Prinzip, namentlich Verursachungsprinzip, Erfolghaftung; oder Ergänzung des Schuldprinzips: a) durch Erweiterung und Überspannung des Schuldbegriffs und des Ursachenbegriffs durch die Praxis, b) durch Schuldvermutungen, c) durch Einführung einer gesetzlichen Haftpflicht für besondere Fälle. 164 f. über den doppelten Gefährlichkeitsbegriff (Gefährlichkeit jedes Betriebs und Gefährlichkeit des fehlerhaften Betriebs).

2. Kausalzusammenhang (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 2, **9** Ziff. 1, **8** Ziff. 2, **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5).

a) **RG.** R. **12** Nr. 999. Ein adäquater Kausalzusammenhang liegt auch dann vor, wenn ein Automobil, nachdem der Insasse bei dem Zusammenstoße mit dem Wagen des Haftpflichtigen zwar unverletzt davongekommen ist, infolge der großen Fahrgeschwindigkeit nicht rechtzeitig gebremst werden kann, um einen weiteren Anprall auf die am Wege stehenden Häuser, gegen die es infolge des Zusammenstoßes losfährt, zu vermeiden.

b) SächsOLG. **33** 271. Zur Annahme eines haftbar machenden Kausalzusammenhanges im Rechtsinn ist erforderlich, daß die Handlung allgemein nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge geeignet ist, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen, dieser Erfolg also von einem verständigen Manne vorausgesehen werden konnte (sog. adäquate Verursachung).

3. Verschulden (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 3, **9** Ziff. 2, **8** Ziff. 3, **7** Ziff. 2, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 6).

a) **RG.** LeipzZ. **12** 150. Daß der Rechtsirrtum, wenn er auch strenger zu beurteilen sein mag, als der tatsächliche Irrtum, nicht unter allen Umständen zum Verschulden anzurechnen ist, und zwar auch dann nicht, wenn die Möglichkeit bestand, Rechtsbelehrung einzuholen, ist in der Rechtsprechung des RG. anerkannt (**RG. 50** 132, **62** 206, JW. **07** 251). Wo die Erkundigungspflicht betont und ihre Vernachlässigung zum Verschulden angerechnet worden ist, ist dies immer mit den Umständen des Falles besonders begründet worden (**RG. 73** 337, ZBlFG. **12** 201).

b) **RG.** R. **12** Nr. 52. Für die Annahme einer fahrlässigen Tötung braucht sich die Schuld des Haftpflichtigen (Vorsatz, Fahrlässigkeit) nur auf die unerlaubte Handlung, hier die Verletzung der Gesundheit, des Körpers zu beziehen, nicht auf den Tod, der nur eine Folge dieser Verletzung bildet.

4. Unterlassungsklage (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 4, **9** Ziff. 3, **8** Ziff. 5, **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 11, **1** Ziff. 10).

a) *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 137, 141 ff. Die Vorschriften über „unerlaubte Handlungen" können nicht zur logischen Begründung einer Unterlassungsklage dienen; diese kann nur aus einem subjektiven Rechte entstehen; der Schadensersatzanspruch ist aber nicht notwendig eine Wirkung nur eines subjektiven Rechtes; vielmehr knüpft er nicht an die Rechtsverletzung als solche, sondern daran an, daß ein vermögensrechtlich schädigender Zustand eingetreten ist. Dieser ist das eigentlich „Unerlaubte". Dieser Zustand bzw. der Nichteintritt desselben unterliegt nicht dem Vorsatze des Handelnden, der sich nur auf die Rechtsverletzung bezieht; der Zustand ist mithin nicht Willensfolge, das Recht aber ist nur Willensherrschaft. Allgemeines vgl. § 241 Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen.

b) Lesser bespricht die verschiedenen Theorien über die Unterlassungsklage des RG. (103 ff.), von Eltzbacher (105 ff.), Enneccerus (109 f.), Oertmann (110). Verf. gelangt zu der Ansicht (115), daß die Androhung der unerlaubten Handlung bereits die Schadensersatzpflicht begründet. Die Beseitigung des Schadens erfolgt dann durch Verurteilung zur Unterlassung. Die Unterlassungsklage ist auch dann gegeben, wenn die unerlaubte Handlung zugleich strafbar ist.

c) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 954, SächsOLG. **33** 447, JW. **12** 587. Die Aufstellung oder Wiederholung einer tatsächlichen Behauptung kann da nicht von dem Zivilgerichte verboten werden, wenn eine höher als bloßes privates Interesse stehende — namentlich öffentlich-rechtliche — Pflicht die Äußerung über die betreffende Tatsache gebietet, wie das z. B. für den Zeugen vor Gericht zutrifft. Aber auch die Anrufung der Gerichte mittels einer Strafanzeige könnte dem, der sich durch eine strafbare Handlung verletzt glaubt, nicht schlechthin durch Verurteilung auf eine Unterlassungsklage verwehrt werden. Und selbst für die Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung im Zivilrechtswege würde nicht unbedingt die Aufstellung bzw. die Wiederholung einer den Gegner im Sinne von § 824 BGB. verletzenden Behauptung, deren Unwahrheit nicht schon positiv festgestellt ist, untersagt werden dürfen.

d) **RG.** JW. **12** 392, LeipzZ. **12** 389. Für die bei unerlaubten Handlungen oder auch nach objektiv widerrechtlichen Eingriffen in den Rechtskreis eines anderen zulässige Unterlassungsklage bildet im allgemeinen (abgesehen also von Spezialvorschriften wie Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, vgl. **RG. 60** 154 Nr. 35 f.) die Gefahr der Fortsetzung oder Wiederholung des Eingriffs die Voraussetzung; und diese Rechtsschutzvoraussetzung hat an sich der Kläger zu beweisen. Allerdings kann nach den Umständen, namentlich der Beschaffenheit des Eingriffs der Fall so liegen, daß daraus sich ohne besonderen (weiteren) Beweis des Klägers eine genügende Wahrscheinlichkeit der Wiederholung ergibt; und dann hätte der Beklagte gegenbeweislich darzutun, daß gleichwohl neue Eingriffe ausgeschlossen sind. Das ist jedoch Sache der Beweisführung und Beweiswürdigung im Einzelfalle.

e) **RG.** R. **12** Nr. 3463. Eine Klage auf Unterlassung wird allerdings allgemein zugelassen, wenn durch einen Eingriff in den allgemeinen Rechtskreis eines anderen, der subjektiv und objektiv den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, ein den Kläger dauernd schädigender Zustand geschaffen ist und dieser Zustand durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störungen beseitigt wird, so daß die Unterlassung die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB. bedeutet. Das RG. hat in wiederholten Entscheidungen eine Unterlassungsklage auch über die vorstehend angegeben Grenzen hinaus zugelassen und angenommen, daß eine Unterlassungsklage schon dann gegeben ist, wenn ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in irgendein gesetzlich geschütztes Rechtsgut zu befürchten ist, gleichviel ob der Eingriff den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt oder nicht (**RG. 60** 6, **61** 366). Dieser auch in neueren Entscheidungen festgehaltene Grundsatz ist jedoch dahin eingeschränkt worden, daß die Unterlassungsklage dann versagt worden

ist, wenn das öffentliche Recht einer zivilrechtlichen Verfolgung entgegensteht. Dies ist insbesondere in den Fällen angenommen worden, in denen die Handlung, deren Unterlassung mit der Klage verlangt wird, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist. Hiernach würde gegen eine Verbreitung ehrenkränkender, unter die §§ 185—187 StGB. fallender Behauptungen ein Schutz im Wege der zivilrechtlichen Unterlassungsklage nicht gegeben sein.

f) BadRpr. 12 173 (Karlsruhe). Die Gefahr der Unterlassung ist beseitigt, wenn nach der Äußerung der Beklagten diese bereit ist, die von der Klägerin gewünschte Erklärung abzugeben und die Kosten zu tragen. Klägerin wollte Versäumnisurteil beantragen. Die schwebenden Vergleichsverhandlungen scheiterten. OLG. legt die Kosten der Klägerin auf, weil die Gefahr der Fortsetzung des gerügten Tuns nicht bestände. Die Klägerin mußte, wenn sie sich nicht außergerichtlich vergleichen wollte, in ihren Anträgen der geänderten Sachlage Rechnung tragen und den Antrag auf Verurteilung zur Unterlassung fallen lassen; sie konnte verlangen, daß die Hauptsache für erledigt erklärt werde und daß Kostenurteil ergehe. Wäre sie in dieser Weise vorgegangen, so würde die Kostenpflicht die Beklagte getroffen haben, falls die Klage zur Zeit der Erhebung sich als begründet erwiesen hätte. Nachdem sie aber unberechtigterweise ihren Antrag zur Hauptsache aufrecht erhalten hat, war die Klage, weil zur Zeit des Urteils nicht mehr begründet, abzuweisen und waren demgemäß auch der Klägerin die Kosten aufzuerlegen. ➸ Diese Entscheidung ist nicht zu billigen. Die Klägerin braucht sich auf einen Vergleich nicht einzulassen, sie braucht sich insbesondere mit außergerichtlichen Erklärungen nicht zu begnügen, sondern kann eine richterliche Entscheidung fordern. Solange daher diese nicht ergangen ist, besteht die Gefahr der Wiederholung. Der Anspruch ist in der Hauptsache aufrecht zu erhalten. Nach der Ansicht des OLG. könnte sonst jeder Unterlassungsklage von dem Beklagten die Spitze dadurch abgebrochen werden, daß der Beklagte irgendwie erklärt, sein Verhalten einzustellen. Daher ist der Ansicht des OLG. Dresden, MschutzuWettbew. **10** 194, JDR. **10** § 3 UnlWG. Ziff. V 5 S. 1091, die den vom OLG. Karlsruhe abweichenden Standpunkt einnimmt, zuzustimmen. Red. ⇐

g) **RG. 77** 217 f. auch JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 4 a.

h) Über den Gerichtsstand bei der Unterlassungsklage vgl. Rosenthal, Mschutz u. Wettbew. **12** 20 u. bei UnlW. § 3.

5. Beweislast (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 5, **9** Ziff. 4, **8** Ziff. 6, **7** Ziff. 7, **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 11, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 12, **1** Ziff. 11).

a) Bleckwenn, R. **12** 93 f. Bestreitet der in Ansehung eines Zustandes Abhilfepflichtige sein Verschulden, weil er die ihm zwecks Schadensabwendung obliegende Betätigungspflicht erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen.

b) **RG.** JW. **12** 348. Zwar hat der Kläger bei Ansprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB. neben dem objektiven Tatbestande der schädigenden Handlung auch das subjektive Verschulden der Beklagten zu beweisen. Insofern ist die Beweislast nicht verkannt. Aber das Berufungsgericht verstößt, indem es diesen Beweis für ein Verschulden der Beklagten schlechthin vermißt, gegen Grundsätze der materiell-rechtlichen Beweisregelung, insbesondere gegen den in der Praxis des Senats stetig anerkannten Rechtssatz, daß der Kläger diesen Beweis zunächst genügend erbringt, wenn der festgestellte Sachverhalt nach dem regelmäßigen Zusammenhange der Dinge die Folgerung rechtfertigt, der Unfall sei durch ein Verschulden der Beklagten verursacht. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, so ist es demgegenüber Sache der Beklagten, die etwaigen besonderen Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen ihre Schuldlosigkeit sich ergibt. Hier hatte die Beklagte den ihr gehörigen Schacht, dessen Deckel zwecks Reinigung abgehoben war, im dunkeln offen liegen lassen. Damit verletzte sie an sich die Sicherheit des Straßenverkehrs und brachte die Fuß-

gänger auf dem Bürgersteig in Gefahr, in den Schacht zu stürzen. Tatsächlich ist auch der Kläger, dem irgendeine positive Unvorsichtigkeit oder gar Trunkenheit nicht nachgewiesen ist, in der Dunkelheit hineingestürzt. Dieser Sturz erscheint aber nach Lage der Sache dadurch verursacht, daß die Beklagte auf dem Bürgersteig ein verkehrsgefährdendes Wegehindernis geschaffen hat, indem sie den Schacht offen ließ. Auch weist dieser unter so gefährlichen Verhältnissen erlittene Unfall des Klägers nach aller Wahrscheinlichkeit zunächst auf ein ursächliches Verschulden der Beklagten hin; denn hätte die Beklagte den offenen Schacht mit der verkehrserforderlichen Sorgfalt ausreichend abgesperrt und beleuchtet, so wäre der Unfall voraussichtlich vermieden worden. Hat der Kläger hiernach den sogenannten Primafacie-Beweis für ein die Klage auf § 823 Abs. 1 BGB. begründendes ursächliches Verschulden der Beklagten erbracht, so war es Sache der Beklagten, diejenigen besonderen Maßnahmen darzulegen, die geeignet waren, die von ihr auf dem Bürgersteige geschaffene Verkehrsgefahr abzuwenden, also namentlich, daß sie den offenen Schacht ausreichend abgesperrt und beleuchtet hatte.

6. Ausschluß der Haftung durch Vertrag (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 6, **9** Ziff. 5).

RG. R. **12** Nr. 2837. Die Haftung aus unerlaubter Handlung wird nicht schon deshalb allein ausgeschlossen, weil es sich um Verletzung einer Vertragspflicht handelt.

7. Konkurrenz mit Vertragsansprüchen.

a) *Lent. Fällt eine Zerstörung der Sache unter §§ 823 ff. und §§ 989 ff., so besteht doch nur ein Tatbestand (267). Keine der beiden Normengruppen ist lex specialis zu ordnen, weil ihre Tatbestände sich nicht notwendig decken. § 989 konsumiert der § 823, weil er den Tatbestand selbständig enthält, wenn er mit ihm zusammentrifft; ebenso §§ 990, 991 Abs. 2 u. 992. Der Anspruch des Eigentümers richtet sich aber lediglich nach §§ 989, 990, 991 Abs. 2, nicht nach § 823. Das Deliktsrecht scheidet völlig aus beim Zusammentreffen mit §§ 989 ff. (268—273). § 993 bestimmt außerdem, daß der unrechtmäßige Besitzer außerhalb der §§ 989—992 nicht für Schadensersatz haftet, auch nicht aus unerlaubter Handlung. Damit ist das Deliktrecht beseitigt, auch wenn §§ 989—992 nicht vorliegen (273—275). — Bei Konkurrenz von Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung scheiden 1. alle Handlungen aus, die an sich Delikte sein würden, wenn nicht das Vertragsverhältnis diese Beurteilung ausschlösse, z. B. Abnutzung durch den Mieter — Deliktsansprüche sind ausgeschlossen, 2. alle Fälle, bei denen eine Verantwortlichkeit ohne Vertrag nicht besteht, vielmehr erst durch ihn geschaffen wird, z. B. Beschädigung infolge mangelnder Obhut des Verwahrers — Deliktsansprüche ausgeschlossen, 3. alle Fälle, in denen der Vertrag nur als Mittel zur Begehung einer unerlaubten Handlung gedacht und benutzt ist — Vertragsansprüche unangemessen, 4. alle Fälle, in denen die Beurteilung ohne Heranziehen des Vertrags nicht möglich ist, bei Abgrenzung von erlaubter und unerlaubter Handlung der Inhalt des Vertrags entscheidet — hier wird man Beurteilung nach Vertragsrecht für allein angemessen halten, soweit der Vertrag eine Handlung erlauben kann — z. B. Werkvertrag über Abbruch eines Hauses maßgebend bei Zerstörung einzelner Teile (z. B. der Ofen, Decken usw.). Soweit der Beurteilung nach Vertrags- und Deliktsrecht möglich ist, besteht Anspruchskonkurrenz, da trotz Einheit der Handlung nicht Einheit des Tatbestandes besteht, insbesondere Spezialität ausgeschlossen ist (275—290). Soweit eine Handlung ein fremdes Geschäft und Gegenstand einer gerechtfertigten Geschäftsführung ist, erzeugt sie keinen Deliktsanspruch, dieser wird ersetzt durch den Anspruch auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten. Diese Rückgabe kann auch nicht nach § 852 Abs. 2 gefordert werden. Die Ansprüche wegen mangelhafter Ausführung des Geschäfts konkurrieren mit den Deliktsansprüchen in allem Umfange wie bei vertraglicher Geschäftsführung. Gesetzeskonkurrenz, insbesondere Spezialität, ist ausgeschlossen.

Bei unechter Geschäftsführung nach § 687 Abs. 2 besteht Anspruchskonkurrenz (293 bis 311). §§ 987 ff. sind gegenüber §§ 677 ff. (bei echter Geschäftsführung) subsidiär (312—314). Die Ansprüche aus gerechtfertigter Geschäftsführung und aus Bereicherung können nicht konkurrieren, da es an der Grundlosigkeit der Bereicherung fehlt. Bei ungerechtfertigter Geschäftsführung schließt § 684 den Bereicherungsanspruch aus (314—316). — Der Anspruch aus § 816 konkurriert mit dem aus unerlaubter Handlung, da zwei selbständige Tatbestände vorliegen. Wenn die Bereicherung herbeigeführt ist durch ein Rechtsgeschäft, das zugleich eine unerlaubte Handlung darstellt (z. B. Betrug), so besteht nur ein Tatbestand, da ohne das Delikt die Bereicherung nicht grundlos sein kann, und nur ein Anspruch, nämlich aus Delikt. § 852 Abs. 2 regelt nicht das Verhältnis vom Bereicherungs- zum Deliktsanspruch, sondern nur diesen; denn auf § 852 Abs. 2 kann sich nur berufen, wer dartun kann, daß der Gegner aus unerlaubter Handlung etwas erlangt hat, wer den Deliktsanspruch hat. § 852 Abs. 2 gibt einen Anspruch auf Bereicherung nicht aus Bereicherung (330—339). Der Bereicherungsanspruch wird durch den Erfüllungsanspruch desselben Inhalts ausgeschlossen, da es dann an Bereicherung und grundlosem Erlangen fehlt. Der Bereicherungsanspruch wird durch den Anspruch aus Rücktritt ausgeschlossen, weil dieser der speziell geordnete ist (wenn der Rücktritt das alte Schuldverhältnis aufhebt). Der Bereicherungsanspruch wird auch durch die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen (324—330). — Eine Handlung, die unter § 823 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 oder unter § 823 Abs. 2 und § 824 oder unter § 823 und § 825 oder unter § 823 und § 826 fällt, bildet nur einen konkreten Tatbestand (219—223). Keine der Bestimmungen der §§ 823—826 bildet zu einer anderen von ihnen eine lex specialis (223—225). Keine konsumiert auch die andere, vielmehr stehen mehrere dieser Bestimmungen, wenn ein Tatbestand unter sie fällt, in Idealkonkurrenz (225—228). Beim Zusammentreffen von § 823 und § 839 ist nur ein Tatbestand gegeben (228/229). § 839 ist nicht lex specialis zu § 823 (weil weder alle Fälle von § 823 unter § 839 fallen, noch umgekehrt), noch konsumiert er § 823. Vielmehr stehen § 823 und § 839 in Idealkonkurrenz (229/230). Ist auf Grund Art. 77 EG. die Haftung des Staates festgelegt und diejenige des Beamten ausgeschlossen, so haftet der Beamte auch dann nicht, wenn seine Handlung auch unter § 823 fällt; denn es ist nur ein Schaden, ein Tatbestand gegeben (230—233). — Die Einschränkungen der Haftung nach § 839 greifen auch durch, wenn zugleich §§ 823—826 gegeben sind; denn es liegt Einheit des Tatbestandes vor.

b) *G ü t s c h o w, Deliktshaftung neben der Haftung aus dem Frachtvertrage, HoldheimsMSchr. **12** 165 ff. Nach **RG.** 25. 11. 11 (HansGZ. **12** 49) stehen die im Frachtvertrage vereinbarten Befreiungsklauseln auch dem Deliktsanspruche des Absenders gegen den Verfrachter wegen Verlust oder Beschädigung des Gutes entgegen. Dies gilt auch hinsichtlich der üblichen Befreiungsklauseln, die der im Auftrage des Absenders abschließende Spediteur dem Frachtführer zugestanden hat, wegen der anzunehmenden stillschweigenden Genehmigung des Absenders. HansOLG. hatte das gleiche für den Deliktsanspruch des Absenders gegen den vom Frachtführer angenommenen Unterfrachtführer angenommen, und hatte ferner angenommen, daß die Verjährung des Frachtanspruchs auch dem Deliktsanspruch entgegenstehe. RG. erklärt beides für rechtsirrtümlich. Es gibt daher der Klage des Frachtführers — der dem Empfänger den vom Unterfrachtführer verschuldeten Schaden ersetzt hat, und dessen Vertragsklage verjährt ist — gegen den Unterfrachtführer statt. Er sei ein Ausgleichsanspruch, der dem Frachtführer aus dem zwischen ihm und dem Unterfrachtführer bestehenden Gesamtschuldverhältnisse nach § 426 Abs. 1 BGB. aus e i g e n e m Rechte — nicht wie OLG. angenommen hat, nach § 426 Abs. 2 aus dem auf ihn übergegangenen Rechte des Absenders — zustehe. Dieser Anspruch verjähre erst in 30 Jahren, und auf ihn würde die zwischen dem Verfrachter und dem

Unterverfrachter vereinbarte Haftungsbeschränkung keine Anwendung finden, wenn nicht die Klage nur auf den aus dieser Beschränkung sich ergebenden Betrag gerichtet wäre. — Verf. vertritt die Ansicht, daß dieses Ergebnis der Verkehrsanschauung und dem Verkehrsbedürfnisse widerstreitet. Der Deliktsanspruch falle nicht nur dort weg, wo ein stillschweigender Verzicht auf ihn anzunehmen sei; er greife nur da Platz, wo es sich um den Schutz der Rechtssphäre außerhalb eines Vertragsverhältnisses handelt. Wo ein Vertragsverhältnis bestehe, erschöpften sich die Rechte der Parteien mit den für dieses gegebenen Ansprüchen. — Hierfür wird hinsichtlich der Verjährung auf **RG.** 12. 1. 12 (HansGZ. **12** 351) verwiesen, in dem die Vereinbarung einer dreimonatigen Verjährungsfrist „für alle Ansprüche aus dem Schleppverhältnisse" auch für den Deliktsanspruch des geschädigten Anhängeschiffs gegen den Schlepper für maßgebend erklärt wird (in Übereinstimmung mit OLG. gegen LG.), unter Berufung auf eine frühere Entscheidung, nach der die kurzen Verjährungsfristen für Ersatzansprüche des Vermieters und Verleihers (§§ 558, 606 BGB.) auch Platz greifen, wenn der Anspruch auf unerlaubte Handlung gestützt wird, und unter der Begründung, daß sonst die Vereinbarung der kurzen Verjährung ihre Bedeutung fast vollständig einbüßen müßte. — Andererseits wird ein HansGZ. **12** 64 ff. mitgeteilter Fall angeführt, in dem ein Schiffer seinen Kahn einer Schiffahrtsgesellschaft im Jahresfrachtvertrage mit der Bedingung überlassen hatte, daß er für Beschädigungen der Güter in demselben Umfange zu haften habe, wie die Gesellschaft nach ihren Verfrachtungsbedingungen den Ladungsbeteiligten. Durch ein Verschulden des Schiffers, für den die Gesellschaft nicht haftete, wurde das Gut beschädigt. LG. wies die Klage des Ladungseigentümers gegen den Schiffer unter Bezugnahme auf das OLGErk. in obiger Sache ab, OLG. gab ihr statt. — (Nachträglich.) — Nach HansGZ. **12** 157 ff. war ein Schlepper wegen verschuldeter Beschädigung des Gutes in seinem Anfange vom Ladungseigner belangt. Er berief sich darauf, daß der Frachtführer, sein Auftraggeber, nach den Verfrachtungsbedingungen dem Ladungseigner nicht hafte. OLG. hat den Einwand am 19. Oktober 1910 zurückgewiesen, ebenso RG. am 17. Januar 1912. In der Deliktsklage des Eigners des beschädigten Kahnes gegen den Schlepper hat zwar RG. in dem oben aus der HansGZ. mitgeteilten Erkenntnis anerkannt, daß die im Schleppvertrage vereinbarte kurze Verjährung auch für den Deliktsanspruch maßgebend sei, aber, was in der HansGZ. nicht mitgeteilt war, die Frage erhoben, ob der Kahneigner sich den von der Schiffahrtsgesellschaft, von der er befrachtet war, mit dem Schlepper vereinbarten Schleppbedingungen unterworfen hat oder sie doch aus anderen Gründen gegen sich gelten lassen muß. Würde diese Frage zu verneinen sein, so würde sich der Schlepper auf die Verjährung nicht berufen können. Zur Klarstellung dieser Frage ist die Sache an OLG. zurückverwiesen (HansGZ. **12** 165). Danach würde der Schlepper Eigner, der auf Grund eines Schleppvertrags einen Kahn annimmt, immer erst ermitteln müssen, ob der Kahn seinem Gegenkontrahenten gehört oder ob dieser befugt war, für den Eigner zu kontrahieren.

c) HansGZ. **12** Hptbl. 165 (Hamburg). Bei Konkurrenz von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und aus Vertrag ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Verjährung des einen Anspruchs nicht auch die des anderen herbeiführt, daß vielmehr jeder Anspruch an und für sich in bezug auf die Verjährung seinen besonderen Regeln folgt (**RG. 66** 87, **77** 317). Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Bestimmung einer Verjährungsfrist von kurzer Dauer, die zunächst für die Vertragsklage gegeben ist, dahin ausgelegt wird, daß sie zugleich auf konkurrierende Ansprüche aus dem Eigentum oder aus unrechter Tat erstrebt wird. Vgl. **RG. 66** 363.

8. Schadensersatz (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 8, **9** Ziff. 6).

a) RG. JW. **12** 863, LeipzZ. **12** 660. In einem Vertrage binden die vertragschließenden Parteien ihren Willen, sie überkommen besondere selbstgeschaffene

Rechte und übernehmen besondere selbstgewollte Pflichten. Wer den Vertrag verletzt, verletzt diese besonderen Rechte des Vertragsgegners, die er ihm selbst übertragen hat; wer wegen Vertragsverletzung Schadensersatz zu leisten hat, hat deshalb dem Beschädigten den Ausgleich des Wertes des verletzten besonderen Vertragsrechts zu gewähren. Wer eine unerlaubte Handlung begeht, handelt dagegen den allgemeinen Pflichten zuwider, die das Gesetz für das Verhalten der Rechtsgenossen zueinander aufstellt; er verletzt die allgemeinen Rechtsgüter und Rechtsinteressen des Mitmenschen, die vom Rechte geschützt werden. Der Schadensersatz geht dementsprechend auf Ausgleichung des allgemeinen Rechtsstandes, bei Vermögensschaden auf Herstellung des allgemeinen Vermögensstandes der verletzten Person, den sie in der Verletzung hatte. Das bleibt auch dann richtig, wenn die allgemeinen Pflichten gegen einen anderen dadurch verletzt werden, daß er durch ein vom Gesetze mißbilligtes Verhalten zu einem Vertrage bewogen wurde, den er ohne dieses unerlaubte Verhalten des Vertragsgegners nicht geschlossen haben würde. Der Vertrag mit seinen Rechten und Pflichten ist hier die im Wege des Schadensersatzes wieder zu beseitigende Folge der unerlaubten Handlung; er kann deshalb nicht die Grundlage für den Schadensersatz aus der letzteren bilden, dieser kann nur in der Herstellung des früheren Vermögenszustandes des Beschädigten im ganzen, unter Ausgleichung aller beiderseitigen Vorteile und Nachteile, die infolge der Vertragsausführung die Vermögen der Vertragsbeteiligten erfahren haben, bestehen (so auch die früheren Entsch. **RG. 54** 137, **56** 47, **61** 280; neuerdings JW. **09** 309 Nr. 2; WarnE. **09** Nr. 179; JW. **10** 934 Nr. 4, **12** 137 Nr. 10; WarnE. **10** Nr. 313). Der Schaden kann auch im allgemeinen nicht in der Weise ermittelt werden, daß an die Stelle des geschlossenen Vertrags ein anderer nicht geschlossener gedacht wird, den der durch arglistige Täuschung Geschädigte bei Kenntnis des wahren Sachverhalts seinerseits geschlossen haben würde. Der getäuschte Vertragsteil kann aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung grundsätzlich nur den Betrag verlangen, um den sein Gesamtvermögen vermindert worden ist. Diesen ergibt der Unterschied des objektiven Wertes des etwa überkommenen Vermögensgegenstandes und der von ihm gegebenen Gegenleistungen. Daneben ist eine besondere relative Berechnungsweise des Schadens auf der Grundlage einer billigeren Vertragsleistung des Getäuschten an Stelle der allgemeinen Gegenüberstellung des Vermögens vor und nach der unerlaubten Handlung zulässig und möglich, aber nur dann, wenn der Getäuschte nachweist, daß der Vertrag auch mit dieser geringeren Vertragsleistung seinerseits zustande gekommen wäre, der andere Vertragsteil also auf dieser Grundlage zur Hingabe seines Vermögensgegenstandes unter Entgegennahme der Gegenleistung bereit gewesen wäre.

b) Serini wendet sich gegen **RG. 75** 19, JW. **08** 405 u. 526. Es bleibt nichts übrig als zu dem Standpunkte des **RG.** JW. **06** 231 zurückzukehren; danach hat der Kläger (ebenso wie der Beklagte) den ihm durch die Prozeßaufregungen entstandenen Schaden selbst zu tragen.

c) RG. ZBlFG. **13** 400, R. **12** Nr. 2839. Der Schadensersatzpflichtige braucht für die Kosten eines Vorprozesses, den der Beschädigte ohne Erfolg gegen einen anderen geführt hat, nicht aufzukommen.

d) SächsOLG. **33** 548. Haftung des Schädigers nicht nur für die durch die physischen Wirkungen der Verletzung entstandenen Schäden, sondern auch für den Schaden, der auf den nach der Verletzung aufgetretenen psychischen Wirkungen beruht. Letzteres nur insoweit, als der Schaden lediglich eine Folge von Schreck und Aufregungen ist, die nicht durch die als maßlose Übertreibung zu bezeichnenden Affekte hervorgerufen worden sind. Soweit die Ursache der Veränderung des Zustandes in solchen maßlosen Affekten liegt, hat sich der Kläger den hieraus entstandenen Schaden selbst zugezogen; der Schaden beruht insoweit auf selbstgeschaffenen Ursachen (**RG. 75** 19).

e) RG. SeuffA. **67** 99 s. schon JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 8 c.

9. Erhard, Haftung des bayer. Staates für den durch Personen des Soldatenstandes verursachten Schaden, BayRpflZ. **12** 81 u. 101. Über Haftung nach § 831 (das. 83), nach § 833 (83).

10. SchlHolstAnz. **12** 39 (Kiel). Keine Haftung des Staates für den Schaden, der durch den Zusammenstoß eines in Ausübung des Hoheitsrechts befindlichen Zollkutters mit einem anderen Schiffe entstanden ist (vor dem G. vom 1. August 1909 geltendes Recht).

11. Gerichtsstand. a) RG. JW. **12** 643. Die bloße Behauptung einer unerlaubten Handlung begründet nicht den Gerichtsstand des § 32 ZPO. Vielmehr kommt es in entscheidender Weise darauf an, ob unter der Voraussetzung der Richtigkeit dieses Vorbringens bei richtiger Gesetzesanwendung dem Beklagten in Wirklichkeit eine unerlaubte Handlung zur Last fällt.

b) Gerichtsstand bei der Unterlassungsklage s. o. Ziff. 4 h und zu § 3 UnlWG.

§ 823. Abs. 1. 1. Schadensersatzberechtigter. RG. **79** 55 1, JW. **12** 637, DJZ. **12** 809. Nach § 823 Abs. 1 BGB. ist ersatzberechtigt derjenige, dessen Recht oder Rechtsgut verletzt ist, nach Abs. 2 das. derjenige, dessen Schutz das verletzte Schutzgesetz bezweckt: denjenigen, die durch die unerlaubte Handlung Vermögensschaden erleiden, ohne Träger des verletzten Rechtes nach Abs. 1 zu sein oder ohne unter dem Schutze des Schutzgesetzes nach Abs. 2 zu stehen, kommt ein Ersatzanspruch nicht zu. In diesem Sinne ist es anerkannten Rechtens, daß schadensersatzberechtigt nach § 823 BGB. nur der unmittelbar Geschädigte ist (Prot. II, 571); nur im Umfange der §§ 844, 845 BGB. ist ein Schadensersatzanspruch auch solchen Personen eingeräumt, die durch die unerlaubte Handlung bloß mittelbar geschädigt sind (RG. **55** 24 ff., bes. 30). Die Vorschrift des § 826 BGB. indessen ist viel allgemeiner gefaßt als § 823; hier werden nicht bestimmte Personen bezeichnet, denen Rechtsansprüche wegen sittenwidrigen Handelns gewährt werden. Schlechthin jeder, der durch solches Schaden leidet, kann ihn ersetzt verlangen, sofern er ihm nur vorsätzlich zugefügt worden ist. Es wäre auch gar kein innerer Grund dafür erkennbar, warum ein Verhalten, sofern es überhaupt gegen die guten Sitten verstößt, nur gewissen Personen gegenüber eine Schadensersatzpflicht begründen sollte, anderen gegenüber dagegen nicht (v. Liszt, Deliktsobligation 99). Wenn daher in Staudingers Kommentar zum BGB., § 826 Bem. 4 gelehrt wird: „Ersatzberechtigt ist lediglich derjenige, gegen den die illoyale Handlung sich richtet und der durch sie unmittelbar geschädigt ist", so ist dies mindestens irreführend. Es trifft das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Schadenszufügung in einem anderen Sinne auch für § 826 BGB. zu, und zwar bezüglich auf die subjektive Seite des Tatbestandes: vorsätzlich schädigen kann der sittenwidrig Handelnde nur dann, wenn er sich dessen bewußt ist, daß der andere den Schaden leiden werde, wobei es genügt, wenn der Handelnde den schädlichen Erfolg als möglich vorausgesehen hat, aber um den zunächst verfolgten Zweck zu erreichen, die Handlung mit allen als möglich vorausgesehenen Folgen auf sich nehmen wollte. Auch bezüglich des — ferner stehenden — „mittelbar" Geschädigten muß daher dem Schädiger das Bewußtsein und der Wille der Schädigung nachgewiesen werden, muß sich die illoyale Handlung gegen jenen gerichtet haben. In diesem Sinne wird der Schädiger allerdings nicht haften, soweit vom Schaden jemand nur mittelbar betroffen worden ist, d. h. bezüglich dessen sich jener diesen Erfolg seines Handelns nicht mehr vorgestellt hat. Diese Rechtsansicht ist auch in der Rechtsprechung des Senats schon mehrfach zum Ausdrucke gekommen, so JW. **03** Beibl. 142 Nr. 313 und in den insoweit nicht veröffentlichten Entsch. VI. 164/05 und 211/09; aus der Literatur seien als zustimmend angeführt Planck § 826 BGB. Bem. 4, Dernburg II, 2 § 393 II 4 und Goldmann-Lilienthal 889.

2. RG. JW. 12 190, EisenbE. 28 419. Eine fahrlässige Verabsäumung der väterlichen Fürsorge- und Aufsichtspflicht (vgl. JDR. 9 § 823 Ziff. 6 e) begründet, wenn sie gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, eine Haftung auch nach Maßgabe der für eine solche bestehenden Gesetzesvorschriften, insbesondere §§ 823 ff. BGB. (vgl. RG. 75 251 ff.). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorschriften in §§ 1627, 1631 als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. zugunsten des Kindes angesehen werden könnten. Im vorliegenden Falle ist eine Haftung des Beklagten seinem Sohne gegenüber jedenfalls aus § 823 Abs. 1 BGB. begründet. Er hat durch Vernachlässigung der Aufsichtspflicht, also fahrlässig, den Körper seines Kindes widerrechtlich verletzt. Und zwar hat der Beklagte diese Schadensfolge (im Zusammenwirken mit dem Eisenbahnbetriebe der Klägerin) herbeigeführt nicht lediglich durch Verabsäumung seiner familienrechtlichen Pflicht, sondern auch durch Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht, die unter den gegebenen Umständen auch einem anderen dem Kinde gegenüber obgelegen hätte. Wenn ein Erwachsener ein Kind von fünf Jahren, das mit den Verhältnissen und Gefahren des großstädtischen Verkehrs unbekannt ist, in einen Laden mitgenommen hat und dann das Kind wieder allein auf die von Fuhrwerken und Eisenbahnen belebte Straße fortlaufen läßt, ohne sich nach ihm umzusehen oder entsprechende Maßregeln zum Schutze des Kindes getroffen zu haben, so würde man mit Fug diesen Mann, wöre er auch nicht der Vater oder sonst ein nach dem Gesetze Aufsichtspflichtiger, für einen Unfall des Kindes verantwortlich machen. Aus dem tatsächlich von ihm geschaffenen Verhältnisse, aus der Situation, in die er das Kind gebracht hat, ergibt sich für ihn die Rechtspflicht, das Kind vor der ihm hierbei drohenden Gefährdung zu bewahren.

3. Geigel. Bei Schadensersatzansprüchen aus Gefälligkeit ist zuerst zu prüfen, ob die Gefälligkeit ein Vertragsverhältnis ist, ob sie den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt und ob beides zugleich der Fall ist. Zitate aus Literatur und Rechtsprechung 38 ff. — Aus Gefälligkeiten können regelmäßig Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung und zugleich aus Vertrag geltend gemacht werden. Es gelten für Schadensersatzansprüche aus Verträgen folgende Grundsätze: a) Für Vorsatz wird immer gehaftet (§ 276 Abs. 2). b) Die Haftung für grobe Fahrlässigkeiten kann durch Vertrag ausdrücklich ausgeschlossen werden. Stillschweigender Ausschluß wird in der Regel nicht anzunehmen sein. Unter Umständen kann konkurrierendes Verschulden eingewendet werden. c) Die Haftung für leichte Fahrlässigkeit sowohl aus dem Vertrag als aus der unerlaubten Handlung fällt nach Analogie der §§ 521, 599, 690 weg. d) Die Haftung ohne Verschulden, also insbesondere die Haftung für die Beschädigung durch ein Tier und durch ein Kraftfahrzeug gilt regelmäßig als ausgeschlossen.

4. RG. JW. 12 1105. Über die Befugnis, durch Detektivs Erkundigungen über den Ehegatten einziehen zu lassen. Allerdings ist die Erwägung, eine Ehefrau, die im Ehescheidungsprozesse stehe, und Grund zum Mißtrauen zu haben glaube, handle nicht rechtswidrig, wenn sie darüber, ob der Ehemann Ehebruch getrieben habe, Erkundigungen durch Detektivs oder andere Personen einziehe, in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Das bloße Vorhandensein eines solchen Argwohns — für sich allein — konnte die Angehung von Detektivs, wie geschehen, nicht rechtfertigen: vielmehr ist weiter zu verlangen, daß ein solcher Argwohn eine tatsächliche Unterlage — in der Ehefrau bekannten Umständen oder in der Persönlichkeit des Ehemanns oder wenigstens in dessen Verhalten ihr gegenüber — habe und nicht einfach aus der Luft gegriffen werde. In diesem Umfange bedarf eine Maßnahme der besprochenen Art im Streitfalle der Rechtfertigung durch Darlegung der Tatsachen, aus denen der Argwohn der Ehefrau erwachsen ist. Das Verfolgen eines Argwohns ohne solche Unterlage, z. B. gegen einen Mann von bis dahin untadelhafter Lebens-

führung, kann diesem gegenüber ein deliktisches Unrecht sowohl im Sinne der vom Berufungsgerichte bereits angeführten §§ 823 Abs. 2 BGB. verb. mit §§ 185, 186 193 StGB. und des § 824 BGB., als auch des von der Revision geltend gemachten § 826 BGB. darstellen. Wie schon mehrfach in der Rechtsprechung des Senats zum Ausdrucke gekommen ist (WarnE. **08** Nr. 214 und 518; Komm. v. RGR. § 824 Erl. 8), handelt arglistig, wer sich so äußert, als ob er gewisse Umstände bestimmt wüßte, während das nicht der Fall und er sich der Unsicherheit seines Wissens bewußt gewesen ist. Auch eine solche Mitteilung ist als eine wissentlich unwahre im Sinne des § 824 Abs. 2 zu beurteilen.

5. Oetker. Wie die Träger der preßrechtlichen Verantwortlichkeit für Produktion, Reproduktion strafrechtlich selbständig zu haften haben, so ist auch die Schadensersatzpflicht des Reproduzenten unter dem Gesichtspunkt einer ihm zur Last fallenden neuen unerlaubten Handlung, nicht der Teilnahme an der unerlaubten Handlung des Vorproduzenten zu beurteilen. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die §§ 830 Satz 1, 840, indem danach die Verpflichtung als Gesamtschuldner nur eintritt, wenn mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht haben. Die Mehrheit selbständiger Delikte des Produzenten, Reproduzenten eines strafbaren Zeitungsartikels wird so wenig durch die Vorschrift des zweiten Satzes des § 830 wie durch dessen ersten Satz erfaßt. — Die Reproduktion eines strafbaren Artikels ergibt eine Schadensersatzpflicht aus § 824 Abs. 1 dann nicht, wenn ein berechtigtes Interesse gemäß § 824 Abs. 2 vorliegt.

6. SeuffA. **67** 61 (Dresden) s. schon JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 1.

7. Körperverletzung (JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 2; **9** Ziff. 2; **8** Ziff. 4; **7** Ziff. 2; **6** Ziff. 6; **5** Ziff. 2; **4** Ziff. 4; **2** Ziff. 3; **1** Ziff. 5).

a) RG. JW. **12** 908. Wer auf einer Verkehrsstraße im Dunkeln, ohne acht auf Menschen zu haben, derart dahinläuft, daß er einen langsam entgegenkommenden Fußgänger wuchtig anrennen kann, verletzt die verkehrserforderliche Sorgfalt. Dieser Grundsatz muß auch für Dorfstraßen mit nur geringem Abendverkehre gelten; denn auch ein schwacher Verkehr bringt es selbstverständlich mit sich, daß Leute auf der Straße sein können.

b) RG. LeipzZ. **12** 659, R. **12** Nr. 2535. Gegenüber der Haftung aus § 823 wegen schuldhafter Verursachung einer Körperverletzung versagt die Berufung auf die Bestimmung eines Katalogs, wonach bei Nichtbeachtung von Gebrauchsanweisungen jede Gewähr abgelehnt wird.

c) RG. R. **12** Nr. 3465. Ein Pferdebesitzer, der weiß, daß sein Pferd mit einer gefährlichen ansteckenden Krankheit — Druse — behaftet ist, muß, wenn er das Pferd nicht aus dem Verkehre zieht, in dem sich Gelegenheit zur Ansteckung anderer Pferde bietet, die weitestgehenden Maßregeln zur Verhütung der Übertragung der Krankheit treffen. Die allgemeine Anweisung an seinen Kutscher, eine Berührung mit anderen Pferden zu vermeiden, ist unzureichend.

d) RG. R. **12** Nr. 3190. Auch ein aus Neckerei gegebener Schlag kann eine Schadensersatzpflicht begründen.

e) SchlHolstAnz. **12** 25 (Kiel). Über die beim Eisboßelspiele von den Beteiligten zu beobachtende Sorgfalt.

f) Ärzte (JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 2 a).

α. **RG.** SeuffA. **67** 101 s. schon JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 2 a α.

β. **RG.** R. **12** Nr. 577. Auch wenn ein Arzt bei einem Unglücksfall ohne Vertrag und unentgeltlich die Behandlung des Verletzten übernimmt, haftet er für den Schaden, der durch eine den Regeln der ärztlichen Kunst nicht entsprechende Behandlung entsteht.

γ. *Reichel, Operation ohne Einwilligung des Patienten, Ärztliche SachverständigenZ. 12 245 (Mitteilung über neuere Rechtssprüche in Zivil- und Strafsachen).

δ. **RG.** R. 12 Nr. 2832. Der Beweis der Einwilligung des geschäftsfähigen Kranken zu einer Operation (Prostataentfernung) obliegt dem Arzte auch dann, wenn an sich genügender Anlaß zu dem Eingriffe bestand.

ε. **RG.** SeuffA. **67** 395. Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angeratenen Operation entstehen können, kann nicht anerkannt werden. — Über die Beweislast bei schädlichen Folgen einer Operation. Der Arzt genügt dem Nachweise seiner Sorgfaltspflicht, wenn er dartut, daß ein eingetretener ungünstiger Erfolg auch ohne sein Verschulden eingetreten sein könne.

ζ. WürttJ. **24** 24 (Stuttgart). Für Kunstfehler der in einem staatlichen Krankenhause funktionierenden Ärzte haftet nicht der Staat, sondern haften die Ärzte. Der Staat haftet nicht nach §§ 89, 31 BGB., wenn der Oberarzt einer Klinik die ärztliche Behandlung ausführt. Der Oberarzt ist nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter des Staates.

η. **RG.** R. **12** Nr. 740, BayRpflZ. **12** 157. Ein gemeinnütziger Verein mit einem Vorstand aus Laien genügt seiner Pflicht, wenn er für die von ihm betriebene Heil- und Pflegeanstalt einen tüchtigen Spezialarzt aufstellt; Kontrolle der ärztlichen Maßnahmen kann solchenfalls nicht gefordert werden.

g) Lehrer (JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 2 c).

α. **RG.** PrVolksschulA. **11** 174 (s. u. § 839 Ziff. 5). Rechtmäßig ist eine Züchtigung, welche im Hinblick auf die Zwecke des Unterrichts und der Erziehung erfolgt, welche von dem Lehrer nach pflichtgemäßem Ermessen zu diesem Zwecke verhängt wird, nicht eine aus Erregung, Ärger oder sonstigen Beweggründen unter dem Vorwand einer Züchtigung erfolgende Mißhandlung (**RG.** (Strafs.) **42** 350).

β. **RG.** JW. **12** 36, PrVolksschulA. **11** 20. Aufsichtspflicht des Lehrers während der Turnstunde auf dem Eise für einen Unfall, den ein Schüler erleidet. Vorliegend Haftung verneint.

γ. PrVolksschulA. **11** 261, OVG. **60** 481, 485 (PrOVG.). Über das Züchtigungsrecht des Lehrers. Es steht sämtlichen Lehrern der Schule gegenüber sämtlichen Schülern der Anstalt zu.

δ. BadRpr. **12** 207 (Karlsruhe). Der Lehrer an einer badischen Realmittelschule hat kein Züchtigungsrecht. Trotzdem handelt er bei der Züchtigung eines Schülers im Unterricht in Ausübung der ihm übertragenen öffentlichen Gewalt. Die Entschädigungsklage wegen Verletzung eines Schülers ist daher nach Art. 5 Bad.AGBGB. gegen den Staat zu richten.

ε. BraunschwZ. **12** 56 (Braunschweig). Haftung des Gemeindeschullehrers für einen Schaden, der den Schülern durch Explosionen beim Experimentieren im Chemieunterricht entsteht.

ζ. ElsLothJZ. **12** 321 (Colmar). Schadenshaftung einer Gemeinde für eine durch die Lehrerin einer Kleinkinderschule einem Schulkinde vor Beginn der Schulstunden fahrlässig zugefügte Körperverletzung. Die Überwachungspflicht der Lehrerin beginnt schon etwa eine Viertelstunde vor Beginn der eigentlichen Schulzeit, sobald die Lehrerin zur Sammlung der Zöglinge schreitet (ElsLothr. R.).

h) RG. BayRpflZ. **12** 416. Haftung eines Kurpfuschers für sachgemäße Behandlung. Behandlung einer Verrenkung als Knochenbruch.

i) **RG. 78** 171, SeuffA. **67** 321, FischersZ. **41** 248, JW. **12** 389, DJZ. **12** 514. Beschädigung durch Luftschiffe (Bestätigung des Urt. OLG. Stuttgart, JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 2 a). Unfall des Zeppelin-Luftschiffs bei Echterdingen, bei dem der Kläger verletzt wurde. Die besonderen Vorschriften des BGB. über Schadensersatz ohne Verschulden, insbes. des § 833 über die Haftung des Tierhalters

und ebenso die Grundsätze des HaftpflG. oder des AutomobilhaftpflG. über die Gefährdungshaftung sind wegen ihres Ausnahmecharakters auf die eigenartigen Verhältnisse der Luftschiffahrt auch nicht entsprechend anwendbar. Was sodann die Schadenshaftung wegen unerlaubter Handlung betrifft, so muß die Auffassung ausscheiden, daß schon der bloße Betrieb eines gefährlichen Unternehmens ein Verschulden darstellen könnte. Ein Verschulden liegt nicht vor.

8. Eigentum (JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 3; **9** Ziff. 5; **8** Ziff. 5; **7** Ziff. 3; **6** Ziff. 2; **5** Ziff. 4; **4** Ziff. 6; **3** Ziff. 5; **2** Ziff. 4; **1** Ziff. 7).

a) MecklZ. **30** 172 (Rostock). Eine unerlaubte Handlung liegt nicht nur in der unberechtigten Entziehung einer Sache, sondern auch in der unbefugten Benutzung derselben; diese stellt sich jedenfalls dann als eine Verletzung des Eigentums im Sinne des § 823 dar, wenn sie mit einer körperlichen Einwirkung auf die Sache verbunden ist. Widerrechtlich ist die Benutzung durch einen Nichtberechtigten aber, wenn der Berechtigte nicht eingewilligt hat, und es liegt auch dann ein Verschulden des Benutzenden vor, wenn er nicht etwa aus entschuldbarem Irrtum an das Vorhandensein einer solchen Einwilligung geglaubt hat. — Unbefugte Benutzung eines Automobils. Schadensersatzpflicht wegen Beschädigungen, die das Auto auf der Fahrt erlitten hat.

b) BadRpr. **12** 179 (Karlsruhe). Klage auf Unterlassung des Bordellbetriebs in einem Hause. — Klagabweisung.

c) HansGZ. **12** Hptbl. 37 (Hamburg). Lagerung feuer- und explosivgefährlicher Zelluloidwaren in einem Lagerhause. Frage der fahrlässigen Eigentumsverletzung verneint. — Urt. des OLG. ist aufgehoben durch **RG.** HansGZ. **12** Hptbl. 292.

d) MecklZ. **31** 12 (Rostock). Schadensersatz gegen den einen Neubau aufführenden Architekten, weil er auf dem Nachbargrundstück eigenmächtig den über die Grenze ragenden Fundamentfelsen beseitigt hat.

9. Sonstiges Recht (JDR. **10** Ziff. 5; **8** Ziff. 7; **7** Ziff. 6; **6** Ziff. 4; **5** Ziff. 6; **4** Ziff. 8; **3** Ziff. 7; **2** Ziff. 6; **1** Ziff. 8).

a) SächsRpflA. **12** 344 (Dresden). Unter den sonstigen Rechten sind nur solche Rechte zu verstehen, die mit dem Eigentume den rechtlichen Charakter und mit den übrigen im Abs. 1 genannten Lebensgütern das gemeinsam haben, daß sie von jedermann beachtet werden müssen, mithin die von der Rechtsordnung besonders ausgestatteten und umschriebenen ausschließlichen Rechte. — Das Vermögen gehört nicht zu den sonstigen Rechten (vgl. u. zu § 832 Ziff. 5).

b) Eingerichteter Gewerbebetrieb.

α. **RG.** R. **12** Nr. 3191. Allerdings können Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richten, als eine unter § 823 Abs. 1 BGB. fallende Rechtsverletzung angesehen werden. Im vorliegenden Falle haben sich die Beklagten dagegen darauf beschränkt, durch Bekanntmachungen in Zeitungen und Flugblättern die Arbeiterkundschaft von den Geschäften der Kläger fernzuhalten. Einen großen Teil der Kundschaft haben die Kläger noch behalten, wenn sie auch geltend machen, daß ihre Geschäfte schließlich nicht mehr rentabel geblieben seien. Da die Kläger überdies auf die Kundschaft der ferngebliebenen Arbeiter kein Recht hatten, kann es immerhin fraglich erscheinen, ob jene Einwirkung der Beklagten schon einen an sich rechtswidrigen Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut der Kläger enthielt.

β. **RG. 79** 224, JW. **12** 687, R. **12** Nr. 1468. Ein unter § 823 Abs. 1 fallender Eingriff in einen fremden Gewerbebetrieb liegt nur dann vor, wenn sich die Handlung unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtet, dieser tatsächlich gehindert oder seine rechtliche Zulässigkeit verneint und seine Schließung oder Einschränkung verlangt wird, nicht aber schon dann, wenn die Handlung bloß auf den Ertrag des Geschäfts nachteilig einwirkt. S. u. § 826 Ziff. 5b.

γ. **RG.** PrVerwBl. **34** 81. Von einem Eingriff in ein wohlerworbenes Recht, von der Nötigung zur Aufopferung von Privatrechten kann nicht die Rede sein, wenn einem Gewerbebetriebe gegenüber die Polizeibehörde lediglich gesetzliche Beschränkungen des Eigentums geltend macht oder Leistungen und Rücksichten verlangt, die einem jeden für die Gesamtheit obliegen, oder wenn die Verfügung nur die Abwendung eines Schadens bezweckt, für den der Betroffene nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen ersatzpflichtig sein würde (GruchotsBeitr. **45** 382). Kein Schadensersatz bei der durch polizeiliche Anordnung erfolgten Einstellung eines Fabrikbetriebs, besonders wenn die Bedingungen, unter denen die Genehmigung erteilt wurde, nicht eingehalten sind.

δ. **RG.** R. **12** Nr. 576. Eine nachteilige Einwirkung auf den Ertrag eines Gewerbebetriebs, eine Beeinträchtigung des Umfanges der Kundschaft erfüllt noch nicht die Merkmale des rechtswidrigen Eingriffs in den Gewerbebetrieb selbst.

ε. *Jacobsohn 161 ff.: Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb; R. am Unternehmen. Ersteres ist Recht an einem Betätigungsmittel (vgl. § 12 BGB.), letzteres ist in dieser Art nicht anzuerkennen (bedenklich sind Gestaltung dieses Rechtes und Inhalt und Begrenzung desselben; in ersterer Hinsicht ist Idee der Bedürfnisbefriedigung nicht causa ihres tatsächlichen Erfolgs, in letzterer Beziehung sind die — als Grenzen herangezogenen — Normen der Sitte und des Anstandes nicht gleich dem Begriffe „rechtswidrig", vgl. § 826 BGB.).

c) Ehre.

*Jacobsohn. Ehre ist als subjektives Recht anzuerkennen (zweierlei arg. aus §§ 824, 825 BGB.); von Bedeutung sowohl als Recht für sich wie als Vorstufe und Nachwirkung der Urheberrechte (z. B. Künstlerehre); s. auch UnlWG. § 13. Allgemeines zu 1 aE., bes. auch § 12 BGB., Anhang Ib.

d) **RG.** R. **12** Nr. 578. Die Ausübung des ärztlichen Berufs ist nicht als ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 anzusehen.

e) Recht an der Arbeitskraft und gewerbliches Betätigungsrecht.

*Jacobsohn (s. o. c). Beide Rechte sind nicht anzuerkennen, besonders die Anerkennung des letzteren würde dem UnlWG. und der rechtlichen Behandlung des Boykotts widersprechen (165, 152 ff.). Allgemeines § 12 BGB.

f) Allgemeines Persönlichkeitsrecht.

*Jacobsohn. Ein solches besteht des Inhalts, daß das Rechtssubjekt Rechte haben darf, d. h. Rechtsschutz genießt (142); hat für die Unterlassungsklage keine Bedeutung (s. o. bei c).

g) Verletzung von Vertragsrechten.

α. Ebbecke. Die Bestimmungen des Anfechtungsrechts dienen dazu, den Gläubiger gegen eine Beeinträchtigung seines Forderungsrechts durch dritte Personen zu schützen. Die Vorschrift des § 823 würde deshalb, ein schuldhaftes Handeln des Dritten vorausgesetzt, hier anwendbar sein, wenn für das Anfechtungsrecht nicht besondere Vorschriften gegeben wären. Der durch die Bestimmungen des Anfechtungsrechts gewährte Schutz wird ergänzt durch die Vorschriften der §§ 125, 134 GewO. Eine Verletzung des Gläubigerrechts kann auch dadurch statthaben, daß im Konkurse sich Personen als Gläubiger melden, die in Wirklichkeit keine Forderung oder nur eine geringere Forderung haben und deshalb bei Berücksichtigung der von ihnen angemeldeten Forderung zu Unrecht den zur Verteilung kommenden Betrag schmälern würden. Der Gläubiger hat hier das Recht des Widerspruchs (§§ 144, 152, 168 Nr. 1, 169 KO.). Außerhalb des Konkursverfahrens kann eine derartige Kollision der Forderungen nicht vorkommen. Eine Kollision ist jedoch insofern möglich, als ein Dritter das dem Gläubiger zustehende Forderungsrecht für sich in Anspruch nimmt (vgl. weiteres 256 f.). Aus § 771 ZPO. ist ein Beweis für das Be-

stehen eines Anspruchs des Gläubigers wegen Verletzung seines Forderungsrechts zu entnehmen (258 f.). Verwandt ist die Aussonderungsklage des Konkursrechts (259).

β. **RG.** JW. **12** 129. Die Verletzung obligatorischer Rechte durch einen Dritten begründet nach der ständigen Rechtsprechung des RG. eine Entschädigungspflicht des Dritten nach Maßgabe des § 823 Abs. 1 BGB. nicht, da ein Forderungsrecht nicht zu den durch diese Vorschrift geschützten Rechtsgütern gehört, es insbesondere nicht ein „sonstiges Recht" im Sinne dieser Vorschrift ist (**RG. 57** 354, **59** 327, JW. **05** 367 Nr. 6, WarnE. **08** Nr. 46).

h) BadRpr. **12** 13 (Karlsruhe). Das dem Pächter zustehende Fischereirecht fällt nicht unter die sonstigen Rechte.

i) **RG.** SeuffBl. **12** 121 = JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 5 k (281).

10. Einzelne Fälle (JDR. **10** Ziff. 6; **9** Ziff. 8; **8** Ziff. 8; **7** Ziff. 7; **6** Ziff. 5; **5** Ziff. 7; **4** Ziff. 9; **3** Ziff. 9; **2** Ziff. 7; **1** Ziff. 9).

a) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte (JDR. **10** Ziff. 6 a; **9** Ziff. 8 a; **7** Ziff. 7 a; **6** Ziff. 5 c; **4** Ziff. 9 c; **3** Ziff. 9 c; **2** Ziff. 7 c; **1** Ziff. 9 d).

α. **RG.** BayRpflZ. **12** 193. Die Pflicht einer Gemeinde, für einen sicheren und gefahrlosen Zustand der von ihr dem öffentlichen Verkehre geöffneten Ortsstraßen zu sorgen, beschränkt sich nicht auf die regelmäßigen gewöhnlichen Verhältnisse, sondern verpflichtet sie auch, beim zeitweiligen Vorliegen außergewöhnlicher Umstände das zur Sicherung des Verkehrs Erforderliche zu veranlassen. Daher hatte auch in dem vorliegenden Falle (es waren über die Straße Drähte gezogen worden zur Befestigung eines wegen der Kirmesfeier auf der Straße aufgebauten Zirkuszeltes) die Gemeinde dafür zu sorgen, daß der öffentliche Weg trotz des von der Polizei gestatteten vorübergehenden Verkehrshindernisses gefahrlos abends begangen werden konnte.

β. **RG.** BayRpflZ. **12** 177, R. **12** Nr. 874. Die Beklagte als Eigentümerin des an einer verkehrsreichen Straße liegenden Miethauses muß zur Erfüllung ihrer durch den lebhaften Straßenverkehr gesteigerten Sorgfaltspflicht Vorkehrungen treffen, daß niemand auf dem Bürgersteige durch abstürzende Schnee- und Eismassen zu Schaden kommt. Unter diesem Gesichtspunkte wird das OLG., woran es in seinem jetzigen Urteile fehlt, festzustellen haben, ob und welche geeigneten Anordnungen, Unterweisungen und Maßnahmen die Beklagte positiv getroffen hat, um die Gefahr der Schneeabstürze, sei es durch Abräumen des Schnees von dem überaus steilen Rathausdach oder durch Aufstellen wirksamer Warnungszeichen auf der Straße, vom Publikum tunlichst abzuwenden. Zu erwägen ist dabei, daß die Arbeiten von Leuten von geringerer Einsicht und untergeordneter Stellung zu verrichten sind.

γ. WürttJ. **24** 16 (Stuttgart). Haftung einer Stadtgemeinde für einen Schaden, der durch eine von der vorgesetzten Behörde außer Wirkung gesetzte, einen bestimmten Gewerbebetrieb beschränkende ortspolizeiliche Verfügung entstanden ist. Haftung der Stadtgemeinde vorliegend mangels Fahrlässigkeit verneint. Nur die Verletzung einer klaren und bestimmten Gesetzesvorschrift durch einen Beamten bedeutet eine Fahrlässigkeit, während eine solche zu verneinen ist, wenn es sich um die Anwendung unklarer, zweideutiger und lückenhafter Bestimmungen handelt.

δ. **RG.** PrVerwBl. **33** 619. Schadensersatzpflicht gegen eine Stadtgemeinde aus einem Unfalle, der dadurch entstanden war, daß eine die Einsteigeöffnung des Brunnenschachts verdeckende Platte sich verschoben hatte.

ε. SächsRpflA. **12** 81 (Dresden). Haftung der wegebaupflichtigen Gemeinde bei einem Unfalle.

ζ. **RG.** PrVerwBl. **32** 753. Schadensersatzpflicht einer Stadtgemeinde wegen Unterlassens der Beseitigung von Winterglätte.

η. **RG.** R. 12 Nr. 3464. Auch wenn die Stadtgemeinde verpflichtet ist, den Bürgersteig zu unterhalten, so kann doch aus besonderen Gründen noch neben ihr ein Dritter zur Unterhaltung eines bestimmten Teiles des Bürgersteigs verpflichtet sein, so z. B. der Hauseigentümer, wenn er einen Rinnendeckel im Bürgersteig angebracht hat.

ϑ. ElsLothJZ. 12 177 (Colmar). Schadensersatzpflicht einer Gemeinde wegen Unterdrückung oder mangelhafter Unterhaltung eines Gemeindefeldwegs.

ι. WürttJ. 24 293 (Stuttgart). Über die Verpflichtung einer Gemeinde zur Beseitigung von Verkehrshindernissen auf der Ortsstraße.

κ. **RG.** R. 12 Nr. 3357. Zeigen sich in einer Straßenanlage fortgesetzt von Zeit zu Zeit an verschiedenen Stellen verkehrsgefährdende Mängel, so darf mit der Abhilfe nicht jeweils zugewartet werden, bis mehrere Schäden zusammen zu beseitigen sind.

λ. **RG.** R. 12 Nr. 2233. Eine Stadtgemeinde, die auf den Straßen innerhalb der Anschlagsäulen elektrische Transformatoren anlegt, muß damit rechnen, daß deren Klappen infolge äußerer Einwirkung aufspringen und daß dadurch schwere Gefahren für das Publikum oder wenigstens für Kinder hervorgerufen werden. Sie ist daher verpflichtet, dafür zu sorgen, daß ihr das Offenstehen einer Klappe tunlichst sofort gemeldet werde.

μ. **RG.** R. 12 Nr. 575. An Straßenecken mit lebhaftem Verkehr innerhalb einer Ortschaft genügen zur Sicherung einer steilen Böschung 1,80 m voneinander entfernte Steinsäulen nicht.

ν. **RG.** R. 12 Nr. 2534. Zwar kann sich im allgemeinen ein Wegeeigentümer nicht dadurch entlasten, daß er sagt, er brauche ein Verkehrshindernis (Steinhaufen) deswegen nicht zu sichern, weil ein Dritter dies stets getan habe. Wenn es sich aber um eine vom Eisenbahnfiskus, also einer öffentlichen Behörde, in der Nähe der Straße angebrachte, tatsächlich regelmäßig brennende Laterne handelt, auf deren ordnungsmäßiges Funktionieren mit größter Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist, so darf der Straßeneigentümer bei der Sicherung des Verkehrs diese Beleuchtung in Rechnung ziehen.

ξ. **RG.** R. 12 Nr. 2536. Die Gemeinde hat bei Straßenaufgrabungen dafür zu sorgen, daß ein vorläufiger Dielenbelag nicht zum Stolpern der Fußgänger führt (Beleuchtung, Sandaufböschung).

ο. **RG.** R. 12 Nr. 2533. Ist es zweifelhaft, welcher von zwei benachbarten Gemeinden ein Straßenteil gehört, so kann sich die Verkehrssicherungspflicht der einen Gemeinde schon daraus ergeben, daß sämtliche Beteiligte, insbesondere die beiden Gemeinden, zur Zeit des Unfalls und vor diesem darüber einig waren, daß die Unfallsstelle als zum Gebiete der Beklagten angesehen werden sollte. Infolge dieser mindestens stillschweigenden Einigung, die bei der allerseits anerkannten Zweifelhaftigkeit der Sachlage im Interesse der Gemeinden selbst wie des Publikums durchaus erforderlich war, traf die Beklagte auch die Verpflichtung, für die Sicherheit des Verkehrs zu sorgen.

π. **RG.** R. 12 Nr. 2835. Wer durch Vertrag eine Pflicht gegen die Allgemeinheit übernommen hat, handelt rechtswidrig und schuldhaft und wird jedem Dritten für Schaden haftbar, wenn er sie nicht erfüllt. Daher haftet die beklagte Gemeinde, die durch Vertrag mit dem Kommunalverbande die Sorge für die Verkehrssicherheit der Straße während der Legung der Wasserleitung übernommen hatte, für die Folgen eines durch ungenügende Zuschüttung der Gräben verursachten Automobilunfalls.

ρ. **RG.** JW. 12 796, BayRpflZ. 12 310. Eine der Allgemeinheit gegenüber bestehende Pflicht des beklagten Fiskus, für das Auslöschen der Biwaksfeuer und die Beseitigung der auf dem Biwaksplatze zurückgebliebenen Platzpatronen zu sorgen, besteht nicht. Es handelt sich nicht um einen Ort, der dem allgemeinen Verkehre

für das Publikum gewidmet ist, sondern um ein Feldgrundstück, auf dem außer dem Eigentümer niemand etwas zu suchen hat. Der Beklagte hat daher schon aus diesem Grunde keinesfalls die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß dritten Personen bei einem Betreten dieses Grundstücks keine Gefahren erwachsen. Eine solche Verpflichtung ist nur für denjenigen anzunehmen, der durch sein Tun oder Unterlassen für den legitimen Verkehr eine Gefahr schafft oder bestehen läßt (vgl. Urt. des **RG.** vom 1. Februar 1906, VI. 185 05, vom 13. Oktober 1911, III. 352 10). Es verstößt allerdings gegen die im Verkehr erforderliche Vorsicht, wenn an Orten, an denen Kinder sich aufhalten, Gegenstände verwahrt oder ohne Aufsicht liegen gelassen werden, bei denen die Gefahr besteht, daß Kinder, die sich mit ihnen zu schaffen machen, dabei sich beschädigen (vgl. Urt. des **RG.** vom 26. Februar 1906, VI. 221 05, und vom 17. Juni 1907, VI. 453 06). Daß auf diesem Ackergrundstücke Kinder zu spielen pflegen, ist aber nicht behauptet, auch nicht anzunehmen.

σ. **RG.** R. **12** Nr. 53. Läßt ein Hausbesitzer seine Küchenabwässer über den Bürgersteig abfließen, so daß bei Frost große Eisflächen entstehen, die den Verkehr mit ernstem Schaden bedrohen, so darf er sich nicht mit den unter gewöhnlichen Verhältnissen ausreichenden Vorkehrungen gegen die Winterglätte begnügen, sondern der außergewöhnliche Zustand macht besondere Maßnahmen notwendig, namentlich eine gesteigerte Überwachung des Angestellten, dem die Bestreunug übertragen ist.

τ. **RG.** RheinA. **109** II 371. Unfall durch eine Kanalöffnung. Bot die Kanalöffnung als eine zweckmäßig angelegte Straßeneinrichtung dem Fußgänger im Verkehre keine erkennbare Gefahr, so kann dieser an sich ungefährliche Zustand auch nicht als eine von der Stadtgemeinde geschaffene Gefahr in Betracht kommen, die für die Verletzung des ohne Verschulden hingefallenen Klägers ursächlich geworden ist.

υ. **RG.** EisenbE. **29** 98. Der Passant auf dem Bahnhofe darf darauf vertrauen, daß der Bahnsteig sich in ordnungsmäßigem Zustande befindet und keine gefährlichen Stellen enthält.

φ. HansGZ. **12** Beibl. 41 (Hamburg). Keine Verpflichtung des Staates (Hamburg), Kaistrecken und Treppen daran gegen das Wasser hin mit Geländern zu versehen.

χ. Pfarr- und Kirchgemeinde.

RG. GruchotsBeitr. **56** 327 = JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 a σ αα (283).

b) Haftung der Hauseigentümer, Vermieter, Gastwirte (JDR. **10** Ziff. 6 b, **9** Ziff. 8 b, **8** Ziff. 7. 8 b, **7** Ziff. 7 b, **6** Ziff. 5 d, **5** Ziff. 7 c, **4** Ziff. 9 d, **3** Ziff. 9 d, **2** Ziff. c γ, **1** Ziff. 9 c).

α. **RG.** BayRpflZ. **12** 257. Bedeutung einer „Hausordnung“ für die Beleuchtungspflicht des Vermieters. Die dem Mieter gegenüber bestehende Beleuchtungspflicht des Vermieters kann durch Vertrag zwischen dem Vermieter und dem Mieter aufgehoben werden. Schließt ein einzelner Mieter mit dem Vermieter einen Vertrag des Inhalts, daß der Mieter die Beleuchtung des zu seiner Wohnung gehörenden Flurs und der zu seiner Wohnung führenden Treppe an Stelle des Vermieters übernimmt, so bleibt an sich durch jenen Vertrag die Verpflichtung des Vermieters zur Beleuchtung der übrigen, namentlich der tiefer gelegenen Flure und Treppen unberührt, die der Mieter auf dem Wege zu und von seiner Wohnung betreten muß. Wenn aber der Hauseigentümer in einer Hausordnung, die er als Bestandteil des Mietvertrags von dem Mieter hat anerkennen lassen, bestimmt hat, daß jeder Mieter die Zugänge und die Treppe zu seiner Wohnung zu beleuchten habe, wenn also der vertragschließende Mieter weiß, daß der Hauswirt auch mit den übrigen Mietern Verträge mit dieser Bestimmung geschlossen hat, so wird durch einen von dem Hauseigentümer mit einem Mieter auf dieser Grundlage geschlossenen Mietvertrag nicht nur die Beleuchtungspflicht bezüglich des zur eigenen Wohnung des Mieters gehörenden Flurs und der zu dieser Wohnung führen-

den Treppe betroffen, sondern der Mieter erläßt durch einen solchen Vertrag dem Hauseigentümer auch die Beleuchtungspflicht hinsichtlich der zu den Wohnungen der übrigen Mieter gehörenden Flure und Treppen. Der Hauswirt hat eine Überwachungspflicht.

β. SächsRpflA. 12 34 (Dresden). Unfall eines Mieters auf dem nicht beleuchteten Hausflur. Eigenes Verschulden des Mieters.

γ. **RG.** R. 12 Nr. 2036. Auch in ländlichen Verhältnissen hat ein Hofbesitzer an einem Tage, an dem er zahlreiche Gäste zu einem Feste auf seinem Hofe erwartet, den Zugang zum Hause verkehrssicher zu halten, insbesondere bei Glatteis den Zugang bestreuen zu lassen.

δ. ElsLothJZ. 12 192 (Colmar). Wer in seinem Anwesen einen Verkehr eröffnet, z. B. ein Wirt, ist im allgemeinen nicht verpflichtet, auch für den verkehrssicheren Zustand der öffentlichen Straße vor demselben, welche den Zugang vermittelt, zu sorgen. Diese Verpflichtung kann ihm aber durch Polizeiverordnung oder Ortsgebrauch auferlegt werden, insbesondere die Pflicht, die Straße vor seinem Anwesen bei Dunkelheit zu beleuchten. Ist dies der Fall, so haftet der Wirt bei schuldhafter Unterlassung auf Schadensersatz, wenn die Unterlassung kausal war für den eingetretenen Schaden.

ε. **RG.** R. 12 Nr. 414. Wird bei einer, in einer Gastwirtschaft von einem Vereine veranstalteten Festlichkeit ein Feuerwerk abgebrannt und dabei ein Gast verletzt, so kann daraus nicht ohne weiteres der Wirt in Anspruch genommen werden. Es kann nicht davon die Rede sein, daß er die Verfügungsmacht über das Lokal, über den Garten völlig dem Verein überlassen hätte. Und seinen Verkehrspflichten den Gästen und dem Publikum gegenüber war der Wirt zweifellos durch die Überlassung der Räumlichkeiten an den Verein im allgemeinen nicht enthoben. Er wäre zu einem Einschreiten nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet gewesen, wenn es sich um Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, um Verstoß gegen Polizeivorschriften, um Gefahren, die für Leib und Leben der Gäste oder Dritter erkennbar bei dem Wirtschaftsbetriebe hervortraten, gehandelt hätte. Allein daraus folgt noch nicht, daß der Wirt sich um die Ausführung der von dem Vereine selbständig und für eigene Rechnung in dem Wirtschaftsgarten getroffenen Veranstaltung im einzelnen zu kümmern hatte, und daß er wegen Verabsäumung einer hierbei erforderlichen Sicherungsmaßregel ohne weiteres mit verantwortlich zu machen wäre. Durfte er dem Vorstand und den Mitgliedern des Vereins — eines Krieger- und Landwehrvereins — zutrauen, daß sie bei der Ausführung des Feuerwerkes sachgemäß und mit Beachtung der nötigen Sicherheitsmaßregeln verfahren würden, so konnte er das weitere füglich dem Verein überlassen; und es genügt alsdann zur Begründung des Vorwurfes einer Fahrlässigkeit ihm gegenüber nicht, daß er sich überhaupt um das Feuerwerk nicht gekümmert habe.

ζ. **RG.** JW. 12 30. Haftpflicht des Gastwirts für die Sicherheit in den dem Publikum zugänglichen Räumlichkeiten. Haftung für einen nicht genügend verwahrten Keller in einer Wirtschaft mit Nachtverkehr. Die Pflicht zur Sorge erstreckt sich auch auf den zum Verkehrsbereiche der Wirtschaft gehörenden Hofraum mit den Retiraden (**RG.** JW. 11 40).

η. **RG.** R. 12 Nr. 2235. Der Einwand des Hausbesitzers, er habe sich bezüglich der Einhaltung der durch die Polizeiverordnung vorgeschriebenen Sicherung des Fahrstuhlverkehrs auf die Sorgfalt des Mieters verlassen dürfen, dem er den Fahrstuhl zur ausschließlichen Benutzung vermietet gehabt habe, ist nicht mit der Erwägung abzutun, daß der Polizeiverordnung gegenüber doch immer der eigentliche Inhaber, nicht der Mieter des Fahrstuhls der Verpflichtete bleibe. Die Frage ist vielmehr gerade die, ob nicht der Inhaber des Fahrstuhls die im Verkehr erforderliche Sorgfalt schon dadurch aufwende, daß er sich auf die Fürsorge des Mieters verläßt.

ϑ. RG. R. 12 Nr. 2234. Eine Treppenanlage innerhalb des Windfangverschlags in einem Postgebäude, die so eingerichtet ist, daß die Kante der obersten Treppenstufe nur 32 cm von der Windfangtür entfernt ist, stellt, zumal wenn sie unbeleuchtet ist, eine unzulässige Verkehrsgefahr dar.

ι. RG. JW. 12 586. Sturz in einem Lagerraume. Pflicht des Besitzers des Lagerraums, Besucher ordentlich zu führen und zu warnen.

κ. OLG. 24 312 (Cöln). Haftung eines Ladenbesitzers für einen Unfall seines Kunden, der in dem Laden auf dem glatt gebohnten Parkettfußboden zu Falle gekommen ist. Klagabweisung mangels Verschuldens.

λ. RG. SeuffBl. 12 194. Haftung des Eigentümers eines dem allgemeinen Verkehr eröffneten Friedhofs für den sicheren Stand der Grabsteine (s. JDR. 10 Ziff. 6 a σ).

μ. RG. R. 12 Nr. 1467. Die Gemeinde, welche dem von ihr angestellten Lehrer ein ganzes Haus als Dienstwohnung zur Verfügung stellt, haftet dem Lehrer wegen eines von diesem auf der schadhaften Treppe des Hauses erlittenen Unfalls auch außervertraglich. Die außervertragliche Haftung der Beklagten wird durch ihre dem klagenden Lehrer gegenüber bestehende vertragliche Haftung nicht ausgeschlossen. Deshalb kann der Bedienstete, der Schadensersatz wegen des mangelhaften Zustandes einer Treppe aus § 618 verlangt, auch Schmerzensgeld fordern, wenn auf der Treppe auch für andere Personen ein Verkehr eröffnet und der Dienstherr daher auch anderen Personen gegenüber verpflichtet war, den Verkehr auf der Treppe gefahrlos zu gestalten. Die beklagte Gemeinde hat aber einen Verkehr auch für andere Personen in dem Hause und auf der Treppe eröffnet. Der Fall liegt hier nicht so, wie wenn einem Mieter ein Haus im ganzen überlassen wird. Die dienstliche Stellung eines Lehrers bringt es mit sich, daß ihn die Schüler und deren Eltern in seiner Wohnung sprechen müssen. Auch für diese Personen hat die Beklagte also einen Verkehr im Hause und auf der Treppe eröffnet, wenn sie dem Kläger, sei es einzelne Teile des Hauses, sei es das ganze Haus als Dienstwohnung überlassen hat.

ν. RG. R. 12 Nr. 1296. Die Gemeinde als Besitzerin eines Schlachthauses hat infolge der Eröffnung eines mehr oder weniger allgemeinen Verkehrs die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß das Verweilen darin ohne Gefahr für Leben und Gesundheit erfolgen kann. Gegen diese Verpflichtung verstößt sie, wenn sie es unterläßt, den Zugang zum Glasdache der Schlachthalle zu versperren und Schutzvorrichtungen anzubringen, die ein Herabfallen von Glasstücken verhindern.

ξ. RG. JW. 12 530. Wer Kinder mit in das Hotel bringt, muß selber, und zwar in erhöhtem Maße, auf diese achtgeben. Der Einwand der Revision, daß der Gast zu einer Untersuchung der Gasthofseinrichtungen, zumal in einem Gasthof ersten Ranges, auf ihre Gefährlichkeit nicht verpflichtet sei, trifft auf denjenigen Gast nicht zu, der mit einem noch unverständigen Kinde die Hotelwohnung bezieht. Es kann in den Gasthofsräumen mancherlei, dem Fremden vielleicht bezüglich ihrer Einrichtung oder des Gebrauchs noch unbekannte Gegenstände geben, durch die das Kind in einem unbewachten Augenblicke zu Schaden kommen könnte. Auf eine entsprechende Vorsicht der Eltern und sonstiger Aufsichtspersonen kann und darf der Gastwirt rechnen, wenn er freilich bei Aufnahme von Kindern tunlichst auch seinerseits auf deren Sicherheit Bedacht nehmen soll.

ο. RG. R. 12 1605. Erleidet ein Gast im Theatersaal einer Wirtschaft infolge eines ihm bekannten gefährlichen Zustandes einen Unfall, so kann er weder aus § 823, noch aus vertraglicher Haftung Ansprüche gegen den Wirt geltend machen.

c) Beleuchtungspflicht (JDR. 10 Ziff. 6 c, 9 Ziff. 8 c, 8 Ziff. 8 c, 7 Ziff. 7 c).

α. RG. JW. 12 142. Aus den Anschauungen und Anforderungen des Verkehrs ist der Rechtssatz hervorgegangen, daß ein Hauseigentümer, der durch Vermieten von Wohnungen einen Verkehr in seinem Hause für andere eröffnet, die Zugänge,

insbesondere die Treppe verkehrssicher erhalten muß. Diese Pflicht erstreckt sich allerdings nur auf den allgemeinen Verkehr in seinem Hause, nicht auch auf den darüber hinausgehenden Verkehr, der durch die besonderen, persönlichen, gesellschaftlichen oder gewerblichen Bedürfnisse oder Gepflogenheiten eines Mieters hervorgerufen wird. Diesen letzteren Verkehr hat der Mieter, weil er allein ihn eröffnet hat, auch durch Übernahme jener Pflicht zu sichern. Dies gilt, wie der erkennende Senat in dem Urt. vom 4. April 1907, VI. 360/06 (JW. **07** 332) angenommen hat, z. B. wenn ein Gastwirt, der in dem Hause Wirtschaftsräume gemietet hat, den Gastverkehr über die Grenzen des allgemeinen Hausverkehrs hinaus bis in die tiefe Nacht andauern läßt; in einem solchen Falle kann allerdings nach der Anschauung und dem Bedürfnisse des Verkehrs vom Hauseigentümer nicht verlangt werden, daß er auch für die Sicherheit dieses durch den Gewerbebetrieb seines Mieters hervorgerufenen besonderen Gastverkehrs einstehen müsse. Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Hier handelt es sich keineswegs um einen besonderen, vom Mieter eröffneten Verkehr, sondern vielmehr um den allgemeinen Verkehr der Hausbewohner. Da die Treppe mit Brettern belegt war, wurde für die gesamten Hausbewohner, die die Treppe im Dunkeln benutzen, geradezu eine Gefahr geschaffen. Dieser außerordentlichen Gefährdung des allgemeinen Hausverkehrs mußte der Beklagte kraft seiner infolgedessen entsprechend gesteigerten Verkehrssicherungspflicht wirksam durch besondere Vorkehrungen abhelfen, und es genügte keineswegs, daß er seine Mieter abends vorher auf den gefährlichen Zustand der Treppe bloß wörtlich aufmerksam gemacht haben will. Er kann auch nicht einwenden, daß sein Tagewerk als Hausbesitzer doch nicht die Nacht hindurch andauere und daß es regelmäßig ausreiche, die Treppe nur bis zu einer bestimmten Nachtstunde zu beleuchten. Hier versagt diese Regel. Denn da die Treppe die ganze Nacht hindurch mit Brettern belegt blieb, da also besonders gefährliche Verhältnisse außerordentlicher Art vorlagen, die die gewöhnliche Benutzung der Treppe unmöglich machten, war der Verkehrssicherheit mit einer kurzen Abendbeleuchtung der Treppe in keiner Weise gedient. Daher hätte der Beklagte, der sich sagen mußte, daß die Treppe auch während der Nacht begangen werden könne, die Hausbewohner vor dem verkehrshinderlichen Bretterbelag augenfällig warnen und schützen müssen. Die verkehrserforderliche Sorgfalt, für die er nach § 276 BGB. einzustehen hat, wird somit nicht überspannt, wenn hier von ihm verlangt wird, daß er die Treppe auch des Nachts, wenigstens frühmorgens, als der erste allgemeine Verkehr im Hause rege wurde und Hausbewohner schon auf Außenarbeit gingen, hätte beleuchten müssen.

β. **RG.** R. **12** Nr. 1780. Die Beleuchtungsanordnungen für die Straßen und Plätze einer Großstadt brauchen sich nicht nach den zufälligen Bedürfnissen und Wetterverhältnissen einzelner Tage zu richten; sie müssen den regelmäßigen Helligkeitsmaßstab des Jahreskalenders ins Auge fassen.

γ. HansGZ. **12** Beibl. 35 (Hamburg). Pflicht der Eisenbahndirektion zur Beleuchtung einer verkehrsreichen Straße, auf der Pflasterungsarbeiten stattfinden, selbst wenn der Pflasterunternehmer sich zur Beleuchtung verpflichtet hat.

d) Streupflicht (JDR. **10** Ziff. 6 d, **9** Ziff. 8 d, **8** Ziff. 8 d, **7** Ziff. 7 d, **6** Ziff. 5 e, **5** Ziff. 7 f, **4** Ziff. 9 e, **3** Ziff. 9 c, **2** Ziff. 7 e, **1** Ziff. 9 f).

α. Observanz.

KGBl. **12** 45 (KG.). Besteht eine observanzmäßige Verpflichtung der Anlieger zur Reinigung des Bürgersteigs, so ist diese Verpflichtung unbedenklich auf die ganze Straße, also auch auf den Rinnstein und den Straßendamm zu erstrecken. Die Reinigungspflicht umfaßt auch die Säuberung von Schnee (PrOVG. **45** 163). Die Streupflicht, die Beseitigung der Schnee- und Eisglätte fällt aber nicht darunter.

β. **RG.** JW. **12** 864. Zulässigkeit der Auferlegung der Beseitigung von Winterglätte an die Anlieger der städtischen Straßen durch die Polizei. Eine Polizeiver-

waltung darf in Privatrechte nicht eingreifen. Allein nicht in der Anliegerschaft, im nachbarlichen Verhältnisse hat der Senat den Rechtsgrund für die Gültigkeit der Polizeiverordnung erblickt, sondern in dem Rechte und in der Pflicht der Polizei, drohende, nicht anders zu beseitigende Gefahren für die menschliche Gesundheit abzuwenden. Wenn die Polizeibehörde glaubt, diese Verpflichtung am besten dadurch erfüllen zu können, daß sie die Pflicht zur Beseitigung der Winterglätte einzelnen Gruppen von Einwohnern, vorliegendenfalls den Eigentümern der an den Bürgersteig angrenzenden Grundstücke, auferlegt, so ist das Sache ihres pflichtmäßigen Ermessens bei der Handhabung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, eine Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Verordnung durch die Gerichte ist ausgeschlossen. Privatrechtliche Gesichtspunkte können dabei überhaupt nicht in Betracht kommen, insbesondere nicht der Gesichtspunkt des Eigentums der Gemeinde am Bürgersteige; die Straße ist der Allgemeinheit gewidmet; jedermann hat Interesse an ihrer Verkehrssicherheit; die öffentliche Eigenschaft ist hier ausschlaggebend, nicht der Umstand, daß es sich um ein im Eigentume der Gemeinde stehendes Grundstück handelt.

γ. **RG.** JW. **12** 194. Wenn einer Stadtgemeinde die Säuberung der Bürgersteige und der Straßenübergänge von Eis und Schnee obliegt, so wird ihr ein gewisser Spielraum an Zeit für die Vornahme dieser Arbeit allerdings gelassen werden müssen, der sich auch bis in die neunte Tagesstunde unter Umständen erstrecken kann, weil sie regelmäßig nicht soviel Arbeiter zur Verfügung halten kann, um in allen Straßen gleichzeitig und rechtzeitig das Reinigungsgeschäft zu vollenden. Ein anderer Maßstab muß aber angelegt werden, wenn die Säuberung den Straßenanliegern obliegt; die Hausbesitzer sind regelmäßig in der Lage, die verhältnismäßig kleine Fläche des Bürgersteigs vor ihrem Hause bis zum Beginne des allgemeinen Verkehrs auf der Straße in Ordnung zu bringen. Das gleiche gilt noch mehr für die Herstellung der Verkehrssicherheit im Innern der Häuser. Der Eigentümer eines Miethauses oder im gegebenen Falle eines für die Arbeiter seines industriellen Betriebs errichteten Wohnhauses, in dem der Verkehr frühzeitig einsetzt, muß dafür sorgen, daß der Beginn dieses Verkehrs am Morgen die dem allgemeinen Verkehre der Hausbewohner und zu diesem dienenden Räume, so insbesondere den Hausflur, in verkehrssicherem Zustande findet. Dazu gehört für das einzelne Haus nur ein geringes Dienstpersonal; jeder Hausbesitzer ist zur rechtzeitigen Säuberung des Hausflurs in der Lage. Wenn die Beklagte die Reinigung einer ganzen Reihe von Arbeiterwohnhäusern durch zwei oder drei dem Hausverwalter zur Verfügung gestellte Arbeiter besorgen läßt, so wird diese Zahl von Arbeitskräften vielleicht zu gering sein, um der Aufgabe Herr zu werden. Dann wird der Eigentümer für ein Mehr an Arbeitskräften sorgen müssen. Jedenfalls darf im Hausinnern verlangt werden, daß die Reinigung des Flures von Schnee und Eis nicht bis zur neunten Morgenstunde aufgeschoben wird. Wie oft sie im Laufe des Tages etwa erneuert werden muß, wenn Schnee in den Hausflur hineingeweht wird, wird von den Umständen abhängen. Ein beständiges Nachreinigen ist freilich nicht möglich und nicht zu verlangen. Wenn bei Schneewetter aber das Hereinwehen des Schnees durch das offengehaltene Haustor so andauernd und stark war, daß alle Reinigungsmaßregeln nichts halfen, so hätte sich zur Herstellung der Verkehrssicherheit in dem Hause die Notwendigkeit einer zeitweiligen Schließung des Haustores ergeben, die die Gefahr beseitigt haben würde.

δ. **RG.** PrVerwBl. **34** 209. Haftung einer Stadtgemeinde aus einem Unfalle, der durch Vereisung einer dem Fußgängerverkehr dienenden Treppe entstanden ist. — Unzureichende Überwachung der einem Bediensteten übertragenen Reinhaltung der Treppe.

ε. **RG.** JW. **12** 536. Da der Bürgersteig vor dem Hause des Beklagten trotz Glatteises zur Unfallzeit nicht bestreut worden war, so begründet diese festgestellte

objektive Übertretung der Polizeiverordnung vom 24. Dezember 1907, eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB., zunächst die tatsächliche Folgerung, daß sie auf einem Verschulden des streupflichtigen Beklagten beruht. Demgemäß hat der Beklagte seine Schuldlosigkeit dahin zu beweisen, daß er alles Geeignete getan habe, um die Ausführung der Polizeiverordnung zu sichern. Hier, wo er das Streuen der Frau W. übertragen hatte, hat er daher, sei es aus dem Gesichtspunkte des § 823 Abs. 2 BGB. oder aus demjenigen des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB., seine Sorgfalt in der Auswahl dieser Hilfsperson und weiterhin nach § 823 BGB. auch in deren Beaufsichtigung zu beweisen (Urt. des erk. Sen. vom 10. Januar 1910, VI. 36/09; vom 6. Juli 1911, VI. 448/10; vom 20. Januar 1912, VI. 120/11 u. a.).

ζ. **RG.** R. **12** Nr. 2037. Steht fest, daß der Kläger infolge Eisglätte auf dem nicht bestreuten Bürgersteige des Beklagten gestürzt ist, so trifft den Beklagten die Beweislast für seine Behauptung, daß die Glätte plötzlich eingetreten und die dem Hausbesitzer billigerweise zu gewährende Frist zum Streuen noch nicht verstrichen gewesen sei.

η. SeuffA. **67** 450 (Dresden). Keine Streupflicht einer kleineren Gemeinde bei Glatteis auf einem nur zur kürzeren Verbindung dienenden Nebenwege.

ϑ. **RG.** R. **12** Nr. 415. Bei ständig sich erneuernder Glatteisbildung ist in der Unterlassung der Straßenbestreuung kein Verschulden zu erblicken.

ι. **RG.** SeuffA. **67** 362. Über Einschränkung der Streupflicht bei Glatteis in kleineren Gemeinden.

κ. SchlHolstAnz. **12** 356 (LG. Kiel). Haftung einer Landgemeinde für die Bestreuung der Straßen bei Glätte.

λ. **RG.** PrVerwBl. **33** 421 = JDR. **10** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 d α δδ (288).

μ. **RG.** RheinA. **109** II 372 = JDR. **10** § 823 Ziff. 6 d ζ (289).

e) Posthaftpflicht.

RG. R. **12** Nr. 1785. Eine Verletzung der Instruktionspflicht seitens des Postfiskus liegt nicht vor, wenn er den Telegraphenarbeitern nicht die Verwendung von Benzin zum Auftauen von Schachtdeckeln verboten hat.

f) Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (JDR. **10** Ziff. 6 f, **9** Ziff. 8 g, **7** Ziff. 7 f, **6** Ziff. 5 h, **5** Ziff. 7 c, **4** Ziff. 9 h.

α. **RG.** R. **12** Nr. 2538. Eine Gewehrfabrik, die durch irreführende Abfassung eines Briefes ihren Kunden über das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft eines Gewehrs hinwegtäuscht und dadurch eine gefahrbringende Benutzung des Gewehrs und eine körperliche Verletzung des Kunden verursacht, haftet deliktisch, also auch für Schmerzensgeld.

β. **RG.** R. **12** Nr. 29. Werden Telephondrähte von einer Straßenseite zur anderen über eine Starkstromleitung der elektrischen Bahn geleitet, so liegt stets eine gefährliche Arbeit vor, bei der mit Vorsicht und jedenfalls unter Beachtung der bestehenden Schutzvorschriften verfahren werden muß.

γ. ElsLothJZ. **12** 407 (Colmar). Haftung für einen Unfall beim Dreschen mit einer Dreschmaschine. — Vgl. OLG. Colmar ebd. 293.

δ. **RG.** BadRpr. **12** 24. Verletzung eines Kindes durch eine kurze Zeit vor der Werkstätte stehende Maschine. Haftung mangels Verschuldens verneint.

ε. **RG.** R. **12** Nr. 3356. Bei besonders gefährlichen Betrieben ist erhöhte Vorsicht und Verkehrssicherung geboten. Wird durch den Betrieb eines Lastenkrans die Verletzung eines die Straße passierenden Fuhrmanns herbeigeführt, so genügt es für den Entschuldigungsbeweis des Unternehmers nicht, daß der Kran technisch vollkommen eingerichtet war und gefahrlos betrieben werden konnte, auch von einem zuverlässigen Kranführer bedient wurde, vielmehr kommt es hier (abgesehen von § 2 HaftpflG.) weiter wesentlich darauf an, ob der Kranbetrieb den Verkehr gefährdete.

ζ. BayObLG. **13** 127. Wenn der Reisende auf der Fahrt durch die Fahrlässigkeit des Postillons einen Unfall erleidet, hat der Unternehmer der Fahrt für die Folgen des Unfalls in demselben Umfang einzustehen wie der Bedienstete.

η. Anlagen und Bauten von Stadtgemeinden.

αα. **RG.** R. **12** Nr. 2038. Erkennt eine Gemeinde schon bei Herstellung einer Rieselanlage die Ungeeignetheit des Geländes, so wird sie für Bauschäden zufolge Grundwassermehrung auch dann ersatzpflichtig, wenn sie glaubte, durch vorsichtige Berieselung die vorausgesehenen Gefahren vermeiden zu können.

ββ. **RG.** PrVerwBl. **33** 286. Haftpflicht einer Stadtgemeinde für die Folgen eines durch die Ausführung von Arbeiten mit der Dampfwalze verursachten Rohrbruchs einer Gasleitung.

γγ. **RG.** R. **12** Nr. 416. Die verantwortlichen Leiter des Bauwesens einer Stadtgemeinde sind verpflichtet, Anordnungen zu treffen, welche, soweit möglich, in wirksamer Weise verhüten, daß ein die Verkehrssicherheit gefährdender Zustand der Straße auch nur einige Zeit andauert.

δδ. **RG.** WarnE. **12** 422. Haftung von Stadtgemeinden bei Ausschachtungsarbeiten.

ϑ. Bauunternehmer.

RG. R. **12** Nr. 2836. Für die Unfallhaftpflicht eines Bauunternehmers bezüglich der von ihm ausgeführten Wegebauarbeiten ist es Dritten gegenüber ohne Bedeutung, ob er der Gemeinde gegenüber zur Ausbesserung des Weges verpflichtet ist oder ob er sich dieser freiwillig unterzogen hat.

ι. Fuhrwerksbesitzer.

αα. **RG.** SchlHolstAnz. **12** 296, R. **12** Nr. 2833. Bei einem durch Fehlen des Splintes im Rade verursachten Unfall kann sich der Wagenbesitzer nicht damit entschuldigen, daß in der betreffenden Gegend das Anbringen von Splinten bei Lastwagen nicht allgemein üblich sei, weil nachlässige Kutscher sie leicht wegließen und weil sie keine völlige Sicherheit böten, indem sie brechen oder verschleißen könnten.

ββ. **RG.** R. **12** Nr. 3188. Mangels besonderer Polizeivorschrift steht dem Fuhrwerkslenker die zu befahrende Straßenseite frei.

g) **RG.** R. **12** Nr. 2838. Wer einen Warenhandel betreibt, aus dem durch gefährliche Verwechselungen für die Allgemeinheit Schaden entstehen kann, dem liegt auch die Rechtspflicht ob, alle Sorgfalt anzuwenden, um diese dem Publikum drohenden Gefahren tunlichst abzuwenden.

h) **RG.** R. **12** Nr. 869. Der Inhaber eines Fährboots, der nicht an der zum Anlegen des Fährboots bestimmten Stelle landet, ist verpflichtet, den dort gelandeten Fahrgast auf die Gefährlichkeit des von der Landungsstelle zur Ortsstraße führenden Weges besonders aufmerksam zu machen.

i) **RG.** R. **12** Nr. 1168. Hat ein Unternehmer die Anbringung eines schweren Firmenschildes über einer Toreinfahrt und der Polizeibehörde gegenüber „die Garantie für sichere und sachgemäße Befestigung des Schildes übernommen," so handelt es sich für ihn um eine persönlich zu erfüllende Pflicht, und die Verantwortlichkeit hierfür kann er, wenn er die Ausführung der Arbeit einer anderen Firma übertragen hat, dem dritten Verletzten gegenüber weder auf diese abwälzen, noch auch durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl der bestellten Person, sei es jener Firma oder seines Arbeiters, beseitigen.

k) **RG.** **77** 201. Gesetzwidriger Pfandverkauf als unerlaubte Handlung.

l) WürttRpflZ. **12** 81 (Stuttgart). Über die Haftung einer Gemeinde für materiell oder formell ungültige Ortspolizeivorschriften.

m) SchlHolstAnz. **12** 69 (Kiel). Die Mitnahme von Kindern auf einem beladenen Heuwagen, auf dem sie ohne Aufsicht sich befinden, stellt eine Fahrlässigkeit dar, um so mehr, wenn der Wagenführer von seinem Sitze auf dem Pferde aus auf die

Kinder nicht achtgeben kann und daher nicht in der Lage ist, ein unvorsichtiges Gebahren derselben zu verhindern. — Mitverschulden eines Kindes, das von dem in Bewegung befindlichen Wagen herabklettert.

n) **RG.** R. **12** Nr. 2659. Der getäuschte Käufer kann, wenn es sich nicht um eine Täuschung über eine Eigenschaft des Kaufgegenstandes handelt, Schadensersatz nur gemäß §§ 823, 826 BGB. beanspruchen. Dieser geht für gewöhnlich nur auf Ersatz des sog. negativen Vertragsinteresses.

o) α. SächsRpflA. **12** 523 (Dresden). Haftung eines Tierhalters nach § 823 Abs. 1, weil er den Fahrgast, den er mitnahm, nicht darauf aufmerksam gemacht hat, daß das Pferd ein unzuverlässiges, sehr scheues und nicht gutartiges Tier sei, das auch zum Durchgehen neige.

β. **RG.** RheinA. **109** II 360. In der Benutzung leicht scheuender Pferde auch auf einer von Kraftwagen stark befahrenen Straße kann, von besonderen Umständen abgesehen, ein Verschulden nicht gefunden werden.

p) **RG.** R. **12** Nr. 1782. Wenn der Dienstherr anläßlich der Entlassung die ihm kraft des Dienstverhältnisses dem Angestellten gegenüber obliegende Vertragspflicht billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des Angestellten und einer seiner Stellung entsprechenden rücksichtsvollen Behandlung schuldhaft verletzt und hierdurch dem Angestellten über die Vertragsdauer hinaus Schaden entsteht, so hat der Dienstherr den Schaden in vollem Umfange zu vertreten.

q) **RG.** BayRpflZ. **12** 22. Klägerin behauptet in einem Strafverfahren durch wahrheitswidrige Angaben der Beklagten verurteilt worden zu sein. Sie verlangt Schadensersatz. Recht zur Nachprüfung des Spruches der Geschworenen in bestimmten Grenzen.

r) Radfahrer.

α. **RG.** BayRpflZ. **12** 49. Ein Mitverschulden des verunglückten Radlers kann nicht schon darin gefunden werden, daß er auf einer Straße mit Fuhrwerksverkehr radelt.

β. SeuffA. **67** 147 (Dresden). Der Radfahrer darf im Vertrauen auf die Warnung des Wagenführers neben oder zwischen den Schienen der elektrischen Straßenbahn fahren. ➠ Die gegen das Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen ebd. 148. Red. ⬅

s) Automobilhaftpflicht (JDR. **10** Ziff. 6 v, **9** Ziff. 8 z, **8** Ziff. 8 q, **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 5 cc; s. u. § 831 und AutomobilhaftpflG.).

α. **RG.** **79** 312, R. **12** Nr. 1900. Bei den Gefahren des Kraftwagenverkehrs darf ein Kraftwagenlenker sich nicht unbedingt auf das richtige Handeln der anderen am Verkehre beteiligten Fahrzeuglenker verlassen. Vielmehr muß jeder seinerseits das Mögliche tun, Unfällen und Verkehrsschwierigkeiten vorzubeugen. Fahrlässig handelt insbesondere der Fahrzeuglenker, der beim Überholen eines anderen Kraftfahrzeugs an diesem so dicht vorbeizufahren bestrebt ist, daß ein Zusammenstoß nur zu vermeiden ist, wenn das zu überholende Fahrzeug genau seine Fahrrichtung einhält.

β. **RG.** R. **12** Nr. 2834. Es stellt eine Fahrlässigkeit dar, wenn der Automobillenker kurz vor dem Herannahen der Straßenbahn die Schienen befährt, die tiefer als das Pflaster liegen und daher durch die Möglichkeit des Festklemmens und Schleuderns das Automobil gefährden.

γ. **RG.** EisenbE. **29** 64, R. **12** Nr. 413. Wenn der Lenker eines Kraftwagens in fahrlässig falscher Weise einen anderen Kraftwagen überholt, und der Lenker des letzteren, in dem Bestreben, einen Zusammenstoß mit dem vorfahrenden Wagen zu vermeiden, seinen Wagen schuldhaft gegen einen Baum lenkt und den Unfall eines Insassen verursacht, so ist durch dieses Verschulden der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Unfalle und dem Verschulden des ersten Lenkers nicht unterbrochen.

δ. **RG.** R. **12** Nr. 3189. Aus der Tatsache, daß der Kraftwagen in einer geschlossenen Ortschaft trotz Verweilens einer Kinderschar auf der Fahrbahn nicht auf 2—3 m

zum Stillstande gebracht werden konnte, ist der Schluß auf vorangehendes übermäßiges Schnellfahren gerechtfertigt.

ε. **RG.** R. 12 Nr. 1781. Verunglückt ein mit übermäßiger Geschwindigkeit fahrendes Automobil infolge Platzens des Reifens, so ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der Fahrgeschwindigkeit und dem Unfall auch dann gegeben, wenn der Unfall ohne das Platzen des Reifens sich nicht ereignet hätte.

ζ. EisenbE. **29** 162, SeuffA. **67** 319 (Rostock). Wer eigenmächtig dem Lenker eines diesem nicht gehörigen Kraftwagens zu einer Fahrt bestimmt, haftet für Beschädigungen des Wagens.

η. Eigenes Verschulden.

RG. SeuffA. **67** 361, JW. **12** 385. Wer den Fahrdamm überschreitet, darf erwarten, daß ein nicht an Schienen gebundenes Fahrzeug, das sich von ihm noch in solcher Entfernung befindet, daß es ihm ausweichen kann, dies auch tut, wenn nötig unter Verringerung seiner Geschwindigkeit. Bei der großen Geschwindigkeit, die insbesondere Kraftwagen einzuschlagen pflegen, würde sonst eine übermäßige Hemmung des Fußgängerverkehrs eintreten.

t) SächsOLG. **33** 271. Beschädigung bei der Spielerei mit einem Schießgewehre. — Eigenes Verschulden des Beschädigten.

u) BadRpr. **12** 196 (Karlsruhe). Über fahrlässiges Schießen eines Jägers.

v) MecklZ. **30** 168 (Rostock). Schadensersatzanspruch wegen Tötung eines Jagdhundes durch den Mitjagdberechtigten.

II. Abs. 2.

1. **RG.** JW. **12** 390. Der festgestellten Übertretung der als Schutzgesetz anzusprechenden Polizeiverordnung gegenüber, die zunächst die tatsächliche Folgerung begründet, daß sie auf einem Verschulden beruhe, ist von dem Beklagten der Nachweis zu verlangen, daß er vom Verschulden frei sei (JW. **09** 134 Nr. 8, 687 Nr. 12, **11** 980 Nr. 13, WarnE. **12** Nr. 21). Soweit sich der Beklagte zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung der Hilfe ihm untergebener Personen bedient hat, hat er daher sowohl aus dem Gesichtspunkte des § 823 Abs. 2 BGB., wie aus demjenigen des § 831 BGB. den Nachweis der Sorgfalt in der Auswahl der Dienstpersonen und nach § 823 auch in deren Beaufsichtigung zu führen.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1783. Wenn die Verletzung eines Schutzgesetzes in Frage steht, so kommt es auf die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Sinne des § 276 BGB. nicht an. Die beklagte Stadtgemeinde kann sich daher nicht darauf berufen, daß der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt überspannt sei, wenn verlangt werde, daß sie von einer nicht ausgebauten und wenig benutzten Straße nach jedem Tauwetter den Schnee hätte entfernen müssen. Der Umstand, daß sonst in Thüringen eine Schneeabfuhrverpflichtung in dem hier umstrittenen Umfange nicht bestehe, daß auch die etatmäßigen Mittel der Beklagten dafür nicht ausreichen würden, könnte die Übertretung der Polizeiverordnung, die unzweifelhaft zum Schutze des verkehrenden Publikums erlassen ist, nicht rechtfertigen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 2939. Die Zuwiderhandlung gegen ein polizeiliches Verbot kann, wenn das Verbot nicht ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 darstellt, doch eine Fahrlässigkeit enthalten und damit eine Schadenshaftung aus § 823 Abs. 1 begründen.

4. Einzelne Schutzgesetze (JDR. **10** u. frühere Jahrg. zu Abs. 2).

a) Strafgesetzbuch.

α. R. **12** Nr. 1784 (Hamburg). § 259 StGB. (Hehlerei) ist ein Schutzgesetz zum Schutze des Bestohlenen, und es ist daher der Hehler dem Bestohlenen schadensersatzpflichtig.

β. HansGZ. **12** Beibl. 207 (Hamburg). Die §§ 367 Ziff. 8, 368 Ziff. 7 StGB. sind keine Schutzgesetze, deren Nichtbefolgung Schadensersatzansprüche des Verletzten herbeiführt.

γ. § 367 Ziff. 12 StGB.

αα. **RG.** R. **12** Nr. 417. Wenn § 367 Nr. 12 StGB. den mit Strafe bedroht, der Gruben dergestalt unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für andere entstehen kann, so wird hiermit keine Verwahrung gefordert, die jede gefahrbringende Annäherung unter allen Umständen verhindert. Was zu geschehen hat, hängt von den Umständen des Falles ab, wobei es nicht nur auf die objektive Gefährlichkeit der Grube, sondern auch auf die Art und Häufigkeit des in ihrer Nähe sich vollziehenden Verkehrs ankommt.

ββ. **RG.** R. **12** Nr. 3192. Die Worte „und überhaupt an Orten, an welchen Menschen verkehren" im § 367 Ziff. 12 StGB. setzen die Eröffnung eines öffentlichen Verkehrs nicht voraus.

γγ. **RG.** R. **12** Nr. 3466. Die Worte „an Orten, an welchen Menschen verkehren" (§ 367 Ziff. 12 StGB.) setzen die Eröffnung eines öffentlichen Verkehrs nicht voraus. Auch der unbefugte, aber geduldete Verkehr ist Verkehr im Sinne dieser Gesetzesstelle.

δδ. **RG.** JW. **12** 30. § 367 Ziff. 12 als Schutzgesetz.

b) Börsengesetz.

*Wulff, LeipzZ. **12** 120. Wenn auch § 36 Abs. 3 BörsG. den Schutz des Publikums bezweckt, so ist diese Vorschrift doch nicht ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 1 (übereinstimmend mit Bernstein, Komm. Anm. C I zu § 36). — Jegliche Haftung der Mitglieder der Zulassungsstelle wegen gesetzwidrig (culpos) usw. genehmigter Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel ist zu verneinen.

c) Handelsgesetzbuch.

α. OLG. **24** 124 (Hamburg). § 29 HGB. ist kein Schutzgesetz. Keine Verpflichtung des Prinzipals gegenüber Laufburschen, sich eintragen zu lassen (wegen Anspruchs aus § 1 Nr. 7 GewUVG.). — Vgl. **RG. 72** 409.

β. Ziegler, HoldheimsMSchr. **12** 39 (s. u. § 826 Ziff. 10aα). §§ 313 Ziff. 2 und 314 Ziff. 1 HGB. sind Schutzgesetze.

d) Gewerbeordnung.

EisenbE. **28** 182 (KG.). § 60 GewO. ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823.

e) **RG.** R. **12** Nr. 55. Eine auf Grund eines Gesetzes — RSeuchenG. — erlassene Polizeiverordnung, welche gegenüber dem Gesetzesinhalt eine Einschränkung enthält, ist nur ensprechend ihrem eingeschränkten Inhalte Schutzgesetz. Ob nach dem Gesetze die Einschränkung zulässig war, ist unerheblich.

f) SächsOLG. **33** 559. § 63 GewUVG. ist kein Schutzgesetz (aA. OLG. Stuttgart [R. **06** Nr. 456]).

g) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 593, LeipzZ. **12** 72. § 270 PrStGB. ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2.

h) **RG.** JW. **12** 391. Preußisches Deichgesetz als Schutzgesetz.

i) **RG. 79** 85, JW. **12** 636. Das preußische Feldmesserreglement enthält Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2.

k) **RG.** R. **12** Nr. 579. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann nicht auf eine angebliche Ehrverletzung einen Schadensanspruch aus § 823 Abs. 2 gründen.

§ 824. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 154 s. schon JDR. **10** § 824 Ziff. 1.

2. HansGZ. **12** Beibl. 173 (Hamburg). § 824 verlangt die Behauptung von Tatsachen, nicht subjektive Urteile. Die Unterscheidung ist im Einzelfalle nicht immer leicht; denn auch unter der Form eines Urteils kann sich die Behauptung einer Tatsache verstecken. Sofern dies der Fall ist, kommt es darauf an, ob die Richtigkeit

oder Unrichtigkeit der Behauptung nach den vorliegenden Tatumständen objektiv festgestellt werden kann. — Wiederholungsgefahr.

3. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 438, R. **12** Nr. 873. Die Bestimmung des § 824 setzt eine Fahrlässigkeit des Mitteilenden voraus, die darin besteht, daß er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Unwahrheit der Tatsache hätte erkennen müssen.

4. **RG.** **78** 210, R. **12** Nr. 871. Die Unterlassungsklage ist bei Wiederholungsgefahr jedenfalls dann gegeben, wenn es sich nicht um Angriffe auf die Ehre schlechthin, sondern um Erschwerung des Fortkommens handelt. Ob als Grundlage der Unterlassungsklage eine Wiederholungsgefahr vorliegt, hat an sich der Kläger zu beweisen. Dem Beklagten darf grundsätzlich nicht die Gewähr für Wohlverhalten aufgebürdet werden.

5. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 159 ff. Geschäftlicher Ruf vgl. zu §§ 14, 15 UnlWG. Allgemeines zu § 241 Satz 2 BGB. und die dortigen Verweisungen, bes. zu §§ 12, 823 Abs. 1, 1004.

6. **RG.** HansGZ. **12** Beibl. 17 (Bestätigung des JDR. **10** § 824 Ziff. 5 mitgeteilten Urt. des OLG. Hamburg). Warnung der staatlichen Behörde vor einem gefährlichen Mittel. Berechtigung der Behörde zu der Warnung.

7. MschutzuWettbew. **11** 125 s. schon JDR. **10** § 824 Ziff. 6.

8. BadRpr. **12** 140 (Karlsruhe). Haftung wegen Auskunftserteilung. Klage auf Unterlassung weiterer Auskunftserteilung. — Klagabweisung.

9. BreslauAK. **12** 11 (Breslau). Unterlassung einer Äußerung: Kläger müsse sein Geschäft zumachen, ein Konkurrent W. mache ihn tot. Diese Bemerkung enthält eine Kreditgefährdung.

10. **RG.** R. **12** Nr. 870. Durch den Einwand der Wahrung berechtigter Interessen wird die Unterlassungsklage dann ausgeschlossen, wenn diese Interessen nicht privater, sondern öffentlicher Natur sind, z. B. bei einer Strafanzeige, oder wenn eine Äußerungspflicht besteht wie bei einem Zeugen.

§ 826. 1. Begriff der guten Sitten.

a) *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 40/41. Die guten Sitten sind anderes als das den Gesetzen gemäß geltende Recht; nicht dasselbe, was die Umgangssprache unter „Sitte" versteht (diese lokal und sozial verschieden — jene nicht); keine Summe abstrakter Regeln; ihre Verletzung setzt nicht ein bestimmtes, von der Rechtsordnung anerkanntes Gut voraus. Die Entscheidung ist aus dem konkreten Falle zu entnehmen: „die guten Sitten" keine Tatbestände, sondern Werturteile. Mithin keine feststehende Ordnung verletzt, also nicht die Rechtsordnung, sondern das, was im Streitfalle Rechtens sein sollte. Dieses Objekt ist in Beziehung auf die Grundlage der jeweiligen Entscheidung = der Rechtswille (Maßstab: die richterliche Überzeugung). — Unterlassungsklage gestützt auf das Prinzip des § 826 (arg. § 1 UnlWG.); geschützt werden nicht das Recht oder subjektive Rechte, sondern die „Kulturgüter" (112/13). Voraussetzungen dieser Klage s. zu § 1 UnlWG. Allgemeines über die Unterlassungsklage s. zu § 241 Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen.

b) **RG.** R. **12** Nr. 581. Wenngleich der Maßstab für die Beurteilung, was die guten Sitten erlauben oder verbieten, ein allgemeiner und durchschnittlicher ist, der nicht aus der subjektiven Auffassung des Handelnden, sondern aus dem herrschenden sittlichen Bewußtsein des Volkes entnommen wird, so kann es doch im Einzelfall auch auf die Gesinnung des Täters und darauf ankommen, ob er die Handlung in der Lage, in der er sich befand, als gerechtfertigt ansehen durfte (vgl. **RG.** **71** 112 Nr. 31, R. **09** Nr. 2405, Komm. v. RGR. § 826 Anm. 2 S. 656 ff.).

c) Einzelne Fälle.

α. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 188. Wußte der Kläger bei Vollziehung seines Indossaments, daß die Wechsel vor Abgabe der Unterschrift des Beklagten durch

Einsetzung höherer Wechselsummen verfälscht werden würden, so handelte er gegen die guten Sitten, wenn er seine Unterschrift hergab und dem Fälscher die Wechsel überließ; er fügte auch damit dem Beklagten vorsätzlich Schaden zu, weil dieser, wie ihm bewußt war, die höhere Wechselverbindlichkeit nur deshalb übernahm, weil er infolge der Fälschung irrtümlich annahm, daß Kläger für die vollen Beträge regreßpflichtig war.

β. SächsOLG. **33** 187. Die Unterlassung der Mitteilung desjenigen, dessen Unterschrift gefälscht worden ist, an den, der getäuscht werden soll oder schon getäuscht worden ist, kann einen Verstoß nach § 826 darstellen (vgl. JDR. **9** § 826 Ziff. 1 b). Maßgebend sind die Umstände des einzelnen Falles. Vorliegend Verstoß angenommen.

2. Vorsatz (JDR. **10** Ziff. 3, **9** Ziff. 2, **8** Ziff. 5, **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 1 b, **1** Ziff. 1 b).

a) **RG.** JW. **12** 36, LeipzZ. **12** 150, DJZ. **12** 222. In zahlreichen Fällen hat das RG. ausgesprochen, das Merkmal der vorsätzlichen Schädigung im Sinne des § 826 BGB. werde auch schon durch das Bewußtsein des Täters erfüllt, daß infolge seiner Handlung der andere Schaden erleiden könne, sofern dieser mögliche Erfolg von dem Handelnden mit in seinen Willen aufgenommen, eventuell gebilligt wird. Nur die Einschränkung ist hierbei gemacht worden, daß der Täter sich die Schadenfolge nicht nur als eine entfernte Möglichkeit, die sich aller Wahrscheinlichkeit nach nicht verwirklichen werde, vorgestellt haben darf. Zur Annahme des Vorsatzes genügt daher das Bewußtsein von der Möglichkeit des schädigenden Erfolges und nur, wenn die Umstände des Falles ergeben, daß diese Möglichkeit eine bloß entfernte war — was darzulegen Sache des Täters ist —, liegt ein Vorsatz des § 826 nicht vor.

b) **RG.** BankA. **11** 122 = JDR. **10** § 826 Ziff. 3 b.

3. Vertragsbruch.

a) **RG.** **78** 14, JW. **12** 143. Wer, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, an der Verletzung von Vertragspflichten sich beteiligt, die einem anderen gegenüber einem Dritten obliegen, verstößt deswegen allein noch nicht gegen die guten Sitten. Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzukommen, um das Verhalten als sittlich verwerflich erscheinen zu lassen.

b) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 950, R. **12** Nr. 739. Die Verletzung einer Vertragspflicht begründet insbesondere dann auch eine Haftung gegen Dritte aus unerlaubter Handlung, wenn der Vertragsabschluß den Verletzten erst veranlaßt hat, sich in Gefahr zu begeben.

4. § 826 und die formale Rechtskraft der Urteile. Ausnutzung der Rechtskraft (JDR. **10** Ziff. 7, **9** Ziff. 6, **8** Ziff. 11, **7** Ziff. 9, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6).

a) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 593, JW. **12** 37, LeipzZ. **12** 150, PosMSchr. **12** 32. Das RG. hat bereits in verschiedenen Urteilen (vgl. **RG.** **39** 142, **46** 75, **61** 359, **67** 152, **69** 277, **75** 213) den Grundsatz zur Geltung gebracht, daß derjenige, welcher ein sachlich unrichtiges Urteil oder die Rechtskraft dieses Urteils arglistig (in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise) erwirkt hat und dieses Urteil für sich ausnutzt, damit eine ihn zum Schadensersatze verpflichtende unerlaubte Handlung begeht. Die materiellrechtliche Grundlage dieses Schadensersatzanspruchs ist jetzt seit Inkrafttreten des BGB. im § 826 gegeben. Durch die Rechtskraft des Urteils wird dieser Anspruch nicht ausgeschlossen. Das rechtskräftige Urteil bleibt als solches bestehen und wird nur in seinen Wirkungen dadurch abgeschwächt, daß der Partei die unlautere Ausnutzung des Urteils aus materiellrechtlichen Gründen verwehrt ist. Es genügt hierzu nicht, daß die Partei, die arglistig das rechtskräftige Urteil für sich verwertet, Kenntnis von der materiellen Unrichtigkeit des Urteils hat, sie muß zugleich vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise das rechts-

kräftige Urteil herbeigeführt haben (vgl. **RG. 67** 153; G e i b , Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung 139; J e l l i n e k , Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen 191 ff.). Daß dieser Grundsatz auch auf Ehescheidungsurteile Anwendung findet, ist bereits in **RG. 75** 216 (vgl. auch GruchotsBeitr. **33** 916) näher ausgeführt. Das Urteil bleibt mit seiner den Familienstand ändernden Wirkung vollständig in Kraft, und es kann nur der durch Begründung oder Einbüßung des Unterhaltsanspruchs entstandene vermögensrechtliche Schaden beseitigt werden.

b) **RG. 78** 389, JW. **12** 537. Das Berufungsgericht ist der Rechtsprechung des RG. gefolgt, die eine Schadensersatzklage auch auf Beseitigung der Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils zuläßt, wenn dieses zum Schaden des Verurteilten erschlichen, d. i. durch Prozeßbetrug in der Weise erwirkt war, daß dem Gegner die Verteidigung gegen den bewußt rechtswidrig erhobenen Anspruch abgeschnitten werden sollte und auch abgeschnitten worden ist (**RG. 46** 76, **61** 359, **67** 151, **69** 277, **75** 213, JW. **12** 37 Nr. 26). An dem in diesen Entscheidungen ausgesprochenen Grundsatz ist festzuhalten dahin, daß die Wirkungen der Rechtskraft eines Urteils aufhören müssen, wo diese Rechtskraft bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, einem Unrechte den Schein des Rechtes zu verleihen, insbesondere wo der Gläubiger des rechtskräftigen Urteils dieses hinter dem Rücken des Schuldners in Kenntnis des tatsächlichen oder rechtlichen Nichtbestehens seiner Forderung durch eine öffentliche Zustellung der Klage und Ladung erlangt hatte, von der er voraussetzte, daß sie den Gegner nicht erreichen würde, während er wußte, wo dieser sich aufhielt, oder daß er durch einen Bevollmächtigten vertreten war. Daß der Rechtsstreit und das in ihm ergehende Urteil nicht den Charakter von zwischen den Parteien geschlossenen Rechtsgeschäften haben, im Prozesse vielmehr Anträge an eine staatliche Behörde, das Gericht, gestellt werden und durch das Urteil ein maßgebender Ausspruch dieser staatlichen Behörde erlassen wird, ist für die Frage, ob die illoyale Erwirkung eines Urteils eine zum Schadensersatze verpflichtende Handlung wider die guten Sitten nach § 826 BGB. darstellen und, wenn dies der Fall ist, der Gläubiger gezwungen werden kann, auf die Geltendmachung der Rechte aus dem Urteile zu verzichten, nicht von Bedeutung. Durch die Schadensersatzklage wird nicht der Bestand des Urteils an sich in Frage gestellt, sondern nur eine Ausgleichung des durch die unerlaubte Handlung verursachten, in den Wirkungen des Urteils sich äußernden Schadens herbeigeführt. Deshalb ist, wenn einmal der Tatbestand des § 826 in der Erwirkung des rechtskräftig gewordenen Urteils an sich vorliegt, die Schadensersatzklage daraus auch dann zugelassen, wenn das auf unrechtmäßige Weise erwirkte Urteil selbst noch durch rechtzeitige Anwendung prozessualer Rechtsbehelfe, wie durch die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den §§ 578 ff. oder, wie im gegebenen Falle, durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegen die Versäumung der Einspruchsfrist gegen das Versäumnisurteil nach § 233 Abs. 2 ZPO. zu beseitigen gewesen wäre (vgl. darüber **RG. 61** 359, 362, **75** 213, 216).

c) *W e i l l , Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten (1910). Die Frage, ob gegenüber einem in sittenwidriger Weise herbeigeführten unrichtigen Zivilurteil eine Klage aus § 826 angestrengt werden kann, ist nicht in dieser Allgemeinheit zu entscheiden. Zu bejahen ist sie, wenn die R e c h t s k r a f t in sittenwidriger Weise herbeigeführt, zu verneinen, wenn es sich nur um Erschleichung eines (noch nicht rechtskräftigen, daher mit Rechtsmitteln anfechtbaren) U r t e i l s , oder um die sittenwidrige V o l l s t r e c k u n g eines solchen handelt.

5. § 826 i m g e w e r b l i c h e n L o h n k a m p f e (JDR. **10** Ziff. 10, **9** Ziff. 8, **8** Ziff. 13, **7** Ziff. 12, **6** Ziff. 11, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 4).

a) **RG.** SeuffA. **67** 452, JW. **12** 749, BayRpflZ. **12** 309. Der Boykott im wirtschaftlichen Interessenkampfe schließt bestimmungsgemäß eine vorsätzliche Schädigung, regelmäßig Vermögensschädigung, des Gegners in sich. Unsere Rechts-

ordnung erträgt oder erlaubt den Boykott als Kampf- und Zwangsmittel im gewerblichen Wett- und Lohnkampfe, jedoch nur innerhalb gewisser Grenzen, nämlich soweit dadurch nicht gegen besondere zivil- oder strafrechtliche Verbote und namentlich gegen § 826 BGB. verstoßen wird. Gegen die guten Sitten verstößt der Boykott insbesondere auch dann, wenn wahrheitswidrige Darstellungen für die Begründung oder Durchführung der über den Gegner verhängten Maßregel benutzt werden. Und es erscheint als gerechtfertigt in dieser Beziehung, eine Wahrheits- und Sorgfaltspflicht aufzustellen, deren Verletzung nach Umständen auch bei bloßer Fahrlässigkeit die Maßregelung und (geflissentliche) Schädigung des Gegners zu einer sittlich verwerflichen, daher unerlaubten Handlung stempeln kann. Das trifft zu bei grober Fahrlässigkeit, frevelhaftem Leichtsinne; freilich nicht bei jedem nur leichten Versehen, zumal einem Irrtum in unwesentlichen Punkten. Der Maßstab hierfür ist eben in den guten Sitten, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, ihrer Ehrbarkeit und Gewissenhaftigkeit zu suchen. Wer im wirtschaftlichen Kampfe die scharfe Waffe des Boykotts zur Hand nehmen will, der soll, bevor er dieses, meist zu einer sehr empfindlichen Schädigung des Betroffenen führende Kampfmittel in Bewegung setzt, gewissenhaft prüfen, ob die tatsächliche Grundlage seines Vorgehens auf Wahrheit beruht. Und von demjenigen, der mittels Flugblättern oder Veröffentlichung in der Presse einen Boykott begründet und dafür die Unterstützung weiterer unbeteiligter Kreise anruft, muß verlangt werden, daß er, soweit es sich nicht um Streitfragen allgemeiner Natur oder sonst dem Publikum bereits bekannte Verhältnisse handelt, den Sachverhalt wahrheitsgemäß darlege (vgl. auch **RG. 66** 384; Urt. des Sen. vom 8. November 1909, VI. 524/08, GruchotsBeitr. **54** 646). Eine Verpflichtung zur sorgfältigen Ermittlung der tatsächlichen Unterlagen für die zu ergreifenden Maßregeln besteht, wie das RG. mehrfach ausgesprochen hat, für Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände bei Aussperrung von Arbeitern (vgl. **RG. 59** 427 Nr. 96, **71** 112 Nr. 31). Gleichermaßen muß eine entsprechende Sorgfalt und Vorsicht auch von einem Arbeiterverband und dessen Vertretern bei der Boykotterklärung gegenüber einem Arbeitgeber gefordert werden, zumal auch, wenn, wie hier, der Kampf gegen einen Produzenten von Waren des allgemeinen und unentbehrlichen Bedarfes geführt und das Publikum in diesen Streit hineingezogen wird.

b) **RG. 79** 224, JW. **12** 687. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann nicht schon deswegen angenommen werden, weil durch das Vorgehen der Beklagten zahlreiche Gewerbetreibende geschädigt werden. Das ist nur eine Folge des erlaubten wirtschaftlichen Kampfes; auch die Vertrustung bestimmter Betriebszweige, die Errichtung großer Warenhäuser führen zu dem gleichen Ergebnisse. Allerdings würde es bei dem tatsächlichen Monopole der Beklagten bezüglich der Lieferung elektrischen Stromes und der großen wirtschaftlichen Bedeutung der Elektrizität auch für den einzelnen ein gegen die guten Sitten verstoßender Mißbrauch der Vertragsfreiheit sein, wenn die Beklagte den Abnehmern unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen vorschreiben wollte. S. § 823 Abs. 1 Ziff. 9 b β.

c) **RG. 79** 17, JW. **12** 538, BayRpflZ. **12** 214. Durch das von dem beklagten Verein an seine Mitglieder in bindender Weise erlassene Verbot, mit dem Kläger, von dringenden Fällen abgesehen, beruflich zu verkehren, sowie durch die Bekanntgabe des Verbots an die oben bezeichneten Krankenkassen, Krankenhäuser und Fakultäten mußte dem Kläger die förderliche Ausübung seines Berufs erschwert und sein Erwerb fühlbar beeinträchtigt werden. Der Ausschluß vom beruflichen Verkehr enthält weiter die Erklärung, daß der Ausgeschlossene nicht mehr würdig sei, als gleichgeachteter Standesgenosse angesehen zu werden. Das Verkehrsverbot mußte daher über den Kreis der Ärzte hinaus das persönliche Ansehen des Klägers und damit zugleich seinen Erwerb gefährden. Es soll nun keineswegs verkannt werden, daß ein ärztlicher Verein, der wie der beklagte nach seinen Satzungen und der ihm durch

die staatliche Anerkennung zugewiesenen Stellung Hüter der ärztlichen Standesehre sein und die Interessen dieses Standes innerhalb seines Bezirkes wahren soll, auch berechtigt sein muß, zur Erfüllung seiner Aufgabe gegen einen Arzt, mag er Vereinsmitglied sein oder nicht, strenge, seine ärztliche Betätigung schädigende Maßregeln zu ergreifen und, wenn nötig, in der Öffentlichkeit deutlich von ihm abzurücken. Aber gerade diese dem Beklagten eigene Aufgabe und Stellung und die Macht, die ihm vermöge der Zahl seiner Mitglieder, die Stärke seiner Organisation und des Rückhalts an dem (sog. Leipziger) Verband deutscher Ärzte gegenüber dem einzelnen Arzte zu Gebote steht, legt ihm die Pflicht auf, bei dem Vorgehen gegen einen solchen besonnen und maßvoll zu verfahren und unter billiger Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Betroffenen jede Maßnahme zu vermeiden, die der Ausübung seines der gemeinen Wohlfahrt dienenden Berufs in durch die gebotene Sachlage nicht unbedingt gebotener Weise Schranken auferlegt oder Hindernisse bereitet (vgl. dazu die Darlegungen in den Urt. des **RG.** in RG. **66** 143 ff. und **68** 186 ff.). Von diesem Standpunkt aus kann nach dem, was bisher festgestellt ist, das Vorgehen des Beklagten gegen den Kläger nicht als gerechtfertigt oder nur als sittlich erlaubt oder erträglich erachtet werden.

d) **RG.** JW. **12** 290, BadRpr. **12** 80. Die Klägerin, eine GmbH., gibt in Ü. den „S.boten", eine täglich erscheinende Zeitung liberaler Richtung heraus, die von dem Geschäftsführer der Klägerin Bernhard A. redigiert wird. Die Beklagten, sämtlich römisch-katholische, damals in dem Amtsbezirk Ü. angestellte Geistliche, haben im Januar 1910 bei den katholischen Einwohnern des genannten Bezirkes eine gedruckte Erklärung mit der Überschrift „Protest und Warnung" verbreitet unter voller Namensunterzeichnung und Beifügung ihrer geistlichen Amtsbenennung. Dieser Protest beschäftigt sich mit der Haltung des S.boten gegenüber der katholischen Kirche unter Beziehung auf mehrere in den vorangegangenen Monaten von dem S.boten veröffentlichten Zeitungsartikel und schließt mit einer Warnung vor diesem Blatte. Die Klägerin hat mit der Behauptung, daß die Beklagten in dem Proteste bewußt unwahre Tatsachen behauptet bzw. verbreitet und dadurch den Verlag des S.boten rechtswidrig auch in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise materiell geschädigt hätten, die Beklagten auf Schadensersatz und Unterlassung belangt. Eine nachteilige Einwirkung auf den Ertrag des Geschäfts, eine Beeinträchtigung des Umfanges der Kundschaft oder des Leserkreises erfüllt noch nicht die Merkmale des rechtswidrigen (unmittelbaren, vgl. **RG. 76** 46) Eingriffs in den Gewerbebetrieb selbst. Im vorliegenden Falle ist von der Klägerin mehr nicht behauptet, als daß infolge der von den Beklagten erlassenen Warnung der S.bote eine größere Anzahl von Abonnenten verloren habe. Auch der Umstand, daß der Kundgebung der Beklagten eine besondere amtliche oder kirchliche Autorität zur Seite stand, konnte nicht zu einer abweichenden Beurteilung führen (Urt. VI. 243/10). Es würde also darauf nicht einmal ankommen, ob das Vorgehen der Beklagten rechtswidrig war. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 185, 186 StGB. kann für die Klägerin, eine GmbH., nicht in Frage kommen (vgl. auch **RG. 60** 5 Nr. 1). Auch der Tatbestand des § 826 BGB. liegt nicht vor. Die Beklagten haben, wie feststeht, in dem guten Glauben gehandelt, daß ihr Vorgehen zur Wahrnehmung berechtigter Interessen, zur Abwehr von Angriffen auf die katholische Kirche und zur Abwendung von Gefahren für das Seelenheil, für Glauben und Sitte ihrer Pfarrkinder nicht nur erlaubt, sondern auch durch ihre Seelsorgepflicht geboten sei. Wenngleich der Maßstab für die Beurteilung, was die guten Sitten erlauben oder verbieten, ein allgemeiner und durchschnittlicher ist, der nicht aus der subjektiven Auffassung des Handelnden, sondern aus dem herrschenden sittlichen Bewußtsein des Volkes entnommen wird, so kann es doch im Einzelfall auch auf die Gesinnung des Täters und darauf ankommen, ob er die Handlung in der Lage, in der er sich befand, als

gerechtfertigt ansehen durfte (vgl. **RG. 71** 112 Nr. 31, Komm. v. RGR. 656 ff. § 826 Anm. 2). Aber auch an jenem rein objektiven Maßstabe gemessen, kann die Kundgebung der Beklagten keinenfalls als eine sittlich verwerfliche, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzende Handlung beurteilt werden. Es läßt sich auch nicht sagen, daß durch einzelne in dem Protest enthaltene Äußerungen diese Kundgebung zwar nicht im ganzen, wohl aber zu dem betreffenden Teile (vgl. **RG. 76** 35 ff. Nr. 10, DJZ. **11** 1351) den Charakter einer sittenwidrigen Schädigung des Gegners angenommen habe.

e) **RG.** R. **12** Nr. 3196. Ein Boykott, der bezweckt, die Arbeitnehmer zur Unterwerfung unter die Forderung der ausschließlichen Benutzung eines Verbandsarbeitsnachweises zu zwingen, ist sittenwidrig. Richtig ist allerdings, daß im wirtschaftlichen und politischen Kampfe die Presse, die auf die große Masse einzuwirken sucht, sich starker und übertreibender Ausdrücke zu bedienen pflegt, ohne daß das Volksempfinden darin einen Verstoß gegen die guten Sitten erblickt. Der Berufungsrichter hat sich aber mit dieser Auffassung nicht in Widerspruch gesetzt, wenn er in den von ihm angeführten Ausdrücken und Wendungen unzulässige beschimpfende Angriffe auf die Bäckermeister erblickt. Insbesondere ist dem Berufungsgericht auch darin nicht entgegenzutreten, wenn es ausführt, daß das Flugblatt durch seine maßlos übertriebene und gehässige Darstellung von den angeblich in den Bäckereien vorhandenen Mißständen, die mit der Frage des Arbeitsnachweises nicht im entferntesten Zusammenhange stehen, in aufreizender Form die Leidenschaften der Volksklassen aufzustacheln suche und dadurch den Boykott zu einer unerlaubten Handlung stemple.

f) **RG.** JW. **12** 294, BayRpflZ. **12** 134, DJZ. **12** 513. Klage von Ärzten gegen den Verein der freigewählten Kassenärzte auf Schadensersatz, weil der Verein erklärt hatte, er werde die Kläger nicht aufnehmen, auch wenn sie dem Ärzteverbande beitreten. Ein Verstoß gegen § 826 ist in dem Verhalten des beklagten Vereins nicht gefunden worden. Es ist im Hinblick auf § 826 ein erheblicher Unterschied, ob den Klägern positiv ein Schaden zugefügt oder ihnen nur die Teilnahme an Vorteilen verwehrt wird, auf die sie keinen Rechtsanspruch haben.

g) **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 129, R. **12** Nr. 2660. Eine Vereinigung von Gewerbetreibenden zur Erlangung und Erhaltung angemessener Preise kann, auch wenn das erstrebte Ziel nicht zu beanstanden ist, sich doch schadensersatzpflichtig machen, wenn sie im gewerblichen Kampfe gegen einen der Vereinigung nicht beigetretenen Gewerbetreibenden Mittel anwendet, die die Grenzen des im wirtschaftlichen Kampfe Erlaubten überschreiten. Es widerstreitet dem Anstands- und Billigkeitsgefühle, wenn ein Gewerbetreibender lediglich deshalb mit der harten Maßregel der Lieferungssperre belegt wird, weil er sich einer neuen Ringbildung nicht anschließen will.

h) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 790. Boykott des Verbandes der Schneider gegen den Kläger wegen Herstellung von Waren in der Heimarbeit. Verstoß gegen die guten Sitten, wenn eine Gruppe einseitig Beteiligter es unternehmen wollte, so bedeutungsvolle und weittragende Fragen der Wirtschaftspolitik (wie die Regelung der Heimarbeit) vermöge der in ihre Hand gegebenen Machtmittel zum Schaden anderer Volksteile auf dem Wege des Zwanges und der Geschäftssperre gewaltsam auszutragen. Bei der unheilvollen Wirkung eines Boykotts von der Art des hier in Rede stehenden muß von den Veranstaltern verlangt werden, daß sie nicht ohne Ankündigung und ohne dem Befehdeten Zeit und Gelegenheit zu zeitlicher Verständigung zu lassen, dazu greifen (Ebenso **RG.** v. 16. 3. 1912, VI 272 11).

i) **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 197. Nicht schlechthin schon jede Bezugnahme auf die gewerbliche Leistung eines Konkurrenten und die Behauptung, daß die seine der des anderen gleichkomme und für sie als Ersatz dienen könne, bedeutet unter allen Umständen ein unlauteres Gebahren und unbefugtes Aneignen der Früchte der Arbeit des Konkurrenten. Auch hier kommt es auf den tatsächlichen Fall und

insbesondere auf die Art und Weise, wie die Bezugnahme auf die gewerbliche Leistung des Konkurrenten erfolgt, an. Eine solche unerlaubte Handlung kann z. B. vorliegen, wenn der Anschein der Nachahmung, der Verwertung der vom Konkurrenten erfundenen Methoden und Systeme erweckt wird. Hiervon ist im vorliegenden Falle nicht die Rede. Es wird nicht der Anschein der gleichen Herstellungsweise des Chartreuse hervorgerufen, sondern lediglich das eigene und selbständig angefertigte Erzeugnis in seinen Eigenschaften dem Chartreuse gleichgestellt.

k) **RG.** LeipzZ. **12** 916, R. **12** Nr. 3194. Aussperrung zur Strafe mit erheblichem Schaden für den Arbeitgeber verstößt gegen die guten Sitten. Die Ersatzpflicht für eine ungerechtfertigte Aussperrung endet nicht schlechthin mit der Wiederaufhebung.

l) SchlHolstAnz. **12** 247 (Kiel). In der Einwirkung eines Milchhändlervereins auf die Bauern, demjenigen, der sich den von dem Verein für den Weiterverkauf festgesetzten Bedingungen nicht unterwerfe, die Milchlieferungen zu entziehen, ist kein unzulässiger Eingriff in den Gewerbebetrieb eines anderen i. S. des § 823 Abs. 1 und keine unerlaubte Handlung i. S. des § 826 BGB. zu sehen.

m) MschutzuWettbew. **11** 120 s. schon JDR. **10** § 826 Ziff. 10 g.

n) Meyerowitz, JW. **12** 839, gibt eine Übersicht der Entscheidungen, die Streik, Aussperrung, Boykott und Verruf betreffen

6. Verhältnis zum WarenZG. (JDR. **10** Ziff. 14 u. das. angeführte Zitate).

a) **RG.** GewRechtssch. **12** 68, MschutzuWettbew. **11** 195. Der Gebrauch eines Warenzeichens kann gegen die guten Sitten verstoßen.

b) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 197. Eine gegen die guten Sitten verstoßende Verwendung eines Warenzeichens führt zur Löschung. Vorliegend Verstoß verneint.

c) MschutzuWettbew. **12** 46 (KG). Löschung eines aus unlauteren Motiven angemeldeten Warenzeichens.

7. Patentgesetz.

RG. LeipzZ. **12** 463. Die materiellen Bestimmungen des Patentgesetzes sind der Ergänzung durch das allgemeine bürgerliche Recht fähig und bedürftig. Aus dem Umstande, daß das Patentgesetz dem Patentsucher einen Anspruch auf Entschädigung wegen einer sein Recht an der Erfindung verletzenden Handlung, die in die Zeit zwischen der Anmeldung und ihrer Bekanntmachung fällt, nicht gegeben hat, darf nicht gefolgert werden, daß ein solcher Anspruch nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des bürgerlichen Rechtes begründet werden könnte.

8. Verhältnis zum UnlWG. (s. zu § 1 UnlWG.).

9. Firmenrecht.

SächsRpflA. **12** 522 (Dresden). Angeblicher Verstoß gegen § 826 durch Verletzung des Namens und Firmenrechts.

10. Einzelne Fälle.

a) Haftung für Auskunft und Rat.

α. v. Ziegler, Haftung des Bankiers aus Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren, HoldheimsMSchr. **12** 1, 29, 57. Vorsätzlich unrichtige Auskunfterteilung (37). Die Raterteilung, die Empfehlung ist nicht allein die bloße Berichterstattung von Tatsachen, worunter auch fremde Meinungen gehören, sondern sie ist zugleich regelmäßig — wenn es nicht ausgeschlossen oder die Beratung auf bestimmte Mitteilungen beschränkt ist — die darüber hinausgehende Äußerung der eigenen Überzeugung von der Richtigkeit der berichteten Tatsachen und von der eigenen Überzeugung, daß auf Grund dieser Tatsachen das Geschäft empfehlenswert ist. Ist daher der Berater in Wirklichkeit nicht von der Richtigkeit der Tatsachen überzeugt — ohne also direkt die Unrichtigkeit zu kennen — oder ist er selbst von der Richtigkeit des sogar auf richtige Tatsachen gegründeten Rates nicht überzeugt, so

liegt bereits vorsätzliche Schädigung vor, wenn er sich der Möglichkeit des Eintritts eines schädigenden Erfolges für den Beratenen bewußt ist. — Verschweigen von Umständen (38). — In das Gebiet der außerkontraktlichen Haftung für Raterteilung und Empfehlung fällt auch der Tatbestand des § 43 BörsG. (Prospekthaftung). Vgl. auch § 303 HGB. — Haftung aus § 823 Abs. 2 verb. mit § 314 Ziff. 1 u. § 313 Ziff. 2 HGB. — Haftung des Raterteilenden für seine Angestellten (61). Ist der Inhaber des Bankgeschäfts eine natürliche Person, so haftet er nach § 831 (vgl. weiteres 61); ist er eine juristische Person, so kommt für die verfassungsmäßigen Vertreter § 31 BGB. in Betracht, für andere Angestellte § 831 (62).

β. **RG.** JW. **12** 293. Die Auskünfte, die der Beklagte erteilt hat und aus denen die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch herleitet, sind nicht der Klägerin erteilt, sondern dritten Personen. Das schließt eine Verantwortung des Beklagten der Klägerin gegenüber nicht geradezu aus; eine Schädigung wider die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB. kann auch mit einem solchen Tatbestande gegeben sein. Vorausgesetzt ist dazu aber das Bewußtsein des Auskunfterteilers, daß die erteilte Auskunft einem weiteren Kreise als dem unmittelbaren Auskunftsempfänger zur Kenntnis gelangen werde. Es genügt nicht, daß er sich das hätte sagen können, aber nicht gesagt hat. Denn dann würde nur eine fahrlässige Schadenszufügung vorliegen, die den Tatbestand des § 826 BGB. nicht erfüllt.

γ. **RG.** R. **12** Nr. 1471. Die Unterlassung einer Nachtragsauskunft wegen ungünstiger späterer Erfahrungen verstößt mangels ständiger Geschäftsverbindung nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten.

δ. **RG.** BankA. **11** 195. Ein Bankier, der über eine Firma eine günstige Auskunft erteilt, obschon er nicht die von ihm kundgegebene Überzeugung von der Güte und Vertrauenswürdigkeit der Firma hat, und der sich bewußt ist, daß der Anfragende, falls er durch die günstige Auskunft bestimmt, dieser Firma Kredit gewähren würde, daraus Schaden erleiden könnte, muß für diesen Schaden aufkommen.

ε. **RG.** R. **12** Nr. 2229. Hat ein Eigentümer sich durch eine ihm von einem anderen erteilte falsche Auskunft bestimmen lassen, das Eigentum auf einen Dritten zu übertragen, so kann eine Haftung des Auskunfterteilenden nicht wegen Eigentumsverletzung gemäß § 823 Abs. 1, wohl aber aus § 826 BGB. in Frage kommen.

ζ. **RG.** R. **12** Nr. 2241. Ein Rechtsanwalt, der fahrlässigerweise über die Kreditverhältnisse einer Person unwahre Auskunft erteilt, handelt damit noch nicht wider die guten Sitten.

b) Arglistige Täuschung.

α. **RG.** R. **12** Nr. 2039. Der arglistig Getäuschte kann nicht auf Grund eines wegen Formmangels nichtigen Vertrags Ersatz eines Schadens verlangen, der dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung des Vertrags gleichkommt und in der Bezahlung eines zu hohen Preises besteht.

β. **RG.** JW. **12** 237. Schadensersatz des Käufers wegen arglistiger Täuschung beim Vertragsschlusse. Der Käufer kann Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der in der Bezahlung eines zu hohen Preises besteht und der erst durch die von den Klägern verlangte Erfüllung zum Vorscheine kommt, haben nicht die Beklagten verschuldet.

γ. **RG.** JW. **12** 546. Besteht der Verstoß gegen die guten Sitten darin, daß jemand einen anderen durch arglistige Täuschung zu einem Vertragsschlusse bestimmt, so ist der Zustand, in dem der andere sich ohne die arglistige Täuschung befinden würde, mit dem Zustande zu vergleichen, in dem er durch die arglistige Täuschung und den dadurch beeinflußten Vertragsschluß versetzt ist. Daß es ohne die arglistige Täuschung überhaupt zu einem Vertragsschluß und gar zu einem den falschen Vorspiegelungen entsprechenden Vertragsschlusse gekommen sein würde, ist mindestens nicht ohne weiteres anzunehmen. Wäre es ohne die arglistige Täuschung aber zu

keinem Vertragsschlusse gekommen, so bezeichnet der sich aus der angegebenen Vergleichung ergebende Unterschied eben das negative Vertragsinteresse.

δ. Josef, JW. 12 114. Hat der arglistig Getäuschte den Vertrag angefochten, erhebt aber der Gegenbeteiligte klagend Ansprüche aus dem Vertrage, weil er ihn für fortbestehend und rechtswirksam erachtet, so ist auch der Getäuschte berechtigt, von der erfolgten Anfechtung abzusehen, also den Vertrag als fortbestehend zu behandeln und auf Grund des § 826 Ansprüche auf Schadensersatz zu erheben. Dem Kläger steht hiergegen nicht der Einwand zu, daß Beklagter den Vertrag vorher angefochten habe, dieser also als von Anfang nichtig anzusehen sei (§ 142 Abs. 1). Einem solchen Einwande des Klägers stände die Replik der Arglist entgegen.

c) Sicherungsübereignung.

Fischer wendet sich gegen die Entscheidungen des RG., welche eine Sicherungsübereignung gemäß § 826 für gegen die guten Sitten verstoßend bezeichnet haben (vgl. JDR. **10** § 826 Ziff. 19 c).

d) Der sog. 1500 M.-Vertrag.

α. SeuffA. **67** 441, **RG.** JW. **12** 689. Ein Verstoß gegen die guten Sitten würde vielleicht der Beklagten zur Last zu legen sein, wenn der Ehemann den Vertrag in der Absicht geschlossen hätte, seinen Gläubigern das ihm zustehende noch zu erwerbende Entgelt als Gegenstand für ihre Befriedigung der äußeren Form nach zu entziehen, gleichzeitig aber den Genuß dieses Entgeltes nur sich selbst, unter Vernachlässigung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seiner Familie, zu sichern, und die Beklagte in Kenntnis dieser Absicht deren Verwirklichung dem Ehemanne bewußt ermöglicht hätte. Dagegen wird unter Umständen ein sittenwidriges Verhalten des Arbeitgebers nicht anzunehmen sein, wenn er wußte oder doch Grund hatte zu glauben, der Angestellte bezwecke durch den Vertragsschluß nur, den notdürftigen Lebensunterhalt für seine Familie, den er zu beschaffen hat, zu sichern, und er habe die Absicht, daneben nach Kräften sich um die Befriedigung seiner Gläubiger zu bemühen. Es wird alles auf die Umstände des einzelnen Falles, insbesondere auch auf die Größe des der Frau zugewendeten Teiles der Vergütung, ihr Verhältnis zu der Größe des dem Manne verbliebenen Teiles und zu dem Betrage der Schulden des Mannes, sowie auf die Art seiner Familienverhältnisse ankommen. Eine Verpflichtung des Angestellten gegenüber seinen Gläubigern bestand nicht, seine Arbeitskraft zu ihren Gunsten in einer Weise zu verwerten, die es ihnen ermöglichte, zum Zwecke ihrer Befriedigung auf das, was sich als Gegenleistung darstellt, Zugriff zu nehmen. — Vgl. hierzu Philipsborn, JW. **12** 894; Schubart, ebd. 1121; Lesser, ebd. 1134.

β. HansGZ. **12** Beibl. 145 (Hamburg). Der sog. 1500 M.-Vertrag verstößt gegen die guten Sitten, wenn er lediglich in der Absicht geschlossen ist, die Gläubiger des Angestellten zu benachteiligen.

γ. *Struckśberg, LeipzZ. **12** 211. Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, wie sie in **RG. 69** 59 ff. geschildert sind, können einen Ersatzanspruch aus § 826 BGB. begründen. Wenn der Schuldner, insoweit er eine Lage schafft, die ihm trotz bestehender Schulden die Möglichkeit gewährt, die Früchte seiner Tätigkeit ungefährdet vom Zugriffe der Gläubiger zu genießen, obwohl keine oder insoweit keine beachtlichen Beweggründe — Unterhalt der Familie z. B. — gegeben sind, handelt er unsittlich. Er darf nicht in unmoralischer Weise die durch die Ehe geschaffenen engen Beziehungen zu seiner Frau zu eigenem Vorteil und zum Schaden der Gläubiger ausnutzen.

δ. Becker, RheinA. **109** 105, über Rechtsbehelfe des Gläubigers gegen die Vereitelung seiner Rechte durch vertragliche Zuwendung des pfändbaren Gehaltserlöses an die Ehefrau eines Angestellten.

ε. Meikel, Nochmal Verwertung der Arbeitskraft und Gläubigerbenachteiligung, SeuffBl. **12** 539.

e) § 826 und Kaufgeschäft.

α. LeipzZ. **12** 916, **RG.** R. **12** Nr. 3193. Der Schadensersatz wegen arglistiger sittenwidriger Verleitung zum Kaufe eines wertlosen Geschäfts kann in der Rückzahlung des Kaufschillings und dem Ersatze sonstiger Aufwendungen des Käufers bestehen.

β. **RG.** R. **12** Nr. 580. Schadensersatz auf das positive Interesse kann nicht gefordert werden, soweit nur § 826, nicht § 463 BGB. anwendbar ist.

f) *v. Lippmann über Recht an Briefen s. o. Anhang zu § 12 BGB. Ziff. IV.

g) *Nußbaum, Unreelle Bohrgesellschaften, BankA. **10** 184 ff. Die Bestimmungen der §§ 138, 823 Abs. 2, 826 sind unter Umständen anwendbar im Handel mit unreellen Bohranteilen, um dem Käufer, dem von einem unreellen Bankier wertlose Anteile aufgeschwatzt worden sind, Schadensersatz zu verschaffen.

h) DJZ. **12** 408 (Celle). Kreditgewährung an ein überschuldetes Geschäft gegen Übereignung des gesamten Warenbestandes macht den Geber unter Umständen den Geschäftsgläubigern gegenüber haftbar.

i) **RG.** R. **12** Nr. 1173. Ein Gläubiger, der durch Zwangsvollstreckung Befriedigung sucht, handelt, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, auch dann nicht gegen die guten Sitten, wenn er auch auf andere Weise, z. B. durch Aushaltung eines Vertrags voraussichtlich Befriedigung finden würde, dagegen durch die Zwangsvollstreckung dem Schuldner und auch Dritten Schaden verursacht.

k) **RG.** BankA. **11** 122 s. schon JDR. **10** § 826 Ziff. 19 f.

l) NaumburgAK. **12** 84 (Naumburg). Wer einem anderen bewußt der Wahrheit zuwider Tatsachen mitteilt, die diesen zur Erhebung einer Privatklage gegen einen Dritten möglicherweise bestimmen, ist ihm zum Ersatze der Kosten der erfolglosen Privatklage verpflichtet.

m) **RG.** R. **12** Nr. 3359. Wer einen Gläubiger zur Annahme eines Ersatzbürgen durch unrichtige Angaben über die Vermögensverhältnisse des Ersatzbürgen veranlaßt, handelt arglistig, wenn er seine Angaben zwar guten Glaubens, aber doch wissend, daß sie ohne zuverlässige Unterlage sind, macht.

n) BreslauAK. **12** 32 (Breslau). Verschweigt der wegen Verschwendung Entmündigte bei Erteilung einer Bestellung seine Entmündigung, so liegt nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die guten Sitten vor. Würde er verschwiegen haben mit dem Bewußtsein, daß die Klägerin möglicherweise Befriedigung nicht erlangen würde, so würde vorsätzliche Schadenszufügung vorliegen.

o) **RG.** R. **12** Nr. 218. Vereitelung eines Provisionsanspruchs durch Dritte nicht am Maklervertrage Beteiligte verstößt nicht wider die guten Sitten.

p) **RG.** R. **12** Nr. 1607. Ein Verstoß wider die guten Sitten kann insbesondere darin liegen, daß sich ein Gläubiger alsbald nach seinem Verzicht auf 40 v. H. seines Guthabens heimlich vom Schuldner den Rest versprechen läßt, obwohl er noch Treuhänder der übrigen Gläubiger ist.

q) **RG.** R. **12** Nr. 418. Der Leiter einer Artistenbühne verstößt gegen § 826, wenn er einen Artisten gegen Zusicherung strengster Verschwiegenheit zur Vorführung eines neuen Kunststücks veranlaßt und dann das gesehene Kunststück demnächst durch einen anderen Artisten ausführen läßt.

r) **RG.** R. **12** Nr. 1172. Bei Begünstigung oder Hehlerei zu einem Betruge bedarf es des Nachweises, daß dadurch ein besonderer vom Betrug unabhängiger Schaden entstanden ist.

s) *Eichbaum, JW. **11** 960. Über die Frage, ob Rechts- oder Sittenwidrigkeit der zweiten Beiwohnung die exceptio plurium ausschließt oder Schadensersatzpflicht gegenüber dem Kinde oder der Mutter begründet, vgl. zu § 1717 Ziff. 2.

§ 827. **RG.** SeuffA. **67** 455, JW. **12** 24, BayRpflZ. **12** 151. Auf die Deliktsfähigkeit übt die Entmündigung als solche keinen Einfluß aus. Die Verantwortlichkeit des wegen Geistesschwäche Entmündigten für den einem anderen durch eine unerlaubte Handlung zugefügten Schaden richtet sich daher lediglich nach der allgemeinen Bestimmung des § 827 BGB., wonach derjenige für den Schaden nicht verantwortlich ist, der im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt. Ist die Verantwortlichkeit zu bejahen, so kann allerdings darin, daß der Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte sich für geschäftsfähig ausgibt und dadurch andere verleitet, sich mit ihm in rechtsgeschäftliche Beziehungen einzulassen, eine unerlaubte Handlung, insbesondere ein Betrug gefunden werden.

§ 828. R. **12** Nr. 1608 (Stuttgart). Die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht ist nichts anderes als das Verständnis dafür, daß die Handlung nachteilige Folgen für andere haben könne, also die Einsicht von der Gefährlichkeit der Handlung.

§ 830. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2665. Haben mehrere hintereinander eine Frauensperson geschlechtlich mißbraucht, so ist für den aus einer Schwängerung entstandenen Schaden jeder von ihnen haftbar. Das RG. hat schon in zahlreichen Entscheidungen ausgeführt, daß der Begriff der Beteiligung im § 830 Satz 2, im gewollten Gegensatze zu § 830 Satz 1 BGB. kein gemeinschaftliches Handeln der mehreren eine unerlaubte Handlung Begehenden voraussetzt, daß vielmehr ein Tatbestand genügt, der sich als ein einheitlicher, zeitlich und räumlich die mehreren wenigstens zu einer gewissen äußeren Gemeinsamkeit des unerlaubten Tuns zusammenfassender Vorgang bezeichnen läßt. Es kann unerörtert bleiben, ob diese Begriffsbestimmung der Beteiligung den Sinn des Gesetzes erschöpft. Jedenfalls liegt ihm der Gedanke zugrunde, daß der Schadensersatzanspruch des durch einen der mehreren beteiligten Täter Geschädigten nicht daran scheitern soll, daß die Person des eigentlichen Schädigers nicht mit voller Sicherheit ermittelt werden kann. Im Streitfalle fehlt es nicht an der Einheitlichkeit des Vorganges in dem soeben besprochenen Sinne. Beide, der Beklagte und eine andere Person, haben die unerlaubte Handlung an derselben Frauensperson, in derselben Nacht, in demselben Wohnraume begangen. Die Einheitlichkeit wird auch nicht dadurch aufgehoben, daß nach der besonderen Natur des hier in Frage kommenden Delikts jeder von beiden nur auf Befriedigung der eigenen Geschlechtsluft ausgegangen sein mag. Die gegenseitige Kenntnis vom Tun des anderen würde die Beteiligung nahezu bis zum gemeinschaftlichen Handeln im Sinne von Satz 1 des § 830 BGB. gesteigert haben. Aber auch ohne eine solche Wissenschaft bliebe nach Beschaffenheit des Streitfalls noch immer ein so naher räumlicher und zeitlicher Zusammenhang des gleichartigen Tuns bestehen, daß an einer „Beteiligung" beider an der unerlaubten Handlung im Sinne des Gesetzes nicht gezweifelt werden darf. Wenn weiter feststeht, daß die Beiwohnung des einen oder des anderen zur Schwängerung der Klägerin und in deren Verfolg zu ihrer schweren Gesundheitsschädigung geführt hat, so ergibt sich hieraus, daß beide für die Folgen zu haften haben.

2. R. **12** Nr. 1001 (Hamburg). § 830 verlangt nicht subjektiv gemeinsame Kausalität, sondern nur die objektive Tatsache gemeinschaftlichen Handelns.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 73. Im § 830 Abs. 2 sind nur die Anstifter und Gehilfen den Mittätern gleichgestellt. Der Gehilfe ist neben dem Täter für den verursachten Schaden verantwortlich; beide haften nach § 840 als Gesamtschuldner für den Schaden. Begünstigung und Hehlerei sind im § 830 Abs. 2 nicht erwähnt; diese Delikte stellen strafrechtlich wie zivilrechtlich selbständige unerlaubte Handlungen dar, deren Schadensfolgen besonders zu ermitteln sind.

§ 831. 1. **RG.** SeuffA. **67** 141, BayerZ. **19** 195 s. schon JDR. **10** § 831 Ziff. 2.

2. **RG.** R. **12** Nr. 2540. Von einer Anwendung des § 831 BGB. kann da nicht die Rede sein, wo der von dem Unternehmer mit der Leitung des Betriebs Beauftragte durch Verabsäumung der ihm als solchen obliegenden Pflichten einen Unfall herbeiführte.

3. **RG.** R. **12** Nr. 3198. Die Anwendbarkeit des § 831 BGB. ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn erst durch die subjektive Willensrichtung der bestellten Person deren Handeln rechtswidrig wird. Entscheidend ist lediglich, ob der Schaden in Ausführung der übertragenen Verrichtung herbeigeführt ist.

4. **RG.** BayRpflZ. **12** 137, JW. **12** 296, DJZ. **12** 458. Auf Grund des § 831 kann auch Schadensersatz fordern, wer bei der „Verrichtung" selbst beteiligt war.

5. **RG.** **77** 211, SeuffA. **67** 219 s. schon JDR. **10** § 831 Ziff. 6.

6. Bestellung.

*Jovy. Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, hat die Stellung eines Geschäftsherrn nicht nur, wenn der Bestellte in Ausführung der ihm aufgetragenen Verrichtung von seinem — des Bestellers — Willen abhängig ist, sondern auch dann, wenn dem Bestellten die selbständige Ausführung der Verrichtung obliegt, sofern diese im Interesse des Bestellers erfolgt. Hierbei ist es gleichgültig, ob der Bestellte nach außen hin als der Besorger des Geschäfts des ihn Bestellenden auftritt oder nicht. Mithin bildet eine Überordnung des Bestellers über den Bestellten nicht die Voraussetzung für die „Bestellung zu einer Verrichtung" im Sinne des § 831 BGB.; ebensowenig kann das Erfordernis eines Verschuldens des Geschäftsherrn als das entscheidende Kriterium angesehen werden, vielmehr wird dieses in der Möglichkeit, den durch Vornahme der Verrichtung entstandenen Schaden in letzter Linie auf die Willensbetätigung des Geschäftsherrn zurückzuführen, zu suchen sein. Es bleibt daher in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob der von dem Bestellten in Ausführung der Verrichtung angerichtete Schaden in der Willensbetätigung des Bestellers und Geschäftsherrn seine letzte Ursache finden kann.

7. Stellung als Geschäftsherr (JDR. **10** Ziff. 8).

RG. SeuffA. **67** 268, JW. **12** 37, LeipzZ. **12** 73, ElsLothJZ. **12** 198, 265. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung es als wesentliches Merkmal, das die Bestellung eines anderen zu einer Verrichtung charakterisiert und die mit einer Tätigkeit betraute Person zu einem Bestellten im Sinne des § 831 BGB. macht, bezeichnet, daß dem Besteller im Verhältnisse zum Bestellten die Stellung des Geschäftsherrn zukomme (**RG.** **51** 199, **53** 276, JW. **09** 276 Nr. 12, 416 Nr. 12, **10** 747 Nr. 4, WarnE. **08** Nr. 56 u. 471, **10** Nr. 232, **11** Nr. 180). Ob dieses Merkmal der Bestellung zu einer Verrichtung vorhanden ist, kann im Einzelfalle oft zweifelhaft sein. Der Revision ist nachzugeben, daß mit der Feststellung allein, daß B. den Kraftwagen des Beklagten in dessen Auftrage nach Paris brachte, dem Merkmale nach nicht genügt ist; denn von einem Auftrage kann auch dann gesprochen werden, wenn B. als selbständiger Unternehmer die Beförderungstätigkeit ausübte. Andererseits ist die Meinung der Revision irrig, die Annahme eines Geschäftsherrnverhältnisses und damit die Bestellung zu einer Verrichtung sei ausgeschlossen, wenn der Bestellte bei der auszuübenden Tätigkeit auf Grund eigener Sachkunde und Erfahrung handelt und handeln muß. Wäre dies zutreffend, so würde nicht nur der geprüfte Lenker eines Kraftwagens, sondern auch der herrschaftliche Kutscher und selbst der Bierkutscher, zumal wenn der Dienstherr der eigenen Sachkunde ermangelt, ebensowenig jemals „ein zu einer Verrichtung Bestellter" im Sinne des § 831 BGB. sein können, wie etwa ein Baumeister oder ein Förster im Dienste der Stadtgemeinde. Maßgebend ist vielmehr, ob dem Auftraggeber die Verfügung über die Person und die Bestimmung ihrer Tätigkeit zusteht. In einer Reihe von Fällen, und so auch im vorliegenden Falle, wird der Unterschied des Angestellten im Sinne des § 831 BGB. und des

selbständigen Unternehmers mit dem Unterschied eines Dienstvertrags und eines Werkvertrags zusammenfallen. Hatte B. das „Werk" übernommen, den Kraftwagen des Beklagten in die Pariser Fabrik zu befördern dergestalt, daß es nur auf dieses Arbeitsergebnis ankam, er aber im übrigen über seine Handlungen die freie Verfügung hatte, so war er nicht Angestellter des Beklagten nach § 831 BGB.; hatte er aber, wenn auch nur für die einzelne Reise, die Diensttätigkeit eines Chauffeurs des Kraftwagens des Beklagten übernommen, so war er dessen Verfügungsgewalt unterstellt; der Beklagte war sein Geschäftsherr.

8. **RG.** JW. **12** 138. Das RG. hat neuestens wieder zu der streitigen Frage, welche Tragweite dem Schlußsatze des § 254 BGB. zukommt, im Urt. vom 6. Juli 1911, VI. 415/10 (JW. **11** 805) Stellung genommen. Er hält auch in diesem daran fest, daß eine Ausdehnung des § 278 BGB. im Gebiete der unerlaubten Handlungen auf jedes Verschulden von gesetzlichen Vertretern und Hilfspersonen, das nur zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, nicht als richtig anzuerkennen sei, erachtet es dagegen für zulässig, in solchen Fällen den § 831 BGB. entsprechend zur Anwendung zu bringen.

9. **RG.** R. **12** Nr. 1788. Der Unternehmer von Straßenbauarbeiten steht hinsichtlich der ihm zur Sicherung des Verkehrs obliegenden Maßregeln zur auftraggebenden Gemeinde im Verhältnis eines Bestellten zum Geschäftsherrn. Hat eine Stadtgemeinde die Untauglichkeit eines Unternehmers für die ihm aufgetragenen Straßenbauarbeiten oder einen Teil derselben (Vornahme von Sicherungsmaßregeln) erkannt, so muß sie in entsprechender Weise Abhilfe schaffen, und sie kann sich nicht damit entschuldigen, daß es für sie tatsächlich unmöglich gewesen sei, dem Unternehmer die Arbeiten zu entziehen, ohne dadurch weit größere neue Gefahren hervorzurufen.

10. Beweis und Gegenbeweis (JDR. **10** Ziff. 15 u. das. angeführte Zitate).

a) Geigel gibt eine Übersicht der Möglichkeiten der Führung des Entlastungsbeweises.

b) **RG. 79** 101, JW. **12** 638. Der Entlastungsbeweis der sorgfältigen Auswahl nach § 831 BGB. ist hinsichtlich des Beamten wie hinsichtlich jedes anderen zu einer Verrichtung Bestellten darauf zu richten, daß er zur Zeit der Bestellung zu dieser Verrichtung ohne Verschulden in der Sorgfalt ausgewählt war; er kann nicht zugunsten des Staates mit Rücksicht auf dessen Gebundenheit an die einmal angestellten Beamten, für die Reichsbeamten nach Maßgabe der §§ 10, 73 ff. RBG., lediglich auf die Zeit der Anstellung abgestellt werden; damit würde eine unterschiedliche Haftung des Geschäftsherrn, je nachdem dieser Staat oder Privatperson ist, in die Anwendung des § 831 BGB. eingeführt. Daß der Staat einen Beamten nicht schlechthin entfernen, sondern nur nach Maßgabe der gesetzlichen Disziplinarbestimmungen gegen ihn vorgehen kann, mag unter Umständen zu Härten führen, kann aber dem Staate dritten Beschädigten gegenüber nicht zugute kommen.

c) **RG. 78** 107, JW. **12** 240. Die Bestimmung des § 831 BGB. setzt nicht eine Haftung für fremdes Verschulden, sondern eine solche für ein eigenes Verschulden des Haftpflichtigen fest, das jedoch vermutet wird und von ihm zu widerlegen ist. Wenn ein Angestellter bei Ausführung der ihm aufgetragenen Verrichtung einem Dritten widerrechtlich einen Schaden zugefügt hat, so soll sein Geschäftsherr für den Schaden aufkommen, weil er, wie zunächst vom Gesetze vermutet wird, in der Auswahl des Angestellten, in der Beschaffung der etwa erforderlichen Gerätschaften oder in der etwa erforderlichen Leitung der ihm aufgetragenen Verrichtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vernachlässigt hat. Zur Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 gehört es mithin, daß ein Verschulden nach den bezeichneten Richtungen denkbar ist. Wenn — was selbstverständlich im Sinne des § 831 ebenfalls von dem Ge-

schäftsherrn nachzuweisen ist — der Umfang eines großen industriellen Betriebs oder einer sonstigen großen Verwaltung oder wenn andere persönliche Hindernisse dem Geschäftsherrn selbst die Auswahltätigkeit hinsichtlich der niederen Angestellten unmöglich machen und diese einem Angestellten höherer Ordnung übertragen werden muß, dann hat sich insoweit der Entlastungsbeweis des § 831 BGB. auf diese letztere Person zu richten. Der Angestellte muß noch zur Zeit derjenigen Verrichtung, bei deren Ausführung ein Dritter zu Schaden gekommen ist, die Befähigung zur ordnungsmäßigen Ausführung der Verrichtung besessen haben, und der Geschäftsherr muß dementsprechend nachweisen, daß er die ihm obliegende Sorgfalt in der Auswahl des Angestellten zu dieser Zeit ausgeübt habe. Dieser Beweis des Geschäftsherrn zu seiner Entlastung von der Verschuldensvermutung des § 831 BGB. kann wiederum in zwei Richtungen sich spalten: Handelt es sich um die praktische Aufsichtstätigkeit im besonderen auf der Grundlage der von dem Geschäftsherrn getroffenen allgemeinen Aufsichtseinrichtungen, so kann diese bei einem großen Betrieb oder bei sonstiger Behinderung des Geschäftsherrn wiederum wie die Auswahl des Betriebspersonals bei der Anstellung einem höheren Angestellten übertragen werden müssen, und dann gilt hinsichtlich des Entlastungsbeweises das vorher über die Auswahl bei der Einstellung Ausgeführte. Die allgemeinen Aufsichtsanordnungen sind dagegen regelmäßig die Aufgabe des Geschäftsherrn selbst, bei Körperschaften mithin der gesetzlichen Vertreter. Insoweit diese in Frage kommen, muß der Geschäftsherr den Sorgfaltsbeweis mithin für seine eigene Tätigkeit führen und kann sich nicht mit dem Nachweise der sorgfältigen Auswahl der Aufsichtsbeamten decken, die doch nur die von ihm geschaffenen Aufsichtseinrichtungen durchzuführen, seine Aufsichtsweisungen zu befolgen haben. Der Kläger hat im gegebenen Falle den Nachweis geführt, daß der Kutscher K. im Laufe seiner Dienstzeit bei der Beklagten wiederholt sich Ordnungswidrigkeiten hat zuschulden kommen lassen, die ihm polizeiliche und gerichtliche Strafen zuzogen und die zwar zufällig einen erheblichen Schaden nicht anrichten, aber doch einen solchen anrichten konnten und die Sicherheit des auf den Straßen verkehrenden Publikums ernsten Gefahren aussetzten. Die Beklagte, die von diesen Bestrafungen und den ihnen zugrunde liegenden Vorgängen keine Kenntnis erhalten zu haben behauptet, hat sich diesen festgestellten Tatsachen gegenüber auf ihre Aufsichtsorganisation berufen, in der sie durch eine größere Zahl von Kontrolleuren ihren gesamten Wagenverkehr in den Straßen B.s unausgesetzt überwache. Das Berufungsgericht ist auf den Beweis nicht eingegangen mit der Begründung, daß ihre Organisation jedenfalls im gegebenen Falle versagt habe. Die Revision greift diesen Satz als rechtsirrig und den allgemeinen Charakter des Entlastungsbeweises aus § 831 BGB. verkennend an. Allein das Berufungsgericht läßt dem angefochtenen Satze die Erläuterung folgen, daß die Beklagte Einrichtungen treffen müsse, durch die sie von gerichtlichen oder polizeilichen Bestrafungen ihrer Kutscher zuverlässige Kenntnis erhalte, und dazu genüge die behauptete Organisation nicht, die gewissermaßen nur Stichproben liefere. In Wahrheit ist hier mithin auf eine mangelhafte Seite der allgemeinen Aufsichtseinrichtungen der Beklagten, wie sie nach ihrer Behauptung sich darstellen, hingewiesen, für die ein Beweisantritt fehle. Diese Erwägung des Berufungsgerichts ist nicht rechtsirrtümlich.

d) **RG.** JW. 12 194 (s. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 10 d γ). Der Sorgfaltsbeweis des § 831 BGB. hat sich auch auf die Zeit zu erstrecken, zu welcher die Verrichtung durch den Angestellten ausgeführt wurde, durch die ein Dritter widerrechtlich verletzt wurde.

e) R. 12 Nr. 1473 (Hamburg). Für das Maß der Sorgfalt, das der Geschäftsherr bei der Bestellung einer Person anzuwenden hat, kommt es auf die Art der Verrichtung an. Ist diese so einfacher Art, daß sie jeder Durchschnittsarbeiter ausführen kann, so genügt es, wenn der Geschäftsherr sich an einen Dritten mit der Bitte

wendet, ihm verständige Arbeiter zur Ausführung der Arbeiten zu stellen. Es war nicht nötig, hervorzuheben, daß es besonders zuverlässige Leute sein mußten.

f) **RG.** R. **12** Nr. 2542. Hat eine Baufirma Änderungen an einer Eisenbahnbrücke vorzunehmen, während der Eisenbahnverkehr weitergeführt werden soll, so sind an den Entlastungsbeweis strenge Anforderungen zu stellen, und es geht nicht zu weit, zu verlangen, daß der bauleitende Monteur, den der Mangel der theoretischen Ausbildung hinderte, die möglichen unheilvollen Folgen eines Versäumnisses zu erkennen, durch einen Ingenieur überwacht wurde.

g) **RG.** R. **12** Nr. 1175. Bei der Entscheidung darüber, ob der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, liegt es in den Verhältnissen begründet, daß sich das Gericht ein Urteil darüber, ob diese Sorgfalt betätigt worden, regelmäßig nur auf Grund von Urteilen dritter Personen beschaffen kann. Hierbei können die Urteile direkter Vorgesetzten, also gerade derjenigen Personen, die während einer längeren Zeit die Gelegenheit und Verpflichtung hatten, von der Art und Weise der Ausübung der der bestellten Person übertragenen Verrichtungen Kenntnis zu nehmen, eine maßgebende Grundlage für die richterliche Überzeugung liefern.

h) **RG.** SchlHolstAnz. **12** 182. Sobald der Beschädigte den Nachweis geführt hat, daß in der Dienstzeit des Angestellten sich offenkundige Mängel objektiv gezeigt haben, genügt der Dienstherr seiner Entlastungspflicht nicht mehr allein mit dem Nachweise, daß der Angestellte zur Zeit seiner Anstellung tüchtig und mit Sorgfalt ausgewählt war; es entschuldigt ihn auch nicht, wenn er dartut, daß die Mängel ihm nicht bekannt geworden seien. Er muß vielmehr den Beweis führen, daß sie ihm ohne sein Verschulden entgangen sind, daß er also die dienlichen Einrichtungen zur ständigen Unterrichtung über die Leistungen und die Amtsführung der Angestellten getroffen, aber auch deren genaue Anwendung ihm nicht zur Kenntnis der Pflichtwidrigkeiten oder der Ungeeignetheit des Angestellten verholfen haben.

i) **RG.** R. **12** Nr. 3468. Der Entlastungsbeweis des Hausbesitzers in bezug auf das einem Hausverwalter aufgetragene Streuen bei Eisglätte wird nicht ohne weiteres dadurch hinfällig, daß der Verwalter zwölf Häuser zu verwalten hat. Ob die ihm dadurch aufgebürdete Arbeitslast ihn an der sorgfältigen Ausführung der ihm aufgetragenen Verrichtungen hindert, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

k) **RG.** R. **12** Nr. 2541. Daß die Verrichtung des Eisstreuens an sich eine einfache ist, darf nicht dazu führen, es mit dem Entlastungsbeweis zu leicht zu nehmen.

l) **RG.** R. **12** Nr. 2668. Ein Zeugenbeweis, daß ein Fuhrknecht sich seit einem Jahre vor dem Unfalle stets als zuverlässiger, tüchtiger und gewissenhafter Fuhrmann erwiesen habe, darf nicht deswegen abgelehnt werden, weil damit keine Tatsachen genannt seien, aus denen sich ergebe, daß der Beklagte sich selbst durch eigene Prüfung von der Befähigung des Fuhrknechts zu der fraglichen Fahrt überzeugt habe.

11. Personenkreis (IDR. **10** Ziff. 16 u. das. Angef.).

a) **RG.** SchlHolstAnz. **12** 182. Der Kanallotse fällt unter die im § 831 bezeichneten Personen, für deren Handlungen der Fiskus im Rahmen des § 831 haftet (**RG. 74** 250). Für die Haftung des Fiskus kommt die innere Beamtenstellung des Lotsen nicht in Betracht.

b) SchlHolstAnz. **12** 326 (Kiel). Das Reich haftet für Kanallotsen nach § 831 (**RG. 74** 250).

c) BadRpr. **12** 38 (Karlsruhe). Ein Pionierbataillon als verfassungsmäßiger Vertreter des Militärfiskus. Haftung des Fiskus für das Verschulden des Militärfiskus.

d) KGBl. **12** 56 (KG.). Personen, die im Dienste eines Vereins oder eines Gemeinwesens zwar dauernd angestellt, aber doch nur von dem Vorstand oder einem besonderen Vertreter angestellt sind, sind nur Hilfspersonen im Sinne des § 831

(**RG. 53** 276, **62** 34). Zu diesen Personen gehört auch ein Straßenreinigungsaufseher.

e) **RG.** BayRpflZ. **12** 136. Haftung eines Vereins wegen eines Unfalls, der bei einem Stiftungsfeste durch Feuerwerk sich ereignet hat. Die Vorstandsmitglieder sind bestellt für alle Verrichtungen, deren Ausführung in den Geschäftskreis des Vorstandes fällt.

f) **RG.** JW. **12** 849. Straßenbauinspektor ist kein Vertreter im Sinne des § 89, sondern Angestellter im Sinne des § 831.

12. **RG.** HansGZ. **12** Beibl. 163. Der Bestellte muß den Schaden nicht gerade infolge der fehlerhaften Eigenschaft verursacht haben, wegen welcher der Beweis für seine Eignung zu der übertragenen Verrichtung nicht erbringlich ist. Es genügt, daß der Bestellte objektiv als nicht geeignet zu der Verrichtung erscheint.

13. **RG.** R. **12** Nr. 2539. Die Umgrenzung des Geschäftskreises eines Angestellten braucht nicht ausdrücklich in dem Dienstvertrage vereinbart zu sein; sie kann sich mehr oder weniger aus der Natur der Sache ergeben, auch durch nachträglich erteilte und befolgte Weisungen, wie durch die Billigung der praktisch ausgeübten Tätigkeit des Angestellten sich bestimmen. Nur ist es Sache des Geschäftsherrn, wenn er eine an sich ihn treffende Verantwortung mit dem Hinweis auf die Bestellung eines Beamten für den fraglichen Geschäftskreis abwenden will, klare und bestimmte Verhältnisse zu schaffen.

14. **RG.** R. **12** Nr. 2666. *Die Pflicht zur Beschaffung von Gerätschaften* bedingt nicht, daß der Geschäftsherr in jedem Einzelfall aus den vorhandenen Stücken das entsprechende Gerät selbst auswählt und den Angestellten speziell zuweist, vielmehr kann dies nach Lage der Verhältnisse durch allgemeine Anweisung geregelt und dem sachkundigen Ermessen eines Betriebsleiters für den jeweiligen Gebrauchsfall überlassen sein.

15. *Kiesel* wendet sich gegen **RG. 64** 235 und vertritt den Standpunkt, daß auf die Entlastung der Gemeinden für Verschulden der ärztlichen Personen und des Pflegepersonals von Krankenanstalten § 831 in jedem Falle Anwendung finde, gleich, ob die Aufnahme auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht oder auf Grund eines Vertrags mit einer zahlungspflichtigen Privatperson erfolgt.

16. *Einzelne Fälle.*

a) *Auswahl eines Chauffeurs.*

α. **RG.** JW. **12** 385. *Sorgfalt bei der Auswahl eines Kraftwagenführers.* Das Verhalten des Wagenführers ließ vermuten, daß er von Natur ängstlich veranlagt war; diese Ängstlichkeit konnte und durfte bei ordnungsmäßiger Achtsamkeit den verantwortlichen Organen der Gesellschaft nicht entgehen, und diese konnten sich über die Gefährlichkeit einer solchen Eigenschaft für den Straßenverkehr nicht im Zweifel befinden. Würde es übrigens zutreffen, daß der Gesellschaft eine weitere Prüfung des Wagenführers nicht möglich gewesen sei, so wäre daraus nicht zu folgern, daß er unter solchen Umständen ohne weiteres habe angestellt werden dürfen; vielmehr durfte er eben, solange ein zuverlässiges Urteil über seine Vereigenschaftung nicht möglich war, als Kraftwagenführer überhaupt nicht oder nicht selbständig beschäftigt werden, wenn sich die Gesellschaft nicht der Haftung aus § 831 BGB. aussetzen wollte.

β. **RG.** R. **12** Nr. 2667. Eine großstädtische (Berliner) Automobildroschken-Aktiengesellschaft genügt ihrer Beweispflicht, daß sie einen bestimmten Droschkenführer mit der erforderlichen Sorgfalt ausgewählt und beaufsichtigt habe, nicht schon durch den Beweis, daß sie ein Kontrollsystem eingerichtet habe, dessen Beamte die Führer an den Haltestellen, beim Verkehre mit dem Publikum und beim Fahren zu beobachten und Unregelmäßigkeiten an die Verwaltung zu melden hätten.

γ. **RG.** EisenbE. 28 355, R. 12 Nr. 56. Bei einem vom Chauffeur verursachten Unfalle kann der Geschäftsherr nicht den Einwand erheben, eine Erkundigung nach den Charaktereigenschaften desselben in seinen früheren Stellungen sei nicht erforderlich gewesen, da er dort einen ganz anderen Beruf gehabt habe.

δ. **RG.** R. 12 Nr. 1609. Durch Auswahl eines geschickten Fahrers hat der Automobilbesitzer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt noch nicht erfüllt, er muß sich vielmehr auch darüber vergewissern, daß der Fahrer das Maß von Umsicht und Besonnenheit besitzt, das von dem Lenker eines unter Umständen so gefährlichen Verkehrsmittels notwendig zu fordern ist.

ε. BreslauAK. 12 12 (Breslau). Auswahl eines Chauffeurs. Daß der Chauffeur keine Ausbildung als Techniker oder Schlosser erfahren hat, ist unerheblich.

b) Auswahl eines Kutschers.

α. **RG.** R. 12 Nr. 1002. Hat der Dienstherr bei Erkundigung über den anzustellenden Kutscher die Auskunft erhalten, daß derselbe zwar im allgemeinen ordentlich und zuverlässig, aber wegen zweimaliger Betrunkenheit entlassen sei, so muß dies dem Dienstherrn trotz der guten schriftlichen Zeugnisse des Kutschers Veranlassung zu besonderer Vorsicht bezüglich der Verwendung des Kutschers (insbesondere bei jungen nicht eingewöhnten Pferden im lärmenden Getriebe der Großstadt) geben.

β. **RG.** HansGZ. 12 Beibl. 163. Ein Fuhrherr, der einen von Zeit zu Zeit sich betrinkenden Kutscher behält, kann sich nicht nach § 831 entschuldigen.

γ. ElsLothJZ. 12 303 (Colmar). Über den Entlastungsbeweis bei der Auswahl eines Kutschers.

c) **RG.** R. 12 Nr. 419. Ein „auf dem Lande bei Pferden aufgewachsener" Junge von 17 Jahren besitzt nicht schon deshalb und ohne weitere Ausbildung im Fuhrwesen die Befähigung zu selbständigen Fuhren schwierigerer Art.

d) **RG.** R. 12 Nr. 420. Für einen Unfall, den ein Fuhrknecht dadurch verursacht, daß er unterwegs Kinder auf der Deichsel des hinteren angekoppelten Wagens aufsitzen läßt und, am Ziele der Kinder angelangt, trotz Bittens derselben nicht anhält, haftet der Dienstherr nach § 831 BGB.

e) **RG.** R. 12 Nr. 58. Der Entlastungsbeweis hinsichtlich eines Motorführers ist mißlungen, wenn der Betriebsunternehmer ihn trotz wiederholter unaufgeklärter Unfälle nicht wenigstens besonders überwachen läßt.

f) **RG.** R. 12 Nr. 2041. Eine mit Bauten befaßte Aktiengesellschaft und ihr Vorstand genügen der Pflicht zur Sicherung ihrer Baustellen durch Übertragung der Bauaufsicht an einen technisch wohl vorgebildeten erfahrenen und sittlich einwandfreien Bauleiter; für unvorhersehbare Unterlassungen desselben oder seiner Untergebenen haftet die Aktiengesellschaft nicht.

g) **RG.** EisenbE. 28 408. Sorgfalt des Betriebsunternehmers bei der Auswahl eines Motorführers. Wenn der von dem Motorführer geführte Motorwagen in noch nicht zehn Monaten sechs Unfälle verursacht hat, von denen zwei durch den Motorführer verschuldet sind, während in den anderen Fällen seine Unschuld nicht erwiesen ist, so hat der Unternehmer bei Belassung des Führers in seiner Stellung nicht die nötige Sorgfalt beobachtet; zum mindesten ist besondere Überwachung geboten.

h) Grünebaum, Der § 831 und die Haftpflichtversicherung, LeipzZ. 12 139, tritt für eine Abänderung des § 831 ein.

§ 832. 1. **RG.** JW. 12 539. Wie das RG. bereits in der Sache VI. 569/10 (Urt. vom 19. Oktober 1911, WarnE. 12 Nr. 28) ausgeführt hat, sind Spielwerkzeuge, aus denen Geschosse entsendet werden, in gewissem Maße von vornherein immer als gefährlich anzusehen, weil sie, wenn auch in geringerem Grade, dieselben gefährlichen Eigenschaften wie die Schußwaffen aufweisen: sie sind leicht abzudrücken, die Entladung tritt plötzlich ein, und das Geschoß, hier ein rundes Schrotkügelchen, wird mit Schnelligkeit und nicht unerheblicher Durchschlagskraft heraus-

befördert. Hiernach ist nicht zu verkennen, daß in der Tat auch die vorliegende Büchse, wenn nicht als wirkliche Schußwaffe, so doch mindestens als ein gefährliches Spielwerkzeug anzusprechen ist. Wenn aber die Revision hieraus folgern will, es hätte dem Knaben gar nicht überlassen werden dürfen, so wird diese Annahme doch als zu weitgehend erachtet werden müssen. Bei ausreichender Vorsicht und Achtsamkeit kann die Büchse unzweifelhaft so gehandhabt werden, daß daraus für andere Personen keine Gefahr entsteht, und nach der Persönlichkeit wie nach dem Alter des Knaben konnte der Beklagte an sich erwarten, daß eine sachentsprechende Unterweisung des Knaben in der Handhabung der Büchse zuverlässige Beachtung bei ihm finden werde. Zweifelhaft aber bleibt nach dem vom Berufungsgerichte festgestellten Sachverhalte vor allem, ob der Beklagte diese Unterweisung in ausreichendem Umfang erteilt hat: unter den gegebenen Umständen durfte er sich nicht auf eine mündliche, wenn auch wiederholte Mahnung zur Vorsicht beschränken, sondern er mußte, wenn er dem Knaben ein solches Spielwerkzeug von unzweifelhafter Gefährlichkeit anvertrauen wollte, es auf sich nehmen, ihn in der ungefährlichen und zuverlässigen Handhabung der Büchse zu schulen, ehe er sie ihm zu unbeaufsichtigtem Gebrauch überließ. Er mußte ihm nicht nur verbieten, in der Richtung zu schießen, wo sich andere Personen befinden, sondern er mußte ihn unter angemessener Darlegung und Veranschaulichung der Gefährlichkeit der Büchse im allgemeinen und in der Tragweite des Geschosses im besonderen praktisch anleiten, daß und wie die Benutzung nur an einem sicheren Orte zu erfolgen habe, wo niemand gefährdet ist — wie und wo dieser Ort zu wählen sei, daß nicht auf der Straße, nicht bei sonstigem Spiele mit anderen Knaben geschossen werden dürfe u. dgl. m. Erst wenn und nachdem diese Unterweisung ergab, es sei eine zuverlässig vorsichtige und gefahrlose Handhabung der Büchse zu erwarten, durfte dem Knaben der Gebrauch frei überlassen werden; geschah dies ohne solche Unterweisung oder sonst verfrüht, so geschah es auf die Gefahr des Beklagten, gegen den als den Vater eines minderjährigen Schädigers das Gesetz (§§ 832, 1627, 1631) die Vermutung eines Verschuldens bei der Verursachung des Schadens aufstellt.

2. ElsLothJZ. **12** 328 (Colmar). Die aufsichtspflichtigen Eltern haben nicht dafür einzustehen, daß die Erziehung einen günstigen Erfolg gehabt habe, sondern nur dafür, daß sie ihr Kind tatsächlich genügend beaufsichtigt haben; es besteht nur eine Aufsichtspflicht, die Erziehung kann aber als Mittel oder Ersatz für konkrete Aufsicht in Betracht kommen. Es sind ferner alle Minderjährigen ohne Unterscheidung des Alters innerhalb der Minderjährigkeit im Sinne des Gesetzes aufsichtsbedürftig, und es besteht kein Unterschied zwischen Minderjährigen, die einer Aufsicht bedürfen, und solchen, die ihrer nicht bedürfen. Verschieden sind nur die Art und das Maß der erforderlichen Aufsicht, je nach den persönlichen Anlagen und Neigungen, den Eigenschaften, der Entwickelung und Ausbildung der einzelnen Kinder. Wenn Kinder besonders zu üblen Streichen geneigt sind, so ist eine verschärftere Aufsicht geboten, und dann genügt ein allgemeiner Nachweis einzelner Mahnungen und Bestrafungen nicht, sondern es müssen wirksame und energische Beaufsichtigungsmaßnahmen dargetan werden, wenn der Entlastungsbeweis gelingen soll. Endlich genügt die bloße Möglichkeit, daß der Unfall auch bei gehöriger Aufsichtsführung sich hätte ereignen können, nicht, um die Ersatzpflicht auszuschließen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1610. Steht fest, daß der minderjährige Sohn des Aufsichtspflichtigen geneigt ist, Radfahrer und Pferde zu necken und das Scheuen der letzteren zu verursachen, so hat der Aufsichtspflichtige nachzuweisen, daß er ohne sein Verschulden keine Kenntnis hiervon hatte. Seine Unkenntnis an und für sich reicht zu seiner Entlastung nicht aus.

4. BadRpr. **12** 264 (Karlsruhe). Die Erstattung der von einem Vater gemachten Auslagen für sein durch einen Betriebsunfall der Straßenbahn verletztes Kind

kann nicht deshalb ganz oder teilweise abgelehnt werden, weil der Vater durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht den Unfall verschuldet habe.

5. SächsRpflA. **12** 344 (Dresden). Der Vormund eines Entmündigten hat nicht die Verpflichtung, jedem von der Entmündigung Mitteilung zu machen, der ein rechtliches Interesse daran hat. Liegt in der Nichtmitteilung ein Verstoß gegen die guten Sitten und Vorsatz, so kommt § 826 in Frage (s. a. o. zu § 823 Abs. 1 Ziff. 9a).

6. BraunschwZ. **12** 55 (Braunschweig). Haftung des Lehrers für fahrlässige Körperverletzungen, die sich Schüler gegenseitig während des Unterrichts zufügen.

7. Hartmann, Jugendpflege und Haftpflicht, FürsZ. **3** 217.

§ 833. 1. a) Jahn wendet sich gegen Hasenclever (JDR. **10** § 833 Ziff. 1 b). Die Novelle findet keine Anwendung auf solche Tiere, die lediglich zu Handelszwecken gehalten werden.

b) Ortloff, ThürBl. **59** 90, gibt eine Übersicht über die Schrift von Francke über Tierhalterhaftung.

2. Begriff des Tierhalters (JDR. **10** Ziff. 5).

a) **RG.** BayRpflZ. **12** 109. Der sog. Viehkommissionär ist nicht Tierhalter im Sinne des § 833.

b) FrankfRundsch. **4** 627 (Frankfurt). Die gewerblich mittätige Ehefrau ist nicht ohne weiteres als Tierhalter in bezug auf ein im Gewerbebetriebe verwendetes Tier anzusehen.

c) **RG.** PosMSchr. **12** 33. Bei Vermietung eines Reitpferdes ist nicht der Mieter Tierhalter; Tierhalter verbleibt vielmehr der Reitstallbesitzer auch während der Dauer des Austritts.

d) PrOVG. **59** 107 ff., 110 wendet den Begriff des Tierhalters, wie **RG. 62** 79, **66** 3 ihn entwickelt hat, auf den Begriff des Hundehalters für das Steuerrecht an.

3. Kausalzusammenhang (JDR. **10** Ziff. 6).

a) SeuffA. **67** 457, **RG.** JW. **12** 797. Das Gesetz verlangt zur Schadenshaftung des Tierhalters nicht mehr, als daß „durch ein Tier" ein Mensch oder eine Sache zu Schaden kommt. „Das Tier", nicht ein näher gekennzeichnetes Verhalten des Tieres, muß die Ursache des Schadens gesetzt haben. Selbstverständlich kann von einem ursächlichen Zusammenhange zwischen Tier und Schaden nicht gesprochen werden, wenn sich der Tierkörper hierbei nur passiv verhält, etwa nur als Werkzeug einer fremden Kraft benutzt wird, oder wenn er nur in einer bestimmten, von fremder Kraft, einem Naturereignis und dergleichen ihm aufgezwungenen Richtung tätig wird. Dagegen ist der Zusammenhang nicht schon deshalb aufgehoben, weil eine fremde Kraft auf die schadenbringenden Bewegungen miteingewirkt hat. Unmöglich endlich kann das Unterscheidungsmerkmal des ursächlichen Zusammenhanges darauf abgestellt werden, ob jene Bewegungen von einem mehr oder weniger zentralen Teile des Tierkörpers ihren Ausgangspunkt genommen haben. Der Zweck des Gesetzes, der Schutz vor Tiergefahr, würde vereitelt werden, wenn die vom Tiere selbst hervorgerufenen — im übertragenden Sinne als „willkürliche" zu bezeichnenden — Bewegungen noch weiter auf physiologische Vorgänge im Innern des Tierkörpers zurückverfolgt werden müßten.

b) RheinA. **109** I 194 (Düsseldorf). Grundsätzlich macht es für die Tierhalterhaftung keinen Unterschied, ob sich in dem schadenstiftenden Verhalten des Tieres eine Untugend oder eine Krankheit äußert, ob die Krankheit das schädigende Tun notwendig mit sich bringt oder nicht. Fehlt eine äußere Ursache, so entspringt das Verhalten des Tieres ihm selbst, ist lediglich ein Ausfluß seiner tierischen Natur, wenn auch im Zustande der Erkrankung. Daß sich diese Natur beim kranken Tiere anders äußert als beim gesunden und für seine Umgebung bedrohlich wird, ist gerade eine Gefahr, die den Tierhalter trifft.

c) BadRpr. **12** 91 (AG. Triberg). Der Tierhalter haftet auch für den mittelbar durch das Tier verursachten Schaden. Haftung für den Schaden, der dadurch entstanden ist, daß ein Vater den sein Kind angreifenden Hund des Beklagten durch Stockschläge abwehrt und dabei den Stock zerbricht.

d) Willkürliches Tun.

αα. **RG.** R. **12** Nr. 3469. Wie aus dem Bereiche des § 833 alle die Fälle ausscheiden, in denen das Tier lediglich als mechanisches Werkzeug wirkt oder in denen es dem Willen oder der Leitung des Menschen folgt, so muß gleiches auch in den Fällen gelten, wo ein erkranktes Tier auf andere gesunde Tiere allein dadurch schädigend einwirkt, daß es dieselben mit seiner Krankheit ansteckt. Denn auch hier ist regelmäßig keine willkürliche selbsttätige Einwirkung, die von dem kranken Tiere ausgeht, in Frage; vielmehr wirkt das Tier lediglich als Träger von Krankheitskeimen und Ansteckungsstoffen bei deren Verbreitung durch unmittelbare oder mittelbare Übertragung derselben auf andere Tiere unwillkürlich mit.

ββ. HansGZ. **12** Beibl. 265 (Hamburg). Ein Pferd, das auf die Hinterbeine geschlagen war, hatte ausgeschlagen und den Kläger verletzt. Für die Anwendbarkeit des § 833, dessen Voraussetzungen im übrigen jedenfalls vorliegen, kommt es darauf an, ob das Pferd auf den Schlag durch das Ausschlagen mit Naturnotwendigkeit reagieren mußte. Diese Frage ist zu verneinen. Zwar hat eine menschliche Handlung das Ausschlagen des Pferdes veranlaßt. Aber es handelt sich bei dem Ausschlagen weder um bloße Reflexbewegungen des Pferdes, noch bei dem Schlag mit dem Stock und der Peitsche um eine von außen einwirkende Gewalt, der das Pferd nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen konnte. Denn als derartige unwiderstehliche äußere Ereignisse sind nicht etwa alle plötzlichen Einwirkungen, auf welche das Tier lebhaft zu reagieren pflegt, anzusehen; vielmehr veranlaßt eine äußere plötzliche Einwirkung, wie ein Stock- oder Peitschenschlag, ein Pferd zu jähen und gewaltsamen, aber immer willkürlichen und nach der Individualität des einzelnen Tieres verschiedenen Bewegungen. Die Anwendbarkeit des § 833 entfällt nur dann, wenn die äußere Einwirkung derart wäre, daß das tierische Tun ganz ausgeschaltet wäre. Eine derart gewaltsame äußere Einwirkung liegt hier nicht vor. § 833 gelangt somit zur Anwendung.

e) SchlHolstAnz. **12** 41 (Kiel). Haftung für das Scheuen der Pferde infolge Ablaufens eines Rades und des dadurch bedingten Niederbruchs des Wagens.

f) DJZ. **12** 106 (Dresden). Schadensersatz gegen den Besitzer eines Hundes, der in das Rad des Klägers gelaufen ist. Das Verhalten des Tieres begründet die Schadenshaftung des Beklagten.

g) SeuffBl. **12** 29 (München). Der Besitzer eines Hundes haftet nicht für dessen Beißen, wenn der Hund durch eine fremde Person gehetzt wurde.

4. Satz 2 (JDR. **10** Ziff. 8, **9** Ziff. 7).

I. Schmidt, SeuffBl. **12** 135 ff. Dem Berufe, der Erwerbstätigkeit, dem Unterhalte dienen heißt zum Berufe, zur Erwerbstätigkeit, zum Unterhalt in nutzbare Beziehung gebracht werden. Bei Zugrundelegung dieses Sinnes sind auch die als Handelsware gehaltenen Haustiere in den Schutz der Novelle mitbegriffen.

II. Erläuterung des Satzes 2.

1. Pflicht der Beaufsichtigung.

a) R. **12** Nr. 426 (Colmar). Die Beaufsichtigung umfaßt nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Beaufsichtigung des Tieres durch Angestellte mit umfassendem Auftrag oder durch besonders für das Tier bestellte, mit der Aufsicht betraute Personen. Der das Haustier nicht unmittelbar beaufsichtigende Tierhalter wird nur dann von der Haftung frei, wenn er mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bewirkt, daß anderweit eine gehörige Beaufsichtigung durch solche Personen stattfindet. Wie in den Verhandlungen zu dem die neue Fassung des § 383

betreffenden Gesetzentwurfe hervorgehoben worden, muß der Tierhalter beweisen, daß er bei dieser Beaufsichtigung die für den einzelnen Fall erforderliche Sorgfalt angewendet hat (Materialien 25, 41, 43). Der Beweis der Zuverlässigkeit des Tierhüters genügt also nicht. Die Erfüllung der dem Tierhalter obliegenden Aufsichtspflicht zeigt sich vielmehr gerade darin, daß er dem Tierhüter die nach Lage des Falles notwendige Anweisung erteilt. Dieses Erfordernis bleibt auch dann, wenn man auf § 833 Satz 2 den § 831 Abs. 1 Satz 2 anwendet. Da jedoch der § 833 eine selbständige Stellung einnimmt, erscheint es richtiger, den § 831 nicht heranzuziehen.

b) SchlHolstAnz. **12** 41 (Kiel). Zur ordnungsmäßigen Beaufsichtigung der Tiere bei ihrer Arbeit gehört auch die Aufsicht darüber, daß die Tiere mit ordnungsmäßigen Arbeitsgeräten arbeiten (Fehlen eines Splintes im Rade, das das Ablaufen des Rades und dadurch ein Scheuen der Pferde bewirkt).

c) SchlHolstAnz. **12** 41 (Kiel). Haftung des Tierhalters gemäß § 831 für den zur Führung eines Wagens bestellten Knecht. Verschulden durch Benutzung von Wagen ohne Splinten.

d) NaumburgAK. **12** 50 (LG. Magdeburg). Haftung eines Fleischermeisters, dessen Wagen ein Kind überfahren hat. Bei zum Scheuen neigenden Pferden wird der Aufsichtspflicht nicht schon dadurch genügt, daß der Tierhaltr die Führung des Pferdes einem zuverlässigen Menschen anvertraut hat.

e) **RG.** PosMSchr. **12** 33. Der Reitstallbesitzer, der einem schlechten Reiter ein zum Durchgehen im Freien neigendes, schwer zu haltendes Pferd zum Ausreiten überläßt, verletzt seine Aufsichtspflicht.

f) **RG.** R. **12** Nr. 220. Weiß der Tierhalter, daß sein Pferd ein „Schläger" ist, so genügt er seiner Sorgfaltspflicht gegen Dritte nicht durch die Mitteilung, das Pferd sei „unruhig".

2. Erwerbstätigkeit.

a) SchlHolstAnz. **12** 51 (Kiel). Die Tiere (Pferde) müssen mindestens überwiegend der Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt sein. Daß sie nebenbei als Luxustiere verwendet werden, ist unerheblich. — Vgl. ebd. 55 (Kiel) — Sorgfalt bei der Auswahl des zur Aufsicht über die Pferde bestellten Kutschers.

b) SeuffA. **67** 398 (München). Zur Bewachung und Sicherheit gehaltene Hunde können grundsätzlich der Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt sein, z. B. der Hofhund des Landwirts, der Wachhund auf einsamem Betrieb; ob und inwieweit die Voraussetzungen zutreffen, muß im einzelnen Falle besonders geprüft werden. Die überwiegende Beschäftigung des Hundes muß der Bewachung dienen.

c) Handelsvieh.

α. **RG.** **79** 246, JW. **12** 689. Es handelt sich um die Frage, ob der zum Schlachten bestimmte Ochse als ein Haustier zu gelten hat, das der Erwerbstätigkeit des Metzgers als Tierhalters zu dienen bestimmt ist (§ 833 Satz 2 BGB.). Das Berufungsgericht hat die Frage, die in Literatur und Rechtsprechung bestritten ist, bejaht. Dieser Entscheidung ist beizutreten. Ebenso **RG.** WarnE. **12** 425.

β. BadRpr. **12** 49 u. 52 (Karlsruhe). Die Haftungsbeschränkung des § 833 Satz 2 findet auch auf zur Veräußerung bestimmtes Handelsvieh Anwendung.

γ. BadRpr. **12** 163 (Karlsruhe). Die Frage, ob auf Handelsvieh die Vorschrift des § 833 Satz 2 anzuwenden ist, ist zu verneinen.

δ. **RG.** BayRpflZ. **12** 459. Der Erwerbstätigkeit des Tierhalters dienen auch Tiere, mit denen er Handel treibt.

d) SchlHolstAnz. **12** 137 (Kiel). Der Hund eines Müllers, der zum Rattenbeißen und als Wachhund bestimmt ist, dient den Erwerbszwecken. Die Voraussetzungen des § 833 Satz 2 sind schon dann als vorliegend anzusehen, wenn mit der Dressur des Tieres für seine der Erwerbstätigkeit des Tierhalters dienende Zweckbestimmung (als Rattenbeißer) begonnen worden ist. Die bloße Absicht, das Tier

künftig für eine Erwerbstätigkeit dienstbar zu machen, genügt zur Anwendung des Satzes 2 allerdings nicht.

e) BadRpr. **12** 73 (Karlsruhe). § 833 Satz 2 findet auf Bienen keine Anwendung, da die Bienen nicht zu den Haustieren gehören.

f) BadRpr. **12** 165 (Karlsruhe). Bienen sind keine Haustiere im Sinne des § 833 Satz 2.

3. Beruf.

a) ElsLothJZ. **12** 70, 144 (Colmar) s. schon JRD. **10** § 833 Ziff. 8 II 4 a (320).

b) SchlHolstAnz. **12** 55 (Kiel). § 833 Satz 2 trifft nicht zu, wenn ein Haustier lediglich zur Sicherheit des Tierhalters gehalten wird, ebenso, wenn das Tier in erster Reihe aus Liebhaberei und in zweiter Linie zur persönlichen Sicherheit gehalten wird.

4. Beweispflicht (JDR. **10** Ziff. 8 II 5).

a) **RG.** WarnE. **12** 425. Die Sorgfaltspflicht des Tierhaltens hinsichtlich der Beaufsichtigung erschöpft sich keineswegs immer in der Bestellung eines tauglichen Tierhüters, kann vielmehr weitergehende Maßregeln erfordern.

b) HansGZ. **12** Beibl. 265 (Hamburg). Der Entlastungsbeweis nach § 833 S. 2 stellt dieselben Anforderungen wie der nach § 831 zu führende Entlastungsbeweis. Ist letzterer nicht gelungen, so kann auch der erstere nicht als geführt gelten.

5. Tierhalterhaftung und Vertragshaftung (JDR. **10** Ziff. 3 u. 9).

a) **RG.** R. **12** Nr. 219. Steht fest, daß der Kläger von vornherein durch den bloßen Abschluß des Beschlagvertrags die mit der Ausführung verbundene Tiergefahr nicht übernahm, so ist nicht einzusehen, welche Rechtsgründe dafür gegeben sein sollen, daß der Gefahrübergang während der Ausführung des Werkes doch stattgefunden haben soll. Eine entsprechende nachträgliche Änderung des Werkvertrags kommt nicht in Frage. Daß der Kläger Kenntnis von der Gefährlichkeit der Fortsetzung des Beschlagens erlangte, war für die Frage der Gefahrübernahme unerheblich.

b) **RG.** R. **12** Nr. 586. Wer für einen anderen die Wartung und Pflege eines kranken Pferdes übernimmt, nimmt nicht schon deswegen vertraglich die Tiergefahr auf sich. Der Kläger hat damit lediglich solche Dienste übernommen, wie sie ein Pferdeknecht oder Stallbursche zu leisten gehabt haben würde. Diese Art der Dienstleistungen des Klägers schließt eine Gleichstellung mit solchen Personen aus, die wie ein Stallmeister oder Zureiter regelmäßig selbständige Dienste besonderer Art zu leisten versprechen und deshalb (Soergel **05** 190) meist auch die Tiergefahr mitübernehmen. Der Kläger hatte nicht selbständig über die Behandlung des Pferdes zu befinden, sondern sich nach den ihm vom Tierarzt im Einverständnisse mit dem Beklagten erteilten Weisungen zu richten.

c) HessRspr. **12** 318 (Darmstadt). Die bloß zur Wartung und Pflege der Pferde berufenen Personen genießen den Schutz des § 833; der Tierhalter ist nur dann von seiner Haftpflicht befreit, wenn der zu gewissen Dienstleistungen Verpflichtete (z. B. der Trainer) zugleich auf Grund des Vertrags die Gewalt über das Tier erlangt hat. Bei unselbständigen Dienstverrichtungen, wie sie Kutscher, Reit- und Stallknechte übernehmen, besteht die Haftung des Tierhalters weiter. Allein das Vertragsverhältnis hat doch insofern Einfluß auf diese Haftung, als sich die Beweislast zugunsten des Tierhalters verschiebt. Handelt es sich um ein Tier, das nicht als bösartig oder gefährlich gekennzeichnet ist, so ist der Annahme Raum zu geben, daß der Dienstverpflichtete seine Vertragspflicht, welche eine sorgfältige und vorsichtige Behandlung des Tieres mitumfaßt, verletzt hat; denn es ist anzunehmen, daß ein an sich ruhiges gutmütiges Tier bei einer sorgfältigen und vorsichtigen Behandlung

nicht zum Austreten oder Ausschlagen gekommen wäre, oder daß das seinem Temperament entsprechende Verhalten bei geeigneter Vorsicht eine Verletzung nicht zur Folge hätte haben können.

d) RheinA. **109** I 194 (Düsseldorf). Der Tierhalter haftet dem einen tollen Hund behandelnden Tierarzt für den durch das Tier zugefügten Schaden.

6. Ausschluß der Tierhalterhaftung. (JDR. **10** Ziff. 10).

a) **RG.** PosMSchr. **12** 33. Ausschluß der Haftung bei Überlassung eines Reitpferdes an einen Reiter. Bei Erforschung des Vertragswillens kann von Bedeutung sein, ob der Reitstallbesitzer versichert ist.

b) **RG.** BayRpflZ. **12** 460. Ausschluß der Haftung des Tierhalters in einem Falle, in welchem der Hufschmied beim Beschlagen verletzt worden ist. Die Gefahr ist von dem Hufschmied übernommen worden.

c) **RG.** R. **12** Nr. 585. Allerdings kann auch bei dem aus Gefälligkeit die Wartung eines Tieres Übernehmenden die Haftung des Tierhalters vertragsmäßig ausgeschlossen sein. Allein der aus Gefälligkeit Handelnde kann wenigstens nicht ungünstiger beurteilt werden als der gegen Entgelt Handelnde. Wenn schon bei letzterem die vertragsmäßige Ausschließung der Tierhalterhaftung das Ungewöhnliche ist und von der besonderen Gestaltung des Vertragsverhältnisses abhängt, so wird dies erst recht bei einem aus Gefälligkeit Handelnden der Fall sein müssen.

d) **RG.** SeuffA. **67** 11 s. schon JDR. **10** § 833 Ziff. 10 a.

e) **RG.** R. **12** Nr. 3080. Die Tierhalterhaftung kann dadurch ausgeschlossen sein, daß bei dem Beschädigten ein Handeln auf eigene Gefahr anzunehmen ist. Sollte die Fahrt dem Kläger erkennbar eine Versuchsfahrt zwecks „Einfahrens eines noch jungen fremden Pferdes" gewesen sein und sollte es weiter zutreffen, daß er, als kurz nach Antritt der Fahrt das Pferd ausbog und Kläger, besorgt werdend, absteigen wollte, sich durch die Worte des Beklagten beruhigen ließ, das Pferd werde schon gehen, es müsse gehen, so wird zu prüfen sein, ob in solchem Verhalten des Klägers nicht ein Selbstverschulden, das der vollen Zuerkennung seiner Schadensersatzforderung (§ 254 BGB.) entgegenstände, oder gar ein Handeln auf eigene Gefahr, nämlich eine Übernahme der Gefahr zu finden sei, die ihm erkennbar mit der Fortsetzung der Fahrt verbunden war.

§ 835. 1. SeuffA. **67** 459 (Cassel). Der Wildschadenersatz erstreckt sich nur auf Schaden durch jagdbares Wild, nicht durch wilde Kaninchen.

2. Heinze. Über die Ersatzpflicht der durch Weidevieh angerichteten Schäden unter Berücksichtigung der Erstattungspflicht der Haftpflichtversicherungsanstalten, PrVerwBl. **33** 627.

3. PrOVG. **59** 355. Aufwendungen, durch welche der vom Wildschaden Betroffene den Schaden gemindert hat, sind von dem Ersatzpflichtigen zu übernehmen.

§ 836. *Frölich. 1. Eine allgemeine Fürsorgepflicht für die ordnungsmäßige Beschaffenheit von Sachen oder sonstigen Eigentumsgegenständen besteht nach dem BGB. nicht. Der von dem RG. in dem Urt. vom 30. Oktober 1902 (**RG. 52** 373) aufgestellte, aus § 836 BGB. abgeleitete Grundsatz, daß jetzt ein jeder für den durch seine Sachen angerichteten Schaden insoweit haftbar sei, als er ihn bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des Verletzten hätte abwenden müssen, findet in dem geltenden Rechte keine Stütze.

2. **RG.** R. **12** Nr. 427. § 836 BGB. findet keine Anwendung, wenn ein bei Ausführung eines Neubaues herabfallender Gebäudeteil einen Unfall verursacht. Allerdings kann auch ein unfertiger Bau ein Gebäude im Sinne des § 836 sein, z. B. ein unvollendet gebliebener Rohbau oder ein wieder in Verfall geratenes Gebäude. Wesentlich ist aber, daß der abgelöste Gegenstand bereits baumäßiger Teil des Gebäudes geworden war und diejenige Bestimmung erfüllt hat, die ihm nach

Anlage und Zweck des Gebäudes zukommen soll. Hieran fehlt es hier. Zwar sollte der Außenträger im Erkerkranze verbaut und Erkerteil werden. Aber diese Bestimmung hatte er noch nicht erreicht. Denn bevor er endgültig verbaut war, fiel er bei der Arbeit zur Errichtung des Erkers selbst in die Tiefe.

3. **RG.** SeuffBl. **12** 503, R. **12** Nr. 1902. Der Hausbesitzer genügt seiner Pflicht, auf die baulichen Mängel des Hauses zu achten, nicht schon durch Anordnung jährlicher Untersuchungen, sondern er muß auch in den Zwischenräumen seine Sorgfaltspflicht betätigen. Hinsichtlich von Mängeln, die den allgemeinen Verkehr gefährden, darf er sich auch nicht auf die dem Mieter nach § 545 BGB. obliegende Anzeigepflicht verlassen.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 957, JW. **12** 242. Die Klägerin, die mit ihrem Ehemann auf Grund eines zwischen diesem und dem Beklagten abgeschlossenen Mietvertrags im Hause C.straße 11 in München wohnte, ist, als sie auf der den Mietern und ihren Leuten zur Benutzung überwiesenen sog. Waschaufhänge Wäsche abnehmen wollte, dadurch verunglückt, daß unter ihr ein Brett des Bodenbelags brach. Durch das Brechen des Brettes verlor sie mit einem Fuße an der Bruchstelle plötzlich den Halt, sie kam infolgedessen zu Falle und zog sich eine erhebliche Verletzung am linken Kniegelenke zu. Was die Frage nach der Anwendbarkeit des § 836 BGB. anlangt, so ist zwar richtig, daß die vom Berufungsrichter zur Unterstützung seiner Ansicht herangezogene Entsch. des VI. Zivilsen. des RG. vom 6. Oktober 1902 (**RG. 52** 236) auf den vorliegenden Fall nicht vollständig paßt. Dort hatten sich Stücke eines Fußbodens derart aus dem Gefüge und der Verbindung mit dem Ganzen gelöst, daß sie in den darunter gelegenen Raum hinabgefallen waren, sie hatten sich also vollständig losgelöst. Hier aber sind die beiden Enden des durchgebrochenen Brettes in ihrem Zusammenhange mit dem Ganzen haften geblieben und ist das Brett durchgebrochen, ohne daß, soweit ersichtlich, irgendwelche Stücke in den darunter gelegenen Raum hinabgefallen wären. Ebensowenig läßt sich aus der in dem Urt. des VI. Zivilsen. mitgeteilten Entstehungsgeschichte der hier maßgeblichen Bestimmung, wonach auch bei der Ablösung von Teilen eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes Haftung des Grundstücksbesitzers eintreten soll, für Fälle der vorliegenden Art etwas Sicheres entnehmen. Der dem § 836 zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke, daß jeder für Beschädigung durch seine Sachen insoweit aufkommen muß, als er die Schadensfolge bei billiger Rücksichtnahme auf die Sicherheit anderer hätte verhüten können, würde zwar ohne weiteres für die Anwendbarkeit der Bestimmung auch für Fälle der vorliegenden Art sprechen. Die Entscheidung hängt also davon ab, ob Fälle von der Art, wie sie hier in Rede stehen, noch unter den Begriff „Ablösung" von Teilen eines Gebäudes oder Werkes gebracht werden können. Diese Frage ist aber zu bejahen.

5. DJZ. **12** 760 (Colmar). Ein in eine Straße eingelassener hölzerner Mast zur Tragung elektrischer Leitungsdrähte ist ein „Werk" im Sinne des § 836. Fällt der Mast um, weil sein Holz in der Erde gefault ist, so liegt ein „Einsturz" des Werkes vor, der auf mangelhafter Unterhaltung beruht. Den Entlastungsbeweis im Sinne des Satzes 2 führt der Besitzer des Werkes nur, wenn er dartut, daß er den Mast auch in seinem unterirdischen Teile von Zeit zu Zeit auf Fäulnis untersuchen und zutreffendenfalls entfernen ließ.

6. HansGZ. **12** Beibl. 240 (Hamburg). Verletzung eines Passanten durch Sturz in ein auf dem öffentlich benutzten Trottoir vor dem Hause eines Privaten befindliches Kellerloch infolge Nachgeben des das Kellerloch verdeckenden Eisengitters. Die Voraussetzungen des § 836 sind gegeben.

7. **RG.** R. **12** Nr. 1003. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist nicht beobachtet, wenn ein Kirchenvorstand zur Prüfung des mangelhaften Zustandes der Läutevorrichtung der Kirche lediglich Dorfhandwerker hinzuzieht.

8. **RG.** BayRpflZ. **12** 310. Der Besitzer eines Gebäudes haftet den Personen, die sein Gebäude niederreißen, nicht auf Grund des § 836.

§ 838. **RG.** PosMSchr. **12** 123. Der § 838 verweist auf den § 836, der von der Haftung des Besitzers spricht. Die Vorschriften des § 836 sind sonach auch im Falle des § 838 maßgebend. Danach liegt dem Kläger kein Beweis dafür ob, daß der Fehler auf ein Verschulden des Beklagten zurückzuführen sei. Dem Beklagten blieb freigestellt, den Entlastungsbeweis zu führen.

§ 839. 1. *Reimer, JW. **12** 980 ff. Wenn der Tatbestand vorliegt, daß ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, so trifft, gleichviel, ob der Beamte nur aus § 839 haftet oder ob daneben noch eine Haftung aus §§ 823, 826 oder 276 besteht, die Verantwortlichkeit nach dem PrG. vom 1. August 1909 und nach dem RGes. vom 22. Mai 1910 den Staat. Für den Umfang der Verantwortlichkeit des Staates ist § 839 maßgebend. Insoweit der Staat haftet, ist die Verantwortlichkeit des Beamten selbst ausgeschlossen; der Staat haftet an Stelle des Beamten. Insoweit der Staat nicht haftet, kann, falls aus einem anderen Rechtsgrund als aus § 839 eine über den Rahmen der letzteren Bestimmung hinausgehende Inanspruchnahme des Beamten möglich ist, der Geschädigte sich subsidiär an den Beamten halten.

2. *Krieg, JW. **12** 1087. 1. Das PrG. vom 1. August 1909 und das RGes. vom 22. Mai 1910 haben nur die außervertragliche Haftung der Beamten auf den Staat übertragen. Dies folgt aus sprachtechnischen Gründen wie aus der Unbilligkeit der Ergebnisse der gegenteiligen Ansicht. ➛ Gebilligt vom **RG.** 13. Dezember 1912, III. 13/12, noch nicht veröffentlicht. ⟵ 2. Haftet der Beamte aus vertraglichem Verschulden, so ist die Haftung des Staates ausgeschlossen, weil der Verletzte auf andere Weise als durch Berufung auf § 839 BGB. Ersatz zu erlangen vermag. 3. Der § 3 Satz 2 PrG. vom 1. August 1909 ist ungültig, weil er ohne reichsgesetzliche Ermächtigung den Beamten schlechter stellt, indem er den Ablauf der Verjährung gegen ihn hinausschiebt.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1177. Die Beachtung der vom Gesetze für die Anordnung einer Beschlagnahme gegebenen Schranken stellt eine dem Beamten auch Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht dar, und der Beamte wird nach § 839 BGB. durch schuldhafte Verletzung dieser Amtspflicht dem Dritten schadensersatzpflichtig.

4. R. **12** Nr. 1004 (Frankfurt). Die Aufsichtspflicht des Lehrers ist nicht als Amtspflicht im Sinne des § 839 anzusehen.

5. **RG.** PrVolksschulA. **11** 174, GruchotsBeitr. **56** 962. Nur die Verletzung selbst muß von dem Verschulden umfaßt werden, nicht der Eintritt der schädlichen Folgen (**RG.** JW. **07** 828).

6. Soehngen. Der Begriff Urteil ist auch auf Beschlüsse und Verfügungen auszudehnen, nur die Rechtssache muß die Entscheidung treffen. Zum Begriffe der Amtspflicht im Sinne des § 839 ist nicht erforderlich, daß der Beamte zur Vornahme der Handlung verpflichtet war, vielmehr genügt es, daß er zum amtlichen Handeln befugt war (**RG.** **68** 282). Die Amtspflicht muß dem Beschädigten gegenüber bestehen. Einem Dritten gegenüber besteht aber eine Amtspflicht nur dann, wenn sie dem Beamten für seinen Verkehr mit dem Publikum zu dessen unmittelbaren Nutzen und Schutze, d. h. zum Schutze der einzelnen Angehörigen des Staatswesens auferlegt ist. — Amtspflichten des Zivilprozeßrichters, Vormundschaftsrichters, Testaments-, Nachlaß-, Grundbuchrichters. — Über den fahrlässigen Rechtsirrtum — Abänderungsvorschläge (417 f.).

7. **RG.** **78** 241, WürttRpflZ. **5** 274, JW. **12** 349. Die Vorschrift des § 839 Abs. 1 BGB., welche von der Verletzung einer einem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht spricht, scheidet damit alle die Amtspflichten

des Beamten aus, welche ihm nur seinem Dienstherrn, dem Staate, gegenüber obliegen. Bei der hiernach gebotenen Unterscheidung der einzelnen Amtspflichten wird das Hauptgewicht auf den Zweck zu legen sein, dem die einzelne Amtspflicht dienen soll. Ist ihr Zweck nur die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, der Schutz der vermögensrechtlichen Interessen des Gemeinwesens, dem er dient, oder das Interesse des Gemeinwesens an einer ordentlichen Amtsführung des Beamten, so handelt es sich nicht um eine dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht. Ist die Amtspflicht dem Beamten dagegen gerade im Interesse des einzelnen auferlegt, so liegt sie ihm einem Dritten gegenüber ob. Es ist nicht gerechtfertigt, den Kreis derjenigen Personen, deren Interessen die dem Beamten zur Amtspflicht gemachte Tätigkeit unter Berücksichtigung ihrer besonderen Art und ihres Zweckes dienen soll, in allen Fällen gleichzustellen mit dem Kreise derjenigen Personen, die bei der betreffenden Amtstätigkeit als unmittelbar Beteiligte erscheinen. Diese beiden Kreise können allerdings zusammenfallen, sie können aber auch voneinander verschieden sein. Ob das eine oder das andere der Fall ist, richtet sich nach der Art der Tätigkeit des Beamten, nach ihrer inneren Natur. So fallen die beiden Kreise zusammen bei der Tätigkeit des Prozeßrichters; hier sind nur die Parteien im Sinne des 2. Abschnitts des 1. Buches der ZPO., also einschließlich der am Rechtsstreite beteiligten Dritten, die im letzteren Sinne Beteiligten. Sie sind aber auch allein diejenigen, deren Interesse die dem Prozeßrichter zur Amtspflicht gemachte Tätigkeit nach ihrer besonderen Art und ihrem Zwecke dienen soll. Dagegen fallen die beiden Kreise nicht zusammen, wenn es sich um die Amtstätigkeit des Grundbuchrichters handelt. Hier erscheinen als die Beteiligten im Sinne des § 12 GBO., also als diejenigen, denen gegenüber dem Grundbuchbeamten die Amtspflicht im Sinne des § 839 BGB. obliegt (vgl. **RG. 72** 329), alle diejenigen Personen, in deren Rechtskreis durch die Pflichtverletzung des Grundbuchbeamten unmittelbar eingegriffen wird. Die dem Notar durch § 176 FGG. auferlegten Pflichten sollen, wie die gesamte Tätigkeit des Notars auf dem Gebiete des Beurkundungswesens, der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dienen. Die Amtspflicht, die erforderliche Sorgfalt auf die Erfüllung dieser Tätigkeit zu verwenden, liegt daher dem Notar nicht nur gegenüber demjenigen ob, auf dessen Antrag er tätig geworden ist oder werden soll, bei Beurkundung eines Vertrags auch nicht lediglich gegenüber den Vertragsparteien, sondern gegenüber allen denjenigen, die in betreff der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse auf jenem Gebiet auf die pflichtmäßige Ausübung der Tätigkeit des Notars angewiesen sind.

8. **RG.** R. **12** Nr. 3360. Im Falle des § 839 Abs. 1 Satz 2 ist die Ersatzverpflichtung des Beamten nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil eine entfernte Möglichkeit der Entschädigung durch einen anderen besteht. Der Ersatzberechtigte braucht sich auch nicht auf eine Ersatzmöglichkeit verweisen zu lassen, die zwar einigermaßen wahrscheinlich, aber doch erst in der Zukunft zu seiner Befriedigung führen würde. Der Inanspruchnahme des Beamten steht nicht grundsätzlich entgegen, daß der Geschädigte eine sich darbietende Gelegenheit, auf andere Weise Ersatz zu verlangen, verabsäumt hat. Wohl kann eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 254 Abs. 2 in Frage kommen.

9. **RG.** R. **12** Nr. 589. Für die Frage, ob der Verletzte nicht auf anderer Weise Ersatz zu erlangen vermag, kommt es nicht auf die Zeit des Urteils in dem Rechtsstreit gegen den Beamten, sondern auf den Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Eintritt des Schadens Kenntnis erlangt hat (GruchotsBeitr. **48** 929).

10. Einzelne Fälle.

a) Notar (JDR. **10** Ziff. 13a u. s. o. Ziff. 7).

α. **RG.** R. **12** Nr. 876. Wie der erk. Sen. in dem Urt. vom 10. Januar 1912 (III. 116/11) — s. o. Ziff. 7 — mit ausführlicher Begründung dargelegt hat, liegt

dem Notar die Amtspflicht, bei Ausübung seiner Amtstätigkeit die erforderliche Sorgfalt anzuwenden, einem jeden gegenüber ob, der auf die Ordnungsmäßigkeit der Ausübung der Amtstätigkeit angewiesen ist und im Vertrauen auf diese Ordnungsmäßigkeit in Beziehung auf den beurkundeten Vorgang im Rechtsverkehre tätig wird. Daß hiernach auch der Aussteller des Wechsels zu den Personen gehört, denen gegenüber dem Notar bei Erhebung des Wechselprotestes die bezeichnete Amtspflicht obliegt, kann nicht zweifelhaft sein. Denn das Protestwesen dient nicht nur dem Schutze des auftraggebenden Wechselgläubigers, sondern dem Schutze aller Wechselbeteiligten. Der Wechselaussteller ist zwar, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht daran interessiert, daß überhaupt protestiert werde, wohl aber daran, daß, wenn es geschieht, der Protest ordnungsmäßig erhoben werde. Denn er muß, wenn er sich nicht einer Klage des ihn im Regreßweg in Anspruch nehmenden Indossatars aussetzen will, die Wechselsumme und die Kosten des auf Antrag des Indossatars erhobenen Protestes zahlen, ohne prüfen zu können, ob die Form, in welcher der Protest erhoben wurde, der Sachlage entspricht. Er ist also zur Abwendung einer Klage genötigt, Wechselsumme und Kosten zu zahlen, die er möglicherweise nicht schuldet, ohne darüber Gewißheit zu haben, ob er sie schuldet.

β. **RG.** ZBlFG. **12** 670. Der Notar ist zu einer Ratserteilung zwecks Vermeidung von Stempeln und Steuern bei Aufnahme der Urkunde nicht verpflichtet.

b) Grundbuchrichter.

α. SeuffA. **67** 485 (Cassel). Haftung des Grundbuchrichters gegen den Staat nur aus grober Fahrlässigkeit (bei Übertragung einer Hypothek auf ein anderes Blatt.)

β. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 802. „Beteiligter" im Sinne des § 12 GBO. ist, entsprechend dem § 839, der „Dritte", dem gegenüber dem Grundbuchbeamten die verletzte Amtspflicht obliegt. Wird aber beim Grundbuchamte die Vornahme einer solchen Amtshandlung beantragt, die den Übergang eines Vermögensrechts auf einen Dritten zur Folge hat, so liegt dem Grundbuchbeamten die Amtspflicht, auf die Erledigung des Antrags die gehörige Sorgfalt zu verwenden, nicht nur gegenüber dem Antragsteller ob, sondern auch gegenüber dem Dritten; denn dieser ist in betreff der Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse, die durch die Erlangung des fraglichen Vermögensrechts eintreten soll, auf die pflichtmäßige Ausübung der grundbuchamtlichen Tätigkeit angewiesen (**RG. 72** 330).

γ. **RG.** JW. **12** 195. Die Pflichtverletzung ist mit Recht darin gefunden worden, daß der Beklagte die von ihm unterschriebene Ausfertigung des der Sparkasse erteilten Hypothekenbriefs weder mit dem Inhalte des Grundbuchs noch mit dem vom Grundbuchführer zuvor angefertigten Entwurfe verglichen, daß er vielmehr den Hypothekenbrief der Sparkasse hat zugehen lassen, ohne sich von der Richtigkeit seines Inhalts überzeugt zu haben. Wenn der Beklagte meint, er habe nur die Pflicht gehabt, die Richtigkeit des Entwurfes zu prüfen, während für die Richtigkeit der nach dem Entwurfe hergestellten Ausfertigung nur der Grundbuchführer einzustehen habe, so ist das mit dem Gesetze nicht vereinbar. Da der Art. 7 PrAGGBO. ausdrücklich vorschreibt, daß die Hypothekenbriefe usw. von dem Richter und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben sind, so läßt sich nicht bezweifeln, daß das Gesetz die Verantwortlichkeit für die Angaben der Urkunde nicht nur dem Gerichtsschreiber, sondern auch dem Richter hat aufbürden wollen, und daß es demgemäß auch ihm eine selbständige Prüfungspflicht aufgelegt hat.

δ. **RG.** SeuffA. **67** 484, JW. **12** 866. Prüfungspflicht des Grundbuchbeamten bei Eintragungsanträgen. Die Schädigung der Partei kann auch darin liegen, daß ihrem eigenen unbegründeten Antrage stattgegeben wurde, statt ihn abzuweisen.

ε. ThürBl. **59** 104 (Jena). Pflicht des Grundbuchbeamten, sich darüber zu vergewissern, ob die von den Beteiligten gebrauchten grundbuchtechnischen Ausdrücke ihrem wahren Willen entsprechen.

c) Gerichtsvollzieher.

α. *Hartmann. Die herrschende Meinung, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem auftraggebenden Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher ein privatrechtliches sei, ist nicht haltbar. Die Vornahme obrigkeitlicher Zwangshandlungen kann niemals Gegenstand eines privatrechtlichen Vertrags sein. Ein Gerichtsvollzieher, der seine Amtspflichten verletzt, haftet dem Auftraggeber genau so wie jedem Dritten ausschließlich nach § 839, sofern nicht der Staat in Gemäßheit Art. 77 EGBGB. die Haftung selbst übernommen hat.

β. **RG. 79** 216, JW. **12** 639. Zwischen dem Beamten einer Verteilungsstelle für Gerichtsvollzieheraufträge und der Partei, die einen Zustellungsanftrag erteilt, entsteht kein Vertragsverhältnis. Der Beamte haftet nur nach § 839 BGB.

γ. SchlHolstAnz. **12** 311 (Kiel). Durch das PrG. vom 1. August 1909 ist die Haftung des Gerichtsvollziehers gegenüber seinem Auftraggeber nicht nur wegen der im § 839 BGB. bestimmten Verantwortlichkeit, sondern auch wegen vertraglichen Verschuldens beseitigt.

δ. ElsLothJZ. **12** 405, BuschsZ. **43** 124 (Colmar). Haftung des Gerichtsvollziehers für unzulässige Zustellungen. Vorliegend Haftung verneint.

ε. KGBl. **12** 95 (LG. II Berlin). Über die Haftung des Gerichtsvollziehers (vgl. PrG. vom 1. August 1909).

ζ. BadRpr. **12** 151 (Karlsruhe). Über die Haftung des Fiskus für den durch Amtspflichtverletzung des Gerichtsvollziehers einem Dritten zugefügten Schaden. Verjährung. (Bad. R.)

d) Postbeamte.

α. **RG.** SeuffA. **67** 461, EisenbE. **29** 103, LeipzZ. **12** 542, JW. **12** 751. Der Kläger hat unstreitig durch Verschulden des verklagten Obertelegraphenassistenten einen Schaden, für den er auf andere Weise nicht Ersatz zu erlangen vermag, dadurch erlitten, daß der Beklagte eine an den Kläger von seiner Schwester in G. aufgegebene telegraphische Postanweisung auf der Zwischenstation H. aufgenommen, aber nicht weiterbefördert hat. Für diesen Schaden ist der Beklagte mit Recht auf Grund des § 839 BGB. für haftbar erklärt. Die Außerachtlassung solcher Dienstvorschriften, die nicht lediglich die Person der Beamten und ihr Verhältnis zueinander und zur vorgesetzten Behörde angehen, sondern die Beförderung und die richtige und prompte Ausfertigung von Telegrammen betreffen, enthält eine Amtsverpflichtung nach § 839 BGB., und zwar „gegenüber den an der Beförderung des Telegramms interessierten Personen aus dem Publikum".

β. **RG.** JW. **12** 1061. Haftpflicht eines Postbeamten bei Behandlung eines Eilbriefs. Auch wenn man davon ausgeht, daß es eine dem Postbeamten Dritten gegenüber, insbesondere gegenüber den Absendern eines Briefes, obliegende Pflicht im Sinne des § 839 BGB. ist, bei der Beförderung eines Briefes dafür zu sorgen, daß dieser auf dem schnellsten durch die Abfertigungsübersichten, die Leithefte und die sonstigen ihm zur Verfügung stehenden Hilfsmittel nachgewiesenen Wege zum Ziele komme, so kann doch der Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte diese Pflicht verletzt und zwar fahrlässig verletzt habe, nicht beigetreten werden. Es darf das Maß der in dieser Hinsicht den Absendern eingeräumten Rechte und der an die Postbeamten zu stellenden Anforderungen nicht überspannt werden. Nach der Auskunft der Oberpostdirektion durfte der Beklagte damit rechnen, daß der Brief auf dem von ihm gewählten Wege am nächsten Tage um 5 Uhr 35 Min. nachmittags am Bestimmungsort eintreffen würde, also nur eine Stunde und 20 Minuten später als auf demjenigen Wege, der als schnellster in erster Reihe in Frage gekommen wäre. Dieser Zeitunterschied ist, selbst wenn es sich um einen durch Eilboten zu bestellenden Geldbrief handelt, ein so geringer, daß der Meinung der Kaiserlichen

Oberpostdirektion beizutreten ist, daß der Beklagte diesen Weg ohne Bedenken wählen konnte.

γ. BadRpr. **12** 171 (Karlsruhe). Bei der Pflicht des abgebenden Telegraphenbeamten, das Wiederholungstelegramm des abnehmenden Beamten zu kontrollieren, handelt es sich um eine Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht.

e) Orts- und Gemeindevorsteher.

α. SächsOLG. **33** 462. Verletzung der Amtspflicht eines Gemeindevorstandes bei Versagung einer obrigkeitlichen Genehmigung.

β. **RG.** SeuffA. **67** 195 s. schon JDR. **10** § 839 Ziff. 13 h α (Haftung eines Bürgermeisters oder Gemeindevorstehers bei Aufnahme eines Nottestaments).

f) **RG.** BayRpflZ. **12** 419, R. **12** Nr. 3081. Der Vorgesetzte eines angestellten Polizeibeamten darf annehmen, daß diesem die Grenzen seiner Befugnisse bekannt sind, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, welche ihm zu Zweifeln an der Fähigkeit und den Kenntnissen des Untergebenen Veranlassung geben.

g) **RG.** R. **12** Nr. 2543. Die Beamten eines Bezirkamts machen sich einer Verletzung ihrer Amtspflicht schuldig, wenn sie die Schutzmannschaft anweisen, eine durch eine Straßenpolizeiverordnung verbotene Handlung zu dulden.

h) **RG.** JW. **12** 636. Die preußischen Feldmesser sind nicht Beamte im Sinne des § 839.

i) **RG.** JW. **12** 638. Eine zum Zwecke der Ausbildung der Truppen vorgenommene Sprengung bleibt militärische Übung auch dann, wenn sie auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags vorgenommen ist.

k) Weihe, Zur Haftpflicht der Beamten, DRichterZ. **12** 794 tritt für eine Neuregelung der Bestimmungen ein.

§ 840. 1. **RG.** RheinA. **109** II 360, EisenbE. **29** 65, JW. **12** 190. Wie bereits **RG. 71** 7 dargelegt ist, führt der im § 840 Abs. 2 u. 3 ausgeprägte Rechtsgedanke dazu, in den Fällen, wo auf der einen Seite nur Gefährdungshaftung, auf der anderen Haftung aus Verschulden vorliegt, den Urheber der schuldhaften Handlung den Schaden, für den er verantwortlich ist, allein tragen zu lassen. An dieser, inzwischen nochmals in der Sache VI. 92/1909 (abgedr. bei WarnE. **10** Nr. 120) ausgesprochenen Rechtsansicht ist festzuhalten. Es besteht kein begründetes Bedenken dagegen, die im § 840 Abs. 3 getroffene Regelung des Verhältnisses zwischen dem aus Verschulden und dem bloß aus Gefährdung Haftenden auch auf den Fall, daß dieser selbst, nicht ein Dritter, der Geschädigte ist, auszudehnen. Zum gleichen Ergebnisse wäre auch nach Maßgabe des § 254 BGB. zu gelangen, der in der Rechtsprechung des Senats (**RG. 75** 251/256) auf den Ausgleichungsanspruch nach §§ 840, 426 BGB. gleichfalls angewendet worden ist.

2. **RG.** SeuffA. **67** 323, EisenbE. 28 356, JW. **12** 71. Wie das RG. in mehrfachen Entscheidungen ausgesprochen hat, sind die Bestimmungen der Abs. 2 u. 3 des § 840 BGB. einer erweiterten entsprechenden Anwendung auf andere als die darin ausgeführten Deliktstatbestände nicht zugänglich. Der Grundgedanke, dem sie entsprungen sind, daß, wer aus wirklichem Verschulden haftet, keine Ausgleichung bei demjenigen suchen soll, der nur aus von ihm zu vertretender Gefährdung oder aus vermutetem Verschulden ersatzpflichtig ist (**RG. 71** 7), ist von dem Gesetze nur in bestimmten beschränkten Einzelanwendungen durchgeführt worden. Trotz der Anwendbarkeit des Grundgedankens auf das Verhältnis zwischen dem aus Verschulden haftenden Ersatzpflichtigen und dem nur nach Maßgabe des Reichshaftpflichtgesetzes haftenden Eisenbahnunternehmer können deshalb die in den Abs. 2 u. 3 des § 840 BGB. von der durch § 426 auf Grund des § 840 Abs. 1 festgesetzten Ausgleichungspflicht der mehreren Ersatzpflichtigen untereinander zugelassenen Ausnahmen auf jenes Verhältnis nicht ausgedehnt werden (**RG. 53** 114, **58** 335, **61** 56, JW. **11** 220 Nr. 25).

3. **RG.** BayRpflZ. 12 75. Über das innere Verhältnis zwischen drei Gesamtschuldnern, von denen der eine nach dem HaftpflG., einer nach § 823 und einer nach § 831 haftet. Das Verhältnis dieser Schuldner zueinander ist nicht das der sog. „unechten Gesamthaftung", sondern ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne von § 426 BGB. Nach dem Grundsatze dieser Bestimmung sind sie also im Innenverhältnisse zu gleichen Teilen verpflichtet.

4. **RG.** JW. 12 865. Ausgleichung zwischen mehreren aus einer unerlaubten Handlung Verpflichteten.

5. **RG.** BayRpflZ. 12 397, R. 12 Nr. 2245. Hat ein Geschäftsinhaber seiner Verpflichtung, für die Sicherheit der im Geschäftsgebäude verkehrenden Kunden zu sorgen, dadurch zuwider gehandelt, daß er die Reinigung eines Glasdachs während der Geschäftsstunden duldete, ist aber die Verletzung des Geschäftskunden durch ein Verschulden des Inhabers des Glasreinigungsinstituts verursacht worden, so haftet im inneren Verhältnis der letztere allein.

6. **RG.** EisenbE. **29** 35 s. schon JDR. **10** § 840 Ziff. 4.

§ 841. 1. **RG.** R. **12** Nr. 3363. Der Vormundschaftsrichter, der wegen nachlässiger Beaufsichtigung der Vormundschaft in Anspruch genommen ist, hat einen Ersatzanspruch gegen den Vormund, der die Vormundschaft schuldhaft nachlässig geführt hat.

2. Vgl. Isaac, Kommentar zum Automobilgesetze 339 ff.

§ 843. 1. **RG.** ElsLothJZ. **12** 150. Haftung eines Spitals wegen mangelhafter Überwachung einer geisteskranken Ehefrau. Klage beider Eheleute, weil jeder vermöge seines Verfügungsrechts den anderen zur Geltendmachung seines Anspruchs und zur Empfangnahme der Leistung ermächtigen kann und weil schon in der gemeinschaftlichen Erhebung der Klage zum Ausdrucke kommt, daß der Schuldner durch Entrichtung der Leistung an beide Eheleute befreit wird.

2. Schadensersatzforderungen von Kindern.

a) WürttRpflZ. **12** 134 (Stuttgart). Ein verletztes Kind kann auch die von seinen Eltern bezahlten Kosten für die in seiner Begleitung gemachten Reisen seiner Mutter zum Arzte im eigenen Namen geltend machen.

b) **RG.** HansGZ. **12** Beibl. 157. Ein verletztes minderjähriges Kind kann den zur Herstellung seiner Gesundheit erforderlichen Geldbetrag von dem Schädiger verlangen. Dieses Recht wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vater in Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht die notwendigen Ausgaben einstweilen bestritten hat. Es folgt das aus der einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellenden Vorschrift des § 843 Abs. 4 (**RG. 65** 162).

c) **RG.** R. **12** Nr. 428. Das Kind ist berechtigt, den durch seinen Unfall verursachten Verdienstentgang des Vaters ersetzt zu verlangen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1304. Hat infolge einer körperlichen Beschädigung eine Telephonistin ihre Stelle aufgeben müssen, so kann der hierfür Ersatzpflichtige eine spätere Verheiratung der Verletzten nur dann für sich geltend machen, wenn er nachweist, daß die Verheiratung nicht in ursächlichem Zusammenhange zu dem Unfalle steht. Es besteht die Möglichkeit, daß die Telephonistin ohne den Unfall nicht zur Ehe geschritten wäre, sondern es vorgezogen hätte, in ihrem mit auskömmlichen Gehalt ausgestatteten und eine spätere Altersversorgung gewährleistenden Berufe zu verbleiben, daß also die Heirat mit dem erlittenen Unfalle in ursächlichem Zusammenhange steht.

4. **RG.** BayRpflZ. **12** 236, JW. **12** 597, R. **12** Nr. 1305. Steht fest, daß der Verletzte ungeachtet der ihm teilweise verbliebenen abstrakten Arbeitsfähigkeit seinen Beruf nicht mehr ausüben kann und dadurch seinen bisherigen Erwerb eingebüßt hat, so ist es Sache des Ersatzpflichtigen, nachzuweisen, daß er einen ihm zuzumutenden

anderen Erwerb finden, daher in Höhe dieses Erwerbes keinen Schadensersatz fordern kann.

5. **RG.** R. 12 Nr. 2544. Der Verletzte ist nicht verpflichtet, unter Schmerzen die ihm verbliebene Arbeitskraft auszunutzen, damit die Erstattungsverbindlichkeit des Schädigers gemindert oder aufgehoben werde.

6. **RG.** EisenbE. **29** 64, R. **12** Nr. 429. Es besteht keine Vermutung dafür, daß eine Erwerbsbeschränkung im Zweifel andauern werde, vielmehr hat der schadensersatzfordernde Kläger auch die Dauer der behaupteten Erwerbsbeschränkung zu beweisen.

7. Berücksichtigung des Alters.

RG. 77 213 s. schon JDR. **10** § 843 Ziff. 4 u. 5.

8. a) **RG.** R. 12 Nr. 2942. Liegt zurzeit eine Minderung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten vor und besteht nur eine entfernte Möglichkeit, daß diese Minderung in einigen Jahren gehoben sein wird, so kann dem Verletzten eine der jetzt bestehenden Minderung entsprechende Rente „bis auf weiteres" zuerkannt werden. Falls dann eine wesentliche Änderung eintreten sollte, steht es dem Beklagten frei, gemäß § 323 ZPO. eine entsprechende Änderung des Urteils zu verlangen.

b) **RG.** R. **12** Nr. 2941. Eine unsichere Vermutung, der Verletzte werde die nächsten 10 Jahre nur halb erwerbsfähig sein, reicht auch nach § 287 ZPO. nicht aus, ihm daraufhin für diesen Zeitraum eine entsprechende Jahresrente zuzuerkennen.

c) SeuffA. **67** 63 (Dresden). Bemessung der Rente, wenn die Einnahmen des Verletzten sich gesteigert hätten, und wenn noch ein anderes Leiden eingetreten ist.

9. a) **RG.** SeuffBl. **12** 45 s. schon JDR. **10** § 843 Ziff. 7 a.

b) **RG.** SeuffA. **67** 149 s. schon JDR. **10** § 843 Ziff. 7 b.

c) **RG.** R. **12** Nr. 3472. Der Ehemann, der Ersatz der infolge Verletzung seiner Ehefrau gehabten Auslagen von dem Ersatzpflichtigen verlangt, braucht sich eine der Frau von einer Versicherungsgesellschaft gezahlte Entschädigung nicht anrechnen zu lassen, auch nicht in Höhe des ihm zufallenden Nießbrauchs.

d) **RG.** R. **12** Nr. 62. Die formelle Übertragung eines Geschäfts auf den Namen der Ehefrau des Verletzten hindert nicht, den durch den Unfall des Mannes entstandenen Erwerbsverlust als Schaden des Mannes anzusehen.

e) **RG.** EisenbE. **28** 407, JW. **12** 29. Bei Gütertrennung ist der Ehemann zur Einklagung des Erwerbsverlustes der Ehefrau nicht befugt.

10. **RG.** SeuffA. **67** 15 s. schon JDR. **10** § 843 Ziff. 8.

§ 844. 1. **RG. 77** 408. §§ 844, 845 im Vertragsverhältnisse (§ 618 Abs. 3).

2. SchlHolstAnz. **12** 69 (Kiel). Klage auf Feststellung der künftigen Unterhaltspflicht des getöteten Kindes für den Fall künftiger Bedürftigkeit des Vaters.

3. *Isaac, Kommentar zum Automobilgesetze 286 ff.

§ 845. 1. KGBl. **12** 8 (KG.). Klage des Ehemanns auf Ersatz der Heilungskosten für seine bei einem Unfalle verletzte Ehefrau.

2. HansGZ. **12** Beibl. 243 (Hamburg). Die Ehefrau hat als Schadensersatz so viel zu beanspruchen, als der Unterhaltspflicht des Getöteten entsprochen hätte, nicht etwa bloß den auf sie entfallenden Teil seines bisherigen Einkommens. Den Kindern ist eine Rente bis zum vollendeten 16. Lebensjahre zugebilligt worden.

§ 847. 1. *Fromherz. Unter Anführung der bisherigen Literatur und Erörterung der Arbeit von Burchardt (Diss. Heidelberg 1909) wird ausgegangen von folgender Gruppierung der Tatbestände: I. a) Ein Vertrag ist nur Mittel zur Durchführung einer unerlaubten Handlung. b) Die Eingehung eines Vertrags, allein oder in Verbindung mit der Erfüllung, stellt sich auf seiten des einen Vertragsteils als eine unerlaubte Handlung dar, ohne das Mittel zu der letzteren zu sein. Hier bestehen Vertrags- und Deliktsanspruch nebeneinander. II. Dem Vertragsschlusse (Schuldverhältnisse) folgt ein Vorgang nach, welcher als Verletzung der durch

das Schuldverhältnis begründeten Sorgfaltspflicht in Betracht kommen kann; zugleich aber auch, für sich betrachtet, eine unerlaubte Handlung darstellt. Dieser Vorgang kann a) eine Gefährdungshaftung, b) eine Haftung aus Verschulden begründen. Die Fälle der letzteren Art sind nach dem Ergebnisse der Untersuchung einer Prüfung in doppelter Richtung zu unterziehen: Einmal ist zu fragen, ob die mit der Schadenszufügung verwirklichte Gefahr in einem inneren, adäquaten Zusammenhange mit dem vorliegenden Schuldverhältnisse steht: dann besteht jedenfalls Haftung aus dem bestehenden Schuldverhältnisse. Zweitens ist aber auch festzustellen, ob im gegebenen Falle die Gefahr sich nicht auch auf solche Personen erstreckt hat, welche zu dem Verantwortlichen in keiner vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehung standen. Dann haftet dieser auch nach den Deliktsvorschriften; denn dann hat eine nicht auf den Vertragsgenossen beschränkte, eine Verkehrsgefahr die Schadenszufügung zur Folge gehabt. Nur wenn die zweite Frage verneint werden muß, dann ist der Deliktsanspruch neben dem Vertragsanspruch ausgeschlossen. Der Arzt, der eine falsche Diagnose stellt oder bei der ärztlichen Behandlung einen Kunstfehler begeht, begründet damit regelmäßig nur eine Gefahr, die 1. in adäquatem Zusammenhange mit dem Vertragsverhältnisse steht, 2. auf den Patienten und Vertragsgegner beschränkt ist. Der Arzt haftet somit regelmäßig nicht auf Schmerzensgeld (§ 847 BGB.). Die Anwendung dieser Grundsätze hat das **RG.** JW. **09** 357, R. 2109, JW. **10** 112, R. **10** 512, R. **10** 1584 zur Versagung R. **10** 4040, JW. **11** 210 zur Bejahung des Deliktsanspruchs geführt. →→ Und dieselbe Unterscheidung tritt in den Entsch. des **RG.** R. **11** 3079, JW. **11** 182, LeipzZ. 218, R. **12** 1467 mit noch größerer Deutlichkeit hervor. ←←

2. SeuffA. **67** 224 (Celle). Der Anspruch auf Schmerzensgeld setzt eine unerlaubte Handlung voraus.

3. **RG.** R. 12 Nr. 3364. Bei Abmessung des Schmerzensgeldes sind die Vermögensverhältnisse der Parteien zu berücksichtigen. Bei mehreren Haftpflichtigen steht der Umstand, daß sie als Gesamtschuldner haften, nicht einer ungleichen Bemessung des Schmerzensgeldes entgegen.

4. **RG.** R. **12** Nr. 1306, DJZ. **12** 690. Für den einem 4 jährigen Kinde durch Verlust eines Auges entstehenden ideellen Schaden, bestehend in der Beeinträchtigung des Verkehrs mit seinen Mitmenschen, Störung der Lebensfreude, Verminderung der Heiratsaussichten, darf eine sofort zahlbare Entschädigung zugesprochen werden.

5. SchlHolstAnz. **12** 108 (Kiel). Zu den im § 146 Abs. 3 LwUVersG. vorbehaltenen Ansprüchen gehören nicht die auf §§ 823, 847 BGB. zu stützenden Ansprüche.

§ 852. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 967, JW. **12** 640. Die im § 852 BGB. als Voraussetzung des Beginns der Verjährung geforderte Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen muß so weit reichen, daß der Beschädigte auf Grund des ihm bekannten Materials eine Klage gegen eine bestimmte Person zu begründen in der Lage ist. Danach ist zwar auch die Kenntnis von einem schuldhaften Verhalten, das den Schaden verursacht haben kann, erforderlich, es braucht aber keineswegs eine jeder Zweifel am Obsiegen ausschließende Überzeugung vorzuliegen, sonst würde in vielen Fällen die Verjährung in einem Grade erschwert werden, der einer Beseitigung der Verjährung gleichkäme, da häufig erst der Rechtsstreit selbst, oft erst das rechtskräftige Urteil den letzten Zweifel an der Verantwortlichkeit beseitigen wird; es genügt vielmehr die Kenntnis von Tatsachen, auf die sich die Verantwortlichkeit eines bestimmten Rechtssubjekts gründen, die Klage gegen eine bestimmte Person stützen läßt (s. a. u. Ziff. 6 u. 7).

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 972, JW. **12** 751, LeipzZ. **12** 546. Es gehört zum Verjährungsbeginne nach § 852 BGB.: 1. Kenntnis der Schadensursache, 2. des Schadensumfanges, 3. des Schadensurhebers. Daß die Kenntnis zu 1 und 3 bei den Klägern oder doch bei deren Rechtsvorgängern im Jahre 1904 vorhanden war, ist

unzweifelhaft und unbestritten. Was aber das Erfordernis zu 2 anlangt, so ist vom RG. schon wiederholt ausgesprochen worden, daß der im § 852 gemeinte Schaden ein einheitlicher, nicht eine Summe einzelner selbständiger Schäden ist und daß die Kenntnis vom vollen Umfange des Schadens nicht eine Voraussetzung der mehr erwähnten Gesetzesstelle ist (vgl. JW. **09** 725 Nr. 19, GruchotsBeitr. **53** 690, **RG. 70** 157). Nicht jede neu eintretende Folge der ursprünglichen Schadensursache kann daher als neuer Schaden und die Zeit seines Eintritts als Anfangstermin für eine neue Verjährung angesehen werden, vielmehr kann dies nur in besonderen Ausnahmefällen z. B. dann geschehen, wenn die neuen Folgen nicht voraussehbar gewesen sind (vgl. Entsch. des **RG.** II. 187/07 vom 11./29. Oktober 1907, R. **07** Nr. 3812, JW. **07** 832 Nr. 10).

3. **RG.** R. **12** Nr. 3365. Im Sinne des § 852 muß der gesamte aus einer unerlaubten Handlung entstehende Schaden als einheitlicher Schaden — nicht als eine Summe einzelner selbständiger Schäden — angesehen werden. Durch die Ungewißheit über die Höhe des Schadens oder über die Fortdauer der Schadenswirkungen wird der Beginn der Verjährung an sich nicht aufgehalten (JW. **09** 724, R. **09** Nr. 3778). Insbesondere ist bei Gesundheitsbeschädigungen der Beginn der Verjährung nicht daran gebunden, daß deren Höchstgrad und die Tragweite ihrer Folgen für die Erwerbsverhältnisse völlig übersehen werden können; alle Folgezustände, die in dem Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis vom Schaden überhaupt nur als möglich vorauszusehen waren, gelten durch die allgemeine Kenntnis von dem Schaden dem Verletzten als bekannt. Dagegen wird in Fällen, in denen sich schwere Folgezustände bei anscheinend ganz leichten Verletzungen erst später unerwartet einstellen, der Beginn der Verjährung in der Regel erst von dem Zeitpunkt an zu rechnen sein, in welchem der Verletzte Kenntnis von dem nachträglich eingetretenen Folgezustand erhielt.

4. SächsOLG. **33** 382. Beginn der Verjährung eines Anspruchs, der gegen den Staat oder eine Gemeinde wegen Verschuldens eines ihrer Beamten geltend gemacht wird. — Nicht entscheidend ist die Ungewißheit über die Höhe des Schadens (**RG. 70** 157).

5. **RG.** R. **12** Nr. 3367. Der Beginn der Verjährung gegen den (der Person nach bekannten) Tierhalter wird nicht dadurch gehemmt, daß über die Frage der Zugehörigkeit zu einer gewerblichen oder landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft und damit über die Person des Betriebsunternehmers Streit besteht; wohl aber ist vom Erlaß eines (später aufgehobenen) diese Eigenschaft des Tierhalters bejahenden Bescheids an § 202 Abs. 1 BGB. anwendbar, weil der Klage nun § 146 LwUVersG. entgegenstand.

6. **RG.** R. **12** Nr. 3366. Die Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen muß soweit reichen, daß der Beschädigte auf Grund des ihm bekannten Materials eine Klage gegen eine bestimmte Person zu begründen in der Lage ist; sie muß daher die Kenntnis von einem schuldhaften Verhalten, das den Schaden verursacht haben kann, umfassen (s. o. Ziff. 1 u. u. Ziff. 7).

7. **RG.** LeipzZ. **12** 660. Entscheidend ist, in welchem Zeitpunkt der Verletzte von der Person des auf Schadensersatz in Anspruch Genommenen als des Ersatzpflichtigen Kenntnis erhalten hat, wobei das Kennenmüssen dem Kennen nicht gleichzustellen ist. Diese Kenntnis muß soweit reichen, daß der Beschädigte auf Grund des ihm bekannten Materials eine Klage gegen eine bestimmte Person zu begründen in der Lage ist, und dazu gehört, wenn die Schadensersatzpflicht ein Verschulden voraussetzt, namentlich die Kenntnis von einem schuldhaften Verhalten, das den Schaden verursacht haben kann. Auch die Unkenntnis von Gesetzen oder Rechtsgrundsätzen kann unter Umständen das Hindernis bilden, von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis zu erlangen (s. a. o. Ziff. 1 u. 6).

8. **RG.** LeipzZ. **12** 151, JW. **12** 38. In Ansehung des § 852 steht das Kennenmüssen dem Kennen nicht gleich. Der Beginn der Verjährung ist aber auch nicht daran gebunden, daß Umfang und Höhe des Schadens, bei Gesundheitsbeschädigungen deren Höchstgrad und die Tragweite ihrer Folgen für die Erwerbsverhältnisse völlig übersehen werden könne.

9. **RG.** JW. **12** 31. Richtig ist, daß (**RG. 70** 154 ff.) Schadensersatzansprüche aus Immissionen an sich der 3 jährigen Verjährung aus § 852 BGB. unterliegen, aber dies gilt immer nur für die schädigenden Folgen der Einzelhandlung. Fortgesetzte Handlungen mit ihren schädlichen Folgen können nicht als eine einzige Handlung gelten, mögen sie auch gleichartig sein und zeitlich sich mehr oder minder unmittelbar aneinander reihen. In diesem Sinne ist bereits zu § 54 I. 6 ALR. der Plenarbeschluß des PrOTr. (OTr. **13** 19) ergangen, und in gleichem Sinne hat zu § 852 BGB. der II. Zivilsen. des RG. in dem Urt. vom 22. Mai 1908 (II. 5/08) entschieden.

10. **RG.** JW. **12** 390. S. oben §§ 823 ff. Ziff. 1.

11. Isaac, Kommentar zum Automobilgesetze 357 ff.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Literatur: Krückmann, Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechtes, AZivPr. **108** 179—434. — Rotering, Zur Lehre vom Besitze. Tiergarten und Hegewald, ABürgR. **38** 145—168. — Stintzing, Besitz, Gewere, Rechtsschein, AZivPr. **109** 347—435. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

§ 854. 1. *Rotering, Tiergarten und Hegewald, ABürgR. **38** 145. Nach römischer Rechtsauffassung waren wilde Tiere in Tiergärten (vivariis), Fische in Teichen (piscinis) im Besitze. Nicht so das Wild in Hegewäldern (silois circumseptis), Fischwild im Wildwasser (stagno). Tiergärten und Fischteiche waren kleinere Grundflächen, künstlich hergestellte Räumlichkeiten entgegen von der Natur gegebenen Wäldern und Gewässern. Nicht anders im germanischen Rechtsleben. Der erste Kaiser hatte im Capit. de villis angeordnet, der judex solle vivaria einrichten, so viele, als nur möglich. Kap. 279 Buch V der Kapitularien gedenkt der piscatoria manu facta. Die Grundherrschaften ahmten die Einrichtungen nach. Es gab aber auch Hegewälder — brogili — Brüle, bis in unsere Zeit. Daher sind auch die Tiergärten und die Fischteiche des § 960 BGB. nur kleinere Grundflächen, erstere bieten der Jagdpassion keinen Raum. Die Hegewälder diesen entgegen sind umschlossen, auch wenn Einsprünge oder Tore bestehen, das Wild aber diese zum Auswechseln nicht benutzt. Aber das Flugwild — die Kletterer und Graber, auch Hasen sind nicht gefangen, wenn nicht Mauer oder Zaun besteht. Anders das Hochwild, weil es nicht auslaufen kann. Besitz an Wildstücken besteht nur, wenn bei Größe und Umfang des Geheges und den Okkupationsmitteln die Bemächtigung nicht singulär ist. Eigenbesitz und Abstammung begründen das Eigentum.

2. Rechtsbesitz und Rechtsschein. a) Krückmann, AZivPr. **108** 179 ff. erörtert in einer 250 Seiten umfassenden Abhandlung im wesentlichen den Begriff des Rechtsbesitzes nach gemeinem Rechte und versucht zu einer näheren Bestimmung des Verhältnisses zwischen Rechtsschein und Rechtsbesitz zu gelangen. — Hier können nur die folgenden vom Verf. aufgestellten Thesen wiedergegeben werden: Es gibt keinen Sachbesitz, jeder Besitz ist nur Rechtsbesitz, der Sachbesitz ist beschränkter oder unbeschränkter Eigentumsbesitz. Besitz ist aber nicht der Zustand der tatsächlichen Ausübung, sondern die rechtlich anerkannte Möglichkeit, das betreffende Recht in irgendwelchem Umfang ausüben zu können. Wer die rechtlich anerkannte Möglichkeit hat, auf die Sache einzuwirken, hat die recht-

lich anerkannte Möglichkeit das Eigentumsrecht auszuüben; wer die rechtlich anerkannte Möglichkeit hat, ein Recht auszuüben, hat den Besitz an diesem Rechte. Der Sachbesitz erschöpft sich keineswegs in der tatsächlichen Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, dies ist so wenig eine Eigenheit des Sachbesitzes, daß sie ihm vielmehr mit vielen anderen Tatverhältnissen, die kein Sachbesitz sind, gemeinsam ist. b) Stintzing, Besitz, Gewere, Rechtsschein, ACivPr. **109** 347 ff. knüpft seine Untersuchungen an Krückmann an, und setzt sich in allen Einzelheiten mit ihm auseinander. Dem Ergebnisse der Ausführungen Krückmanns, insbesondere über den Rechtsbesitz und den Erwerb vom Nichtberechtigten, stimmt Stintzing nicht zu.

3. *Rosenberg, DJZ. **12** 546 hält gegen die herrschende Meinung eine Einigung (§ 854 Abs. 2) zugunsten Dritter für zulässig, vorausgesetzt, daß der Dritte in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

4. Zu Abs. 2 vgl. Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne o. zu §§ 104 ff.

§ 858. **RG.** 26. 10. 12. **80** 281 ff., JW. **13** 94. Der Mieter kann den zu Reklamezwecken ergriffenen Besitz der Außenflächen eines Hauses durch Selbsthilfe und Besitzstörungsklage gegenüber anderen Mietern geltend machen (vgl. Näheres oben Ziff. II 2 zu § 535).

§ 861. 1. *Lent, Gesetzeskonkurrenz 237. Zwischen § 861 und § 1007 besteht keine Anspruchskonkurrenz, es kann, da nur ein Tatbestand vorliegt, nur ein Anspruch entstehen. Beide Bestimmungen stehen in Idealkonkurrenz. Der nach beiden zugleich entstehende Anspruch richtet sich bei einer Einrede nur nach § 861. Der Bereicherungsanspruch wird durch den Besitzanspruch ausgeschlossen, weil § 1007 der umfassendere Tatbestand ist; § 861 muß bei Idealkonkurrenz mit § 812 vorgehen Der Besitzbereicherungsanspruch ist nur dann gegeben, wenn weder § 861 noch § 1007 vorliegen. Er ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Anspruch aus § 1007 ausgeschlossen ist, kraft der im § 1007 selbst getroffenen Ausnahmen.

2. *Walsmann, Verzicht 85, 251 ff. Ein Verzicht auf den Besitz ist ausgeschlossen. Das gilt sowohl für den unmittelbaren als auch den mittelbaren Besitz. Beim unmittelbaren Besitz ist Aufhebung des tatsächlichen Verhältnisses, beim mittelbaren Beseitigung des Besitzmittlerverhältnisses erforderlich.

§ 862. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 167. Vgl. unten Ziff. 1a zu § 1004 und oben Ziff. 2 zu § 241.

§ 865. SeuffA. **67** 228, OLG. **26** 1 (München). Derjenige, der stehendes Holz zum Abhiebe kauft, hat nur dann einen Teilbesitz an den Stämmen oder Mitbesitz an dem Grund und Boden, wenn dem Erwerber die wirkliche und ungehinderte Einwirkung auf Grund und Boden, wie sie die Ausnutzung des Sonderbesitzes an den Bäumen erfordert, mit anderen Worten die freie Verfügung über die Bäume, insbesondere durch Trennung von Grund und Boden zusteht (Staudinger § 865 Anm. 1 c; Dernburg, B. R. [3] 54, 55 § 15; Biermann, Sachenr. 29 § 865 Anm.).

§ 868. *Bonnet, Die Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern (vgl. auch unten Ziff. 1 b zu § 930). Für die Begründung des mittelbaren Besitzverhältnisses ist neben der Ableitung des Besitzrechts vom mittelbaren Besitzer wesentlich die Begründung eines gültigen, über kurz oder lang einmal sich verwirklichenden Herausgabeanspruchs des Eigentümers an der übereigneten Sache oder deren wirtschaftlichen Surrogaten. Dieser Herausgabeanspruch ist wesentlich, weil er die in dem Eigentume ruhenden Macht- und Herrschaftsbefugnisse verkörpert. Bei einer Reihe von mittelbaren Besitzverhältnissen (z. B. Verkaufskommission) verwirklicht sich dieser Herausgabeanspruch normalerweise nicht an der Sache selbst, sondern an deren wirtschaftlichem Surrogate. Es ist deshalb

letzteres in die wesentlichen Erfordernisse hereinzubeziehen und bei der Begründung eines mittelbaren Besitzverhältnisses in erster Linie darauf zu achten, daß der Besitzgegenstand wirtschaftlich dem mittelbaren Besitzer zukommt.

§ 870. Hellmann, KrVJSchr. **50** 104 ff. verneint im Gegensatze zu Bruns, Besitzerwerb durch Stellvertreter die Frage, ob eine Besitzübertragung durch Abtretung zugunsten eines Dritten nach § 870 möglich ist, weil das BGB. das Institut der Verträge zugunsten Dritter nicht ganz allgemein eingeführt hat.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Die dingliche Einigung hat im Berichtsjahre keine Anziehungskraft auf die Rechtswissenschaft ausgeübt. Dagegen hat die in dem Urt. vom 12. Februar 1910 (s. Vorbemerkung zu dem 2. Abschnitte des Sachenrechts im JDR. **9**) ausgesprochene Ansicht des RG., daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auch auf die versehentliche Buchung eines Teiles einer Katasterparzelle erstrecke, die verdiente Beachtung gefunden. Erfreulicherweise ist die Zustimmung zu dieser grundlegenden Ansicht häufiger zu finden als ihre Bekämpfung (s. den Bericht zu § 892 Ziff. I 1—7). Auch die interessanten Ausführungen Roettgens (§ 892 Ziff. I 2) sind kaum geeignet, das RG. von seiner Auffassung abzubringen. In der gleichfalls wiederum viel erörterten Frage der Übertragung des Berichtigungsanspruchs ist immer noch nicht die Formel gefunden, die die Anforderungen des Lebens mit der Rechtsnatur des dinglichen Rechtes in Übereinstimmung brächte (s. § 894 Ziff. III 1—7). Bemerkenswert ist, daß das OLG. Königsberg über die Ansicht des RG. hinausgegangen ist und dem Zessionare des Berichtigungsanspruchs das Recht zugesprochen hat, die Berichtigung auf seinen eigenen Namen zu verlangen (§ 894 Ziff. III 3).

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. Von zusammenfassenden Darstellungen des Liegenschaftsrechts ist im Berichtsjahre die 7. u. 8. Auflage des wiederum von Kober bearbeiteten Sachenrechts des v. Staudingerschen Kommentars zum BGB. erschienen. Ferner ist im Berichtsjahre der zweite, das Sachenrecht behandelnde Band des BGB. von Goldmann-Lilienthal unter Mitwirkung von Sternberg fertiggestellt worden. Auch die 3. Auflage der Grundbuchpraxis von Ricks ist im Jahre 1912 herausgekommen. Von Einzelschriften sind zu nennen: Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, und Hoffmeister, Die Geldvollstreckung in nicht eingetragene Grundstücksrechte. Schließlich ist hier auch noch auf Pink-Hirschberg, Das Liegenschaftsrecht in den deutschen Schutzgebieten, von dem der erste das Grundstücksrecht behandelnde Band erschienen ist, wenigstens hinzuweisen.

§ 873. 1. **RG. 77** 84. „Berechtigter" im Sinne des § 873 Abs. 1 ist derjenige, welcher zu der betreffenden Verfügung berechtigt ist, und dies ist da, wo es sich um die Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte handelt, nur der Grundstückseigentümer.... Der Umstand, daß der Käufer zur Zeit des Kaufabschlusses zur Belastung des Kaufgrundstücks noch nicht berechtigt war, macht die im Kaufvertrag enthaltene Einigung zwar unwirksam, d. h. ungeeignet, die ihrem Inhalt entsprechende Wirkung oder Rechtsänderung herbeizuführen, aber nicht nichtig. Die an der Einigung Beteiligten, also auch der Käufer, waren, wenn der sie enthaltende Kaufvertrag notariell beurkundet ist, daran schon vor der Eintragung gebunden (s. § 873 Abs. 2). Und die Unwirksamkeit der Einigung konnte nach dem 2. Absatze des § 185 nicht nur dadurch gehoben werden, daß der Berechtigte die darin liegende Verfügung genehmigte, sondern, ganz abgesehen von einer solchen Genehmigung, auch dadurch, daß der Verfügende den Gegenstand, über den er verfügte, erwarb. Dies ist hier damit eingetreten, daß der Käufer das Eigentum des Grundstücks, dessen Belastung mit dem Vorkaufsrecht er im Kaufvertrag eingeräumt hatte, durch Auflassung und Eintragung erlangte.

2. SeuffA. **67** 326, BayRpflZ. **11** 344 (BayObLG.). Die unter § 873 Abs. 2 BGB. fallende Einigung führt die dingliche unwiderrufliche Bindung der Beteiligten herbei und bildet zusammen mit der Eintragung in das Grundbuch selbst das Leistungsgeschäft in der gleichen Weise, wie dies bei der Einigung über die Übertragung beweglicher Sachen der Fall ist; infolgedessen kann aus der Einigung, die ja selbst Leistungsinhalt hat, kein klagbarer Anspruch auf Leistung oder Beseitigung von Hindernissen, die dem Vollzuge des Leistungsgeschäfts entgegenstehen, oder auch nur auf das negative Vertragsinteresse abgeleitet werden.... Zur Begründung des Erfüllungsanspruchs ist auf das die Verpflichtung zu der Leistung begründende Grundrechtsgeschäft zurückzugreifen.... Die Einigung im Sinne des § 873 Abs. 2 BGB. führt lediglich eine vertragliche Bindung der Beteiligten herbei; sie enthält keine Verfügungsbeschränkung. S. JDR. **1** zu § 873 Ziff. 2, **3** zu § 873 Ziff. I 2, **4** zu § 873 Ziff. I 1 b, c, **5** zu § 873 Ziff. I 1 a, **10** zu § 873 Ziff. 3.

3. WürttJ. **12** 12 (Stuttgart). Der dingliche Vertrag, die Einigung bedarf keiner Form. Er wird häufig genug sogar stillschweigend abgeschlossen, nur sind die Beteiligten an die Einigung erst dann gebunden, wenn eine der Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 BGB. erfüllt ist. S. JDR. **9** zu § 873 Ziff. I 4.

4. *Rosenberg, DJZ. **12** 541 ff. Gegen die herrschende Meinung sind Verträge zugunsten Dritter im Sachenrechte für zulässig zu halten. S. JDR. **7** zu § 873 Ziff. 1.

§ 874. 1. Busch, ZBlFG. **12** 811. Zur Wirksamkeit der Unterwerfungsklausel gegen den Sonderrechtsnachfolger gehört die Eintragung der Unterwerfung in das Grundbuch. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt diesen Eintrag nicht, da es sich bei Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nicht um ein die Forderung bestimmendes Moment nach § 1115 Abs. 1 BGB., sondern um ein zu der Hypothek hinzutretendes prozessuales Recht — einen Vollstreckungsanspruch — handelt, der für jeden Erwerber des Grundstücks deutlich aus dem Grundbuch ersichtlich sein soll. Doch ist nicht notwendig, daß die Unterwerfungsklausel mit ihrem vollständigen Inhalt und unter Wiedergabe der einzelnen Forderungen und Nebenforderungen, auf die sie sich erstreckt und der Voraussetzungen, unter denen sofortige Zwangsvollstreckung statthaft sein soll, in das Grundbuch aufgenommen wird. Auf die Klausel ist, da sie ein Nebenrecht der Hypothek ist, auch die Bestimmung des § 874 BGB. anwendbar, wonach bei Eintragung eines Rechtes zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann.

2. R. **12** Nr. 1005 (Frankfurt a. M.). Bei der bedingten Rangänderung und bei dem bedingten Rangvorbehalt ist zur dinglichen Wirksamkeit die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Bloße Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt hier nicht.

§ 875. 1. *Walsmann, Der Verzicht 252. Der Verzicht auf die Rechte an Grundstücken verlangt gemäß § 875 die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung im Grundbuche. Freilich gilt die Regel nur, „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt". Besondere Vorschriften finden sich für den Verzicht auf das Eigentum und auf die Hypothek. Das Gesetz spricht im § 875 nicht ausdrücklich von einem Verzichte, sondern von der Aufhebung des Rechtes. Diese Aufhebung ist jedoch ihrem Wesen nach nichts anderes als der Verzicht... (253). Daraus, daß diese Gebundenheit nur einen einzelnen Vorgang in dem Gesamttatbestande des Verzichts betrifft und die Verzichtswirkung erst durch den Gesamttatbestand herbeigeführt wird, folgt mit zwingender Notwendigkeit, daß die Gebundenheit sich in ihrer Wirkung auf die Beteiligten beschränkt und darüber hinaus keine Wirkung, jedenfalls nicht schon eine Verzichts-

wirkung irgendwelcher Art gegen Dritte äußern kann... (255). Eine praktische bedeutsame Frage ist, wann die Einwilligung in den Fällen der §§ 111, 1398, 1831 u. a. BGB. vorliegen muß? Ein einseitiges Rechtsgeschäft ohne Einwilligung ist in diesen Fällen nichtig. Das Grundbuchamt wird ja den Antrag, wenn nicht auch die Einwilligungserklärung formgerecht eingereicht ist, zurückweisen. Aber es fragt sich, wenn die Einwilligung nachgereicht wird, ob dann, falls Löschung erfolgt, der ganze Rechtsvorgang trotzdem nichtig ist. Hier zeigt sich die unselbständige Bedeutung der Eintragung in das Grundbuch, welche nur die Verlautbarung der Verzichtserklärung darstellt. Das einseitige Rechtsgeschäft ist nicht vollzogen, wenn die Löschung noch nicht vorliegt. Somit würde in den fraglichen Fällen zwar der Verzicht nichtig sein, wenn bei Vorhandensein des Gesamttatbestandes die Einwilligung fehlt; aber eine Zustimmung, die noch vor der Löschung erfolgt, ist Einwilligung, nicht Genehmigung. Wenn sich also beispielsweise nach Aushändigung der notariellen Löschungsbewilligung herausstellt, daß die Einwilligung fehlt, brauchen sich die Beteiligten nicht die Unkosten zu machen, die Erklärung mit der Einwilligung zu wiederholen, sondern es muß genügen, wenn die Einwilligungserklärung vor der Löschung nachgebracht wird. Eine widersprechende Meinung würde auch zu unerträglichem Formalismus führen.

2. *Walsmann, Verzicht 8 ff., 253. Zur Aufhebung eines Rechtes am Grundstück ist die Aufhebungserklärung und Eintragung nötig. Letztere ist nur die Verlautbarung der Erklärung und stellt mit dieser einen einheitlichen Tatbestand dar, der erst in seiner Gesamtheit die mit dem Geschäfte bezweckten Wirkungen herbeiführt. Verzichtserklärung ohne Löschung hat keine Aufhebungswirkung (254).

§ 876. SeuffBl. **12** 398, ZBlFG. **13** 152 (BayObLG.). Der § 876 betrifft nur die rechtsgeschäftliche Aufhebung eines belasteten Rechtes, nicht aber auch den Fall des Erlöschens eines belasteten Rechtes kraft Gesetzes. Die rechtsgeschäftliche Aufhebung einer verpfändeten Hypothekenforderung brauchen sich die nachstehenden Pfandgläubiger nicht gefallen zu lassen; hierzu bedarf es ihrer Zustimmung und sie sind nicht verpflichtet, die Zustimmung zu erteilen. Die Einziehung der verpfändeten Hypothekenforderung durch den vorgehenden Pfandgläubiger dagegen müssen sie sich gefallen lassen. Es bedarf mithin an sich nicht der Zustimmung der nachstehenden Pfandgläubiger zur Löschung ihrer Pfandrechte.

§ 877. 1. Busch, ZBlFG. **12** 796. Durch die Bestimmung der Goldklausel kann der Gläubiger bezwecken, sich gegen eine grundlegende Änderung der jetzt bestehenden Reichswährung (Reichsgoldwährung nach dem Münzgesetze vom 9. Juli 1873) vertragsmäßig zu schützen, indem der Schuldner verpflichtet sein soll, bei Fälligkeit der Hypothek statt der als Darlehen gewährten Reichsgoldmünzen ebensoviel Gold fein zu geben, wie der Gläubiger empfangen würde, wenn die Zahlung in den jetzigen Goldmünzen erfolgte. Ist dieses die Vertragsabsicht der Beteiligten, so ist die Eintragung der Klausel schlechthin unstatthaft.... Ein solcher Vertragszweck, der dem Gläubiger die Rückzahlung seines Kapitals in einer entsprechenden Zahl von Feingoldmünzen sichert, ließe sich nur erreichen durch Eintragung einer Sicherungshypothek mit dem Höchstbetrage des möglichen Unterschieds des jetzigen und künftigen Goldwerts des Schuldbetrags.... Allein unter regelmäßigen Umständen liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß die Parteien einen derartigen Sinn ihrer Vertragsabrede untergelegt haben. S. JDR. **8** zu § 877 Ziff. 2.

2. *v. Henle, R. **12** 73. Die Umwandlung mehrerer Hypotheken zu einer Hypothek für eine einheitliche Forderung (Einheitshypothek) ist (entgegen Güthe, GBO. [2] 201) für zulässig zu erachten. S. JDR. **5** zu § 877, **6** zu § 877 Ziff. 2, **8** zu § 877 Ziff. 1, **10** zu § 877 Ziff. 1.

§ 878. *Walsmann, Verzicht 261. § 878 ist beim Verzicht auf das Grundeigentum (§ 928) analog anzuwenden.

§ 879. 1. Güthe, JW. **12** 609 (621). Soweit die Neueintragung eines durch die Eintragung erst zur Entstehung gelangenden Rechtes in Betracht kommt und die Rangeintragung vermittels der Reihenfolge oder der Datierung der Eintragungen erfolgt (§ 879 Abs. 1 BGB.), ist die Rangeintragung schlechterdings für den Rang der dinglichen Rechte maßgebend (formale Rechtskraft der Rangeintragung). Soweit die Neueintragung eines durch die Eintragung zur Entstehung gelangenden Rechtes durch einen besonderen Rangvermerk erfolgt (§ 879 Abs. 3 BGB.), oder es sich um die Änderung eines bereits eingetragenen Ranges handelt (§ 880 BGB.), ist die Rangeintragung nicht schlechterdings für den Rang der dinglichen Rechte maßgebend. Vielmehr ist, wenn die Rangeintragung von der materiell-rechtlichen Erklärung abweicht, das Grundbuch unrichtig. Die Berichtigung kann aber nur in der Beseitigung der unrichtigen Rangeintragung, nicht auch in der Eintragung des der materiell-rechtlichen Erklärung entsprechenden Ranges bestehen. Liegt eine solche Erklärung im Falle des § 880 BGB. überhaupt nicht vor, so hat freilich die Beseitigung der unrichtigen Rangeintragung die Wiederherstellung des richtigen Ranges zur Folge. In drei Sonderfällen wird das Grundbuch durch die rangändernde Eintragung stets unrichtig. Die Beseitigung der Unrichtigkeit hat in diesen Fällen immer die Wiederherstellung des richtigen Ranges zur Folge. Der erste dieser Sonderfälle liegt dann vor, wenn ein eingetragenes Recht trotz seines Fortbestehens gelöscht und hinterher (in derselben Abteilung räumlich hinterher, in der anderen Abteilung zeitlich hinterher) ein anderes Recht eingetragen wird. . . . . . Der zweite hierher gehörige Sonderfall ist der, daß eine Hypothek — Grundschulden und Rentenschulden stehen auch in dieser Hinsicht den Hypotheken gleich (§§ 1192, 1199 BGB.) — durch nachträgliche Eintragung eines Nebenrechts erweitert wird, ohne daß die nachstehenden Berechtigten ihre Zustimmung dazu geben, daß das Nebenrecht mit dem Range des Hauptrechts eingetragen wird. . . . . Der dritte hier in Betracht kommende Sonderfall ist der, daß eine inhaltlich unzulässige Eintragung durch Nachholung des fehlenden Erfordernisses gültig gemacht und dabei nicht der Rangrücktritt des Rechtes gegenüber den inzwischen eingetragenen Rechten vermerkt wird.

2. KGJ. **41** 220 (KG.). Der § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB. versteht unter der Reihenfolge der Eintragungen nicht das äußerliche Hintereinandergeschriebensein der Eintragungsvermerke, sondern diejenige Aufeinanderfolge, die durch die nacheinander erfolgende Eintragung bestimmter Rechte geschaffen wird. . . . . . (224). Betragen die Hypotheken z. B. 1000, 2000 und 3000 M., so ergibt sich, daß die erste von 1 bis 1000 M. reichende Rangstelle von der Hypothek Nr. 1, die zweite von 1101 bis 3000 M. reichende Rangstelle von der Hypothek Nr. 2 und die dritte von 3001 bis 6000 M. reichende Rangstelle von der Hypothek Nr. 3 ausgefüllt wird. Würde unter Benutzung eines zufälligen Zwischenraums zwischen dem ersten und dem zweiten Eintragungsvermerk eine vierte Hypothek eingeschaltet, so würde die Reihenfolge der Eintragungen vom Standpunkte des § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB. aus nicht 1, 4, 2, 3, sondern 1, 2, 3, 4 sein. Das gleiche gilt für den Fall, daß eine erloschene Vormerkung in das endgültige Recht umgeschrieben worden ist.

3. SächsOLG. **33** 422, SeuffA. **67** 369 (Dresden). Das RG. folgert aus dem § 879 Abs. 1 Satz 1, daß nach dem auf der tabellarischen Buchführung beruhenden preußischen Formulare des Grundbuchblatts, bei dem die Erhöhung der Zinsen einer Hypothek bei dieser selbst und damit räumlich vor den Zwischenrechten eingetragen wird, die Zinserhöhung, auch soweit die Hypothek höher als mit 5 vom Hundert jährlich zu verzinsen ist, ohne einen darauf gerichteten Vermerk als im gleichen Range mit der Hypothek stehend ausgewiesen werde, und daß

zu vermerken sei, wenn das Gegenteil gelten soll (KGJ. **26** A 290 ff.). Ob dies zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben. Bei der chronologischen Buchführung, wie sie dem sächsischen Formulare zugrunde liegt, verhält es sich jedenfalls anders, weil die Zinserhöhung getrennt von der Hypothek in einer ihr räumlich nachfolgenden Eintragung verlautbart wird. Diese Gestaltung des Grundbuchblatts erfordert, daß der Vorrang, der einer Erhöhung des Zinsfußes über 5 v. H. von den Zwischenberechtigten eingeräumt wird, in dem Grundbuche besonders vermerkt werden muß, um gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs zur Geltung zu gelangen. Der Umstand, daß die Zinserhöhung eine bloße Erweiterung der Hypothek ist, ändert hieran nichts. Ein Recht an einem Grundstücke kann grundsätzlich nur unbeschadet der eingetragenen Zwischenrechte erweitert werden. Die Erweiterung teilt also nicht begrifflich den Rang des Rechtes, sondern steht, wenn inzwischen Rechte eingetragen worden sind, in der Regel diesen Rechten im Range nach . . . . Danach bedarf es außer der Einigung der Beteiligten über die Rangänderung der Eintragung der Änderung in das Grundbuch. Diese Eintragung aber ist, wenigstens nach dem sächsischen Formulare, nicht anders möglich als in der Form eines besonderen Vermerkes.

4. Güthe, JW. **12** 609. Das Verhältnis einer undatierten Eintragung zu anderen — datierten oder undatierten — Eintragungen derselben Abteilung richtet sich in allen Fällen nach § 879 Abs. 1 Satz 1 BGB., das Verhältnis einer undatierten Eintragung zu einer anderen — datierten oder undatierten — Eintragung der anderen Abteilung grundsätzlich nach der Zeit der Buchung. . . . . Sollte der Beweis der Zeit der Buchung in einem Ausnahmefall einmal nicht erbracht werden, so kann allerdings die Zeit der Buchung den Rangverhältnissen nicht zugrunde gelegt werden. Es muß alsdann der sonstige Inhalt des Grundbuchs maßgebend sein. Ist nur eine undatierte Eintragung vorhanden, so hat diese den Rang vor allen denjenigen Rechten der anderen Abteilung, denen die der undatierten Post in der gleichen Abteilung unmittelbar nachfolgende Post gemäß § 879 BGB. vorgeht. Ist die unmittelbar nachfolgende Post an dem gleichen Tage mit einer Post der anderen Abteilung eingetragen, so steht mit dieser die undatierte Post zu gleichem Range. Ist die undatierte Post die letzte ihrer Abteilung, so steht sie allen Rechten der anderen Abteilung im Range nach. Sind mehrere undatierte Eintragungen in verschiedenen Abteilungen vorhanden, so bestimmt sich ihr Rang sowohl untereinander wie im Verhältnisse zu datierten Rechten der anderen Abteilung gleichfalls nach dem eben Gesagten.

5. BayNotZ. **13** 340 (BayObLG.). Wenn im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung eine Hypothek eingetragen ist, die zwar erloschen, aber nicht gelöscht ist, so ist für die Frage, wem der durch die erloschene Hypothek eingenommene Rang, die sogenannte offene Rangstelle gebührt, das Landesrecht maßgebend.

§ 880. I. Wirkung der Rangänderung. 1. KGJ. **42** 265, RJA. **11** 297, R. **12** Nr. 2669 (KG.). Wenn zwei Hypotheken gleichzeitig einer nachstehenden Hypothek den Vorrang einräumen und diese Vorrangseinräumung eingetragen wird, so wird hierdurch der Rang der beiden zurücktretenden Hypotheken untereinander nicht geändert. . . . . Denn es ist die Annahme gerechtfertigt, daß die Beibehaltung des bisherigen Rangverhältnisses als gewollt anzusehen ist, wenn die Beteiligten nicht das Gegenteil vereinbaren oder aus den sonstigen Umständen das Gegenteil als vereinbart zu entnehmen ist. Dies folgt daraus, daß eine gesetzliche Vermutung dafür, daß durch eine gleichzeitige Vorrangseinräumung zugleich das Rangverhältnis der zurücktretenden Posten untereinander geändert wird, nicht besteht und daß ein so einschneidender Akt, wie es die Rangänderung ist, besonderer Vereinbarung bedarf.

2. **RG. 79** 170, JW. **12** 587, R. **12** Nr. 1308. Zwischenrechte werden durch Rangänderungen nicht berührt. Sie dürfen davon weder Nachteil noch Vorteil haben. Dies gilt auch dann, wenn nachträglich der vortretenden Post weiter auch der Vorrang vor einer Zwischenpost eingeräumt wird.

3. SächsOLG. **33** 372 (Dresden). Der hinter eine Baugelderhypothek zurücktretende Hypothekengläubiger muß sich beim Fehlen entgegenstehender Vereinbarungen gefallen lassen, daß alle Beträge in die Baugelderhypothek eingerechnet werden, die für den Bau gegeben sind, auch wenn sie nachmals nicht dazu verwendet worden sind.

II. Voigt, BayRpflZ. **12** 412. Rangrücktritt und Löschungsvormerkung.

§ 881. 1. Begriff des Rangvorbehalts. SchlHolstAnz. **12** 297 (Kiel). Der dingliche Rangvorbehalt stellt sich nach § 881 BGB. als ein subjektiv-dingliches Recht, als Ausfluß der nach § 903 BGB. aus dem Eigentume fließenden Befugnis des Eigentümers dar, das Grundstück mit Rechten zu belasten und die Rangverhältnisse dieser Rechte zu bestimmen; es ist also ein höchst persönliches Recht des Eigentümers als solchen. Aus diesem Wesen des Vorbehalts folgt, daß er losgelöst vom Eigentume nicht bestehen, mithin nicht selbständig Gegenstand einer Verfügung sein kann. Dies ist auch im Gesetze durch die Bestimmung des § 881 Abs. 3 BGB. zum Ausdrucke gebracht, wonach bei einer Veräußerung des Grundstücks die vorbehaltene Befugnis nicht dem Veräußerer verbleibt, sondern auf den Erwerber übergeht. Demnach ist der Rangvorbehalt, und zwar auch seiner Ausübung nach, nicht übertragbar. S. JDR. **10** zu § 881 Ziff. I 1, 2, 3.

2. *Fraeb, ZBlFG. **12** 625 ff. bespricht folgenden Fall: Bei Nr. 1 der Abt. III des Grundbuchs eines dem A. gehörigen Grundstücks — 10 000 M. Darlehnsforderung des B. — ist eingetragen: Vorbehalt für den Eigentümer, eine Belastung in Höhe von 10 000 M. mit dem Range vor dieser Hypothek eintragen zu lassen. Nach dem wegen der Forderung eines persönlichen Gläubigers C. von 1000 M. die Zwangsversteigerung eingeleitet und die Einleitung im Grundbuche vermerkt ist, hat A. die Eintragung einer Hypothek in Höhe von 10 000 M. mit dem Range vor der Hypothek des B. für D. bewilligt und beantragt. Auf Grund der herrschenden Lehre nahm man seither an, daß der Subhastat, indem er von der vorbehaltenen Befugnis zugunsten eines Dritten Gebrauch machen will, diese notwendig verbrauche. Nach der Beschlagnahme darf der Eigentümer dies aber nicht mehr, weil er eben dadurch die Subhastationsmasse zum Nachteile des betreibenden Gläubigers, der bei Bestehenbleiben des Rangvorbehalts wahrscheinlich eher auf einen Ersteher rechnen kann, durch dessen Gebot auch er befriedigt wird, verringern würde. Von diesem Standpunkt aus dürfte es daher angebracht erscheinen, daß der Grundbuchrichter in Analogie der vom KG. für die Fälle des Konkurses und der Nacherbfolge aufgestellten Grundsätze über Behandlung von Löschungsanträgen mangels Genehmigung des betreibenden Gläubigers (C.) die beantragte Eintragung (für D.) ablehnt. Jetzt ist das KG. im Anschluß an das RG. dazu übergegangen, den Rangvorbehalt mit dem Eigentumsrechte zu identifizieren und ihn als Zustandsrecht zu bezeichnen, welches nicht durch einmalige Ausübung erlischt. Tritt der Grundbuchrichter dem und im übrigen der vom Verf. über die Wirkung des Veräußerungsverbots bei der Zwangsversteigerungsbeschlagnahme vertretenen Auffassung (vgl. oben zu §§ 135, 136) bei, so wird er hiernach finden, daß zwar die Eintragungsbewilligung zur Zeit noch keine absolute Wirksamkeit äußern kann, er sieht aber auch, daß für den Fall, daß C. mit seiner Forderung zum Zuge kommt oder seinen Zwangsversteigerungsantrag zurücknimmt, das Hindernis ihrer Wirksamkeit wegfallen wird. Diese jetzt schon begründete Ansicht des D., ein vollwirksames Recht an dem Grundstücke zu erlangen, wird er nicht vollständig außer acht lassen. Er wird deshalb zweck-

mäßig die Hypothek für D. eintragen mit dem der Bestimmung des § 10 Ziff. 6 ZVG. entsprechenden Zusatze, daß sie infolge der Beschlagnahme dem Gläubiger C. gegenüber unwirksam ist. Dieser Zusatz ist erforderlich, um einem nunmehr von D. erwerbenden Dritten gegenüber die Berufung auf die bona fides auszuschließen. Die Tatsache der Eintragung des Versteigerungsvermerkes allein genügt hierzu nicht. Tritt also ein weiterer Gläubiger des A. nach der Hypothekeneintragung für D. dem Zwangsversteigerungsverfahren bei und zieht C. seinen Versteigerungsantrag zurück, so wird die Hypothek des D. vollwirksam; ebenso wäre im Falle des § 28 ZVG. zu entscheiden. Ist die Hypothek für D. mit dem dem § 10 Ziff. 6 ZVG. entsprechenden Zusatz im Grundbuch eingetragen, so kann es für den Zwangsversteigerungsrichter keinem Zweifel unterliegen, daß D. bei der Berechnung des geringsten Gebots nicht zu berücksichtigen ist. B. muß jedenfalls in das geringste Gebot aufgenommen werden; D. dagegen ist infolge der Beschlagnahme auch nach der hier dargelegten Ansicht nicht nur dem betreibenden Gläubiger, sondern auch jedem Dritten gegenüber unwirksam. Das Gesetz hat ihm die 6. Rangklasse eingeräumt, die ihm auch zukommt, weil, wenn er darin zum Zuge kommt, dann der betreibende Gläubiger (C.) befriedigt und das Wirksamkeitshindernis somit für D. behoben sein muß.

3. *Walsmann, Verzicht 89 f. Ein Verzicht auf den Rangvorbehalt ist ausgeschlossen. Zur Aufhebung ist die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des belastenden Rechtes erforderlich.

§ 883. I. Wesen der Vormerkung. du Chesne, PosMSchr. 12 21. Die Geltendmachung des durch Auflassungsvormerkung geschützten Anspruchs des A. an B. wirkt wie die auflösende Bedingung für den Eigentumserwerbsakt des C. Für den Eigentumserwerbsakt, nicht für das Eigentum selbst.... Das Eigentumserwerbsgeschäft des C. trägt infolge der Vormerkung von Gesetzes wegen die Möglichkeit in sich, beim Eintritte der Voraussetzungen für die Erfüllung des Anspruchs des A. gegen B. rückwärts wieder ungültig zu werden. Die Rechtslage ist genau dieselbe, als wenn B. und C. beim Kaufe vereinbart hätten, C. solle nur so lange Eigentümer sein, als nicht A. die Erfüllung des Geschäfts A.-B. verlange; nur daß in diesem Falle durch Vertrag bestimmt wäre, was im Falle der Vormerkung kraft deren gesetzlicher Wirkung eintritt. Es treffen also die Vorschriften des BGB. über die auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2, § 161 Abs. 1 u. 2) auf die Wirkung der Vormerkung zu. Nun darf allerdings eine Auflassung nicht unter einer Bedingung vorgenommen werden (§ 925 BGB.). Das geschieht aber bei der Veräußerung des B. an C. auch gar nicht. Nicht B. und C. vereinbaren, daß der Eigentumserwerb des C. auflösend bedingt sein solle, sondern das Gesetz legt dem Eigentumserwerbe des C. von sich aus auflösend bedingte Wirkung bei. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das Gesetz nicht einen Rechtserfolg, den es der Parteivereinbarung versagt, von sich aus sollte setzen können.... Es bedarf keiner Rückauflassung des C. an B. Die ganze Verpflichtung des C. gegenüber B. besteht sonach darin, sich der Eigentumsübertragung des B. an A. nicht zu widersetzen, in das an B. zurückgefallene Eigentum nicht einzugreifen, keine rechtsverletzende Handlung vorzunehmen. Das ist aber überhaupt keine Verpflichtung gegenüber dem B., weder eine privatrechtliche, noch eine öffentlich-rechtliche, sondern nur die staatsbürgerliche Pflicht, sich den Gesetzen gemäß zu verhalten, die staatsrechtliche Untertanenpflicht. C. ist stummer Zuschauer des vom Gesetze vorher hypothetisch geregelten Verlaufs der Dinge und hat sich als solcher zu verhalten.... In gleicher Weise wirkt, wie hier nur noch kurz angedeutet zu werden braucht, die sonstige Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines beschränkten dinglichen Rechtes oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes. Auch hier wirkt die Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs wie der Eintritt einer auf-

lösenden Bedingung für das zuwiderlaufende Geschäft, nämlich als Wiederherstellung des bisherigen Rechtsstandes des Vormerkungsbetroffenen. Dasselbe gilt endlich für die Löschungsvormerkung des § 1179 BGB.; auch durch die Geltendmachung der vorgemerkten Löschungsverpflichtung fällt jede ihr zuwiderlaufende Verfügung des Eigentümerhypothekars rückwärts weg, und der Eigentümerhypothekar erlangt von neuem die Verfügungsbefugnis über das Recht, wie es bei Aufnahme einer auflösenden Bedingung in die zuwiderlaufende Verfügung geschehen wäre.

II. Zulässigkeit der Vormerkung. 1. KGJ. **42** 210, OLG. **24** 336 (KG.). Es bedarf keiner Stellungnahme zu der Streitfrage, wie das Wiederkaufsrecht rechtlich aufzufassen ist, ob als ein bedingtes Recht auf Eigentumserwerb, das unmittelbar mit dem Abschlusse des Wiederkaufsvertrags entsteht, so daß schon durch diesen Vertrag eine auf Rückübertragung des Eigentums gerichtete dingliche Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsschließenden, eine Verpflichtung des Käufers zur Rückgewähr der Kaufsache, bedingt durch die Erklärung des Berechtigten, das Wiederkaufsrecht auszuüben, begründet wird (**RG. 69** 282 f.), oder aber als ein Rechtsgeschäft, das vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts noch nicht abgeschlossen ist und daher vor dieser Zeit keinen, auch keinen bedingten Anspruch erzeugt (KGJ. **36** A 212). Denn mag man sich der einen oder der anderen Ansicht anschließen, so steht jedenfalls die Vormerkungsfähigkeit des in dem Wiederkaufsvertrage festgelegten Wiederkaufsanspruchs gemäß § 883 BGB. außer Zweifel. Vom Standpunkte der ersten Ansicht aus handelt es sich um die Sicherung eines bedingten, vom Standpunkte der zweiten Ansicht aus um die Sicherung eines künftigen Anspruchs.

2. OLG. **24** 336, KGJ. **42** 210 (KG.). Der Vorbehalt des Wiederkaufsrechts für den Fall der Veräußerung an einen Andersgläubigen als einen Katholiken ist zulässig und enthält keine gegen die guten Sitten verstoßende Vereinbarung.

3. *Walsmann, Verzicht 86. Ein Verzicht auf die Vormerkung ist unzulässig. Diese kann nur durch die Löschnug beseitigt werden, die zu beantragen dem Berechtigten freisteht.

III. Voraussetzungen der Vormerkung. R. **12** Nr. 1835 (Bay. ObLG.). Zur Wirksamkeit eines Arrests in den vorgemerkten Anspruch auf Auflassung genügt der Eintrag der Arrestierung im Grundbuche nicht; es muß vielmehr seitens des Amtsgerichts Pfändungsbeschluß nach § 930 ZPO. vorangehen.

IV. Wirkungen der Vormerkung. 1. a) SchlHolstAnz. **12** 163 (Kiel). Wenn eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung gleichzeitig mit der Eintragung der Eigentumsveränderung gelöscht wird, so ist die Rechtsstellung, die dem Eigentume des Erwerbers durch die Vormerkung gegeben werden sollte, trotz der Löschung gewahrt, weil dies aus dem Datum der Löschung in seinem Verhältnisse zum Datum der Eigentumseintragung folgt. **b**) ElsLothNotZ. **12** 70 (LG. Zabern). Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist auf den Antrag des eingetragenen Eigentümers zu löschen, wenn dieser auf Grund der durch den früher eingetragenen Eigentümer erklärten und angenommenen Auflassung eingetragen wurde.

2. SchlHolstAnz. **12** 59 (Kiel). Eine zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragene Vormerkung steht einer Zwangsversteigerung entgegen, sofern der Anspruch des betreibenden Gläubigers nach der Eintragung der Vormerkung entstanden ist.

3. **RG. 78** 71. Die für den Kläger eingetragene Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Siche-

rungshypothek, auf Grund deren der Kläger gemäß § 24 KO. auch vom Konkursverwalter Befriedigung des gesicherten Anspruchs verlangen konnte, gewährt dem Kläger, wie sich aus § 10 Nr. 4 in Verb. mit § 48 ZVG. ergibt, ein, allerdings durch das Bestehen des gesicherten Anspruchs bedingtes, Recht auf Befriedigung aus dem mit der Hypothekenvormerkung belasteten Grundstücke und somit ein Absonderungsrecht.

4. BayObLG. **13** 172, R. **12** Nr. 1614 (BayObLG.). Der Berichtigung des Grundbuchs durch Wiedereintragung des früheren Eigentümers auf Grund eines Urteils, welches die Auflassung an den als Eigentümer Eingetragenen für nichtig erklärt, steht eine Vormerkung nicht entgegen, durch die ein persönlicher Anspruch des Wiedereingetragenen gegen den zu Unrecht Eingetragenen gesichert wurde. Durch die Wiedereintragung des Gläubigers als Eigentümer ist die Eintragung der Vormerkung für seine Forderung gegenstandslos geworden, die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Vormerkung kann nicht mit dem Hinweis auf § 883 Abs. 2 BGB. abgelehnt werden.

5. Pfeiffer, PosMSchr. **12** 17. Unmöglich kann man annehmen, daß die Vorschrift des § 883 Abs. 1 Satz 2 nur Zulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung für einen künftigen Anspruch aussprechen wolle, daß hingegen die Wirkungen der Vormerkung erst vom Zeitpunkte der Entstehung des Anspruchs eintreten sollten. Denn dann wäre bis zu diesem Zeitpunkte die Eintragung für den Gläubiger wertlos, sie könnte ihm weder eine dingliche Sicherung noch ein Rangrecht für seinen (künftigen) Anspruch beschaffen, und es wäre nicht einzusehen, warum das Gesetz dann überhaupt die Eintragung einer Vormerkung für einen künftigen Anspruch erst gestattet hat. Vielmehr geht der Zweck der Bestimmung dahin, auch künftigen Ansprüchen die gleiche dingliche Sicherung zuteil werden zu lassen, die gegenwärtigen Ansprüchen zukommt.... Vormerkungen für künftige Ansprüche sind aber im Konkurse des Schuldners inhaltlos, wenn der gesicherte Anspruch bei Konkurseröffnung noch nicht entstanden war.

V. *Ricks, Grundbuchpraxis. Über die amtliche kostenfreie Löschung von Auflassungsvormerkungen s. die Bemerkungen zu § 54 GBO.

§ 885. *Bourier, BayNotZ. **12** 230 ff. Die Auflassung und die Bewilligung der Eigentumsumschreibung sind nicht ohne weiteres als Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung auszulegen. Die Unvollziehbarkeit der Auflassung berechtigt, wenn nicht der Fall des § 18 GBO. gegeben ist, das Grundbuchamt nicht, eine solche Vormerkung einzutragen, wenn dies nicht bewilligt und beantragt ist.

§ 888. 1. du Chesne, DNotV. **12** 456 (462). Der Zustimmungsanspruch des § 888 ist weder dinglich noch obligatorisch, sondern ein zur Erstreckung der unzureichenden Wirkung des vorgemerkten obligatorischen Anspruchs auf den Dritten bestimmter formaler Anspruch. Ein formaler Anspruch aber kann, da er es unmittelbar weder mit absoluten noch mit relativen Rechtsgütern zu tun hat, weder dinglich noch obligatorisch sein.

2. **RG. 78** 71. Ist das Grundstück auf einen neuen Eigentümer übergegangen, so kann der Inhaber einer Hypothekenvormerkung den neuen Eigentümer auf Erteilung der Zustimmung belangen, ohne daß zuvor der Anspruchsschuldner die zur Eintragung der Sicherungshypothek erforderliche Einwilligung erteilt hat oder rechtskräftig hierzu verurteilt ist.

3. SchlHolstAnz. **12** 163 (Kiel). Der Antrag aus § 888 BGB. ist auf Löschung, nicht auf Berichtigung des Grundbuchs zu richten. Denn die Hypothek ist keinesfalls nichtig, sie entbehrt vielmehr nur, wenn der Kläger im Rechte ist, der

Rechtswirksamkeit gegenüber dem Kläger; das Grundbuch ist daher nicht unrichtig.

§ 889. *Koban, Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischen BGB. 2 568 ff. Auch die Neubegründung einer Eigentümerdienstbarkeit ist zulässig. S. die Bemerkungen zu § 1018 BGB.

§ 890. ZBlFG. **12** 536, SeuffBl. **77** 26 (BayObLG.). Ein Grundstück kann nicht mehreren anderen als Bestandteil zugeschrieben werden. Der Antrag, mehrere auf einem gemeinschaftlichen Blatte eingetragene Grundstücke zu vereinigen, kann nicht in dem Antrage gefunden werden, diesen Grundstücken ein anderes zuzuschreiben.

§ 891. I. Wesen der Vermutung. Kuttner, IheringsJ. **61** 109. (112): Die Eigenart der Rechtsvermutung des § 891 besteht darin, daß sie erst durch einen von der Rechtsordnung geschaffenen künstlichen äußeren Tatbestand, nämlich durch einen Rechtspflegeakt öffentlicher Behörden ins Leben gerufen wird, genauer durch eine im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgenommene „gerichtliche Handlung" (§ 7 FGG.).... (136): Die Bedeutung der Vermutung besteht darin, daß der Prozeßrichter den Gegenstand der Vermutung so lange als einen wirklich bestehenden zu behandeln hat, bis die Vermutung durch ihre positive Widerlegung entkräftet wird. Die Vermutung füllt die Lücke einer für den Prozeßrichter vorhandenen Ungewißheit so lange aus, bis der Prozeßrichter über das kontradiktorische Gegenteil des Vermuteten positive Gewißheit erlangt.... (141): Die Rechtsvermutung schreibt aus dem Inhalte des Grundbuchs oder des Erbscheins einen Schluß auf das gegenwärtige Bestehen des vermuteten Rechtsverhältnisses vor, und keineswegs nur einen Schluß auf seine Entstehung aus einem bestimmten in der Vergangenheit liegenden Entstehungstatbestand, oder nur einen Schluß auf die Wahrheit einzelner rechtserzeugender Entstehungstatsachen dieses Rechtsverhältnisses. Es wird das gegenwärtige Bestehen des Rechtsverhältnisses, losgelöst von jedem bestimmten Entstehungstatbestande, vermutet.... (150): Die Widerlegung der Rechtsvermutung kann demnach grundsätzlich nicht schon dadurch erreicht werden, daß die vom Grundbuchrichter getroffene Entscheidung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen als (damals) zu Unrecht erlassen sich erweist.

II. Die Tragweite der Vermutung. 1. **RG.** WarnE. **12** 129, JW. **12** 196. Wenn auch von dem Zeitpunkt ab, wo das Grundbuch für angelegt erklärt ist, nach der herrschenden Meinung (vgl. Mot. z. EGBGB. 267, Planck, Anm. 3 b EGBGB. Art. 186 und die dort Angeführten) die Vermutung des § 891 BGB. auch älteren Eintragungen zugute kommt, so ist doch aus § 891 BGB. nichts für die Frage herzuleiten, welche rechtliche Natur das eingetragene Recht hatte und ob es ungeachtet seines Fortbestehens im Grundbuche durch das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 aufgehoben ist. Der Inhalt des eingetragenen Rechtes und die davon abhängige Frage der Aufhebung kann nur aus der Eintragung und den zugrunde liegenden Urkunden bestimmt und beantwortet werden.

2. **RG.** WarnE. **12** 297. Nach der herrschenden Ansicht kommt die in dieser Bestimmung aufgestellte Vermutung auch den älteren Eintragungen zugute, die vor dem Zeitpunkte, zu dem das Grundbuch für angelegt erklärt worden ist, bewirkt worden sind; der Inhalt des eingetragenen Rechtes kann aber nur aus der Eintragung und den ihr zugrunde liegenden Urkunden bestimmt werden.

3. **RG.** WarnE. **12** 92, GruchotsBeitr. **56** 598, R. **12** 132, JW. **12** 145. Die Eintragung im Grundbuch ist unter der Herrschaft des PrALR. und der HypO. vom 20. Dezember 1783, also zu einer Zeit bewirkt worden, wo das Eigentum an Grundstücken nicht durch Eintragung, sondern durch Besitzübertragung überging. Ungeachtet der von dem Berufungsrichter angezogenen Vorschriften der §§ 7 ff. I. 10 ALR., §§ 52, 92 Tit. II HypO. wurde deshalb von dem Eigentumskläger da-

mals der Nachweis des Eigentumserwerbes, insbesondere der Besitzübertragung, trotz der Eintragung im Grundbuch, erfordert (vgl. Koch z. § 7 I. 10 ALR., Förster-Eccius III § 180 Anm. 20 ff.). Dabei blieb es für die älteren Eintragungen auch nach der Einführung der Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872, obwohl § 7 GrundeigentumsG. dem eingetragenen Eigentümer alle Klagerechte des Eigentümers beilegte. Es wurde nach anfänglichem Schwanken von der Rechtsprechung dem § 7 aaO. die rückwirkende Kraft abgesprochen (**RG. 4** 270, JW. **92** 493 Nr. 48, GruchotsBeitr. **38** 728 ff.). Dieselbe Ansicht wird auch gegenüber dem § 891 BGB., soweit die Eintragungen aus der Zeit des ALR. und der HypO. in Betracht kommen, von Turnau-Förster, Dernburg u. a. vertreten (vgl. die Nachweisungen bei Turnau-Förster, Anm. 6 z. BGB. § 891, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I § 445 Anm. 16). Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller dagegen, so insbesondere Planck, Anm. 3 b zu Art. 186 EGBGB., auch v. Staudinger, Biermann, Oberneck, Habicht, Fuchs, Predari will von dem Zeitpunkt ab, wo gemäß Art. 186 EGBGB. das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, auch die vorerwähnten Eintragungen dem § 891 BGB. unterstellen. Dieser Ansicht war, da sie der ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers entspricht (Mot. z. EGBGB. 267), beizupflichten.

4. *Kuttner, JheringsJ. **61** 141. Es wird das gegenwärtige Bestehen des Rechtsverhältnisses, losgelöst von jedem bestimmten Entstehungstatbestande vermutet.... (158): Die Vermutung greift auch dann Platz, wenn der Entstehungsgrund des vermuteten Rechtes erst nach der Grundbucheintragung liegt. S. auch § 292 ZPO.

III. Der Gegenbeweis zur Widerlegung der Vermutung. 1. **RG.** WarnE. **12** 92, GruchotsBeitr. **56** 598, JW. **12** 145. § 891 BGB. läßt nur den Gegenbeweis gegen die materielle Richtigkeit der Eintragung zu, der Mangel formeller Voraussetzungen ihrer Gültigkeit ist im Berichtigungsverfahren der §§ 54, 22 GBO. geltend zu machen (vgl. v. Staudinger, Anm. 1 c zu § 891 BGB.).

2. ElsLothJZ. **12** 88 (Kolmar). Da der eingetragene Eigentümer die Vermutung des § 891 BGB. für sich hat, muß derjenige, der die Löschung seiner Eintragung wider Willen des Eingetragenen verlangt, beweisen, daß der Eingetragene nicht Eigentümer ist. Der Beweis wird nicht schon dadurch erbracht, daß Antragsteller eine bestätigte Teilungsurkunde im gerichtlichen Auseinandersetzungsverfahren vorlegt, laut welcher ihm und nicht dem Eingetragenen das Eigentum zugeteilt wurde, wenigstens dann nicht, wenn der Eingetragene an dem Auseinandersetzungsverfahren nicht beteiligt war.

3. **RG.** ZBlFG. **13** 144. Der § 891 BGB. wird verletzt, wenn ungeachtet der dem Kläger zur Seite stehenden Eigentumsvermutung ihm eine Behauptungs- und Darlegungspflicht auferlegt wird.

§ 892. I. Die Anwendbarkeit des § 892 auf die Bestandsangaben (s. JDR. **9** zu § 892 Ziff. I 1, **10** zu § 892 Ziff. I). 1. Freymuth, DJZ. **12** 1274. Dem RG. ist der selbstverständliche, aber praktisch bedeutsame Satz durchaus geläufig, daß die Zurückführung des Grundbuchs auf das Kataster zunächst nichts ist als eine behördliche Verwaltungsmaßregel und daß daher eine „irrtümliche Zurückführung des Grundbuchs auf das Kataster materiell weder Rechte geben noch nehmen kann", sondern daß immer noch ein rechtsgeschäftlicher, gutgläubiger Erwerb hinzutreten muß, damit die irrtümliche Zurückführung die Rechtswirkung der Zerstörung von altem und Schaffung von neuem Eigentum ausüben kann. Ferner betont das RG., daß auch die Auflassung wie jedes andere Rechtsgeschäft seine maßgebliche Begrenzung durch den Willen der Vertragsparteien erhält. Wird daher festgestellt, daß bei einer Auflassung der Wille der Parteien nicht dahin ging, das

Eigentum an dem ganzen Grundstücke zu übertragen, war vielmehr nur ein Teilerwerb gewollt und wurde die Auflassung im ganzen nur aus der irrtümlichen Ansicht getätigt, daß das Grundbuch nur den zu übertragenden, nicht auch den zurückzuhaltenden Teil umfasse — so wird bezüglich des letzteren Teiles Eigentum nicht übertragen, sondern das Eigentum des bisherigen Eigentümers bleibt bestehen. Er kann im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB.) erreichen, daß der richtige Sachverhalt wieder ins Grundbuch eingetragen wird. . . . Besonders wichtig dürfte folgender Gesichtspunkt sein: In „gutem Glauben" ist nur derjenige, der sich auf die Angaben des Grundbuchs wirklich verlassen hat. Regelmäßig wird aber der Erwerber eines Grundstücks nicht darauf sein Augenmerk richten, z. B. die Parzellen 123/78 und 175/79 Kartenblatt 8 der Gemarkung Stockhausen zu erwerben, sondern er will ein bestimmtes Grundstück, das er sich zeigen läßt, eine bestimmte wirtschaftliche Einheit, erwerben. Dann kann er sich nachher nicht darauf berufen, daß im Grundbuche noch weitere Parzellen eingetragen ständen und er auch diese miterworben habe — selbst wenn er das Grundbuch eingesehen hat. Dies spricht mit Schärfe das Urt. des RG. 3. Sen. vom 7. Juli 1905 (**RG. 61** 195) aus.

2. *Roettgen, GruchotsBeitr. **56** 208—240. Da eine Fläche durch eine in sich selbst zurücklaufende Linie, eine Linie aber durch Punkte bestimmt wird, so läuft die Aufgabe des Grundbuchs, soweit es das Rechtsobjekt zu bezeichnen hat, darauf hinaus, tatsächliche Angaben zu machen, die die Auffindung eines Punktes der Erdoberfläche ermöglichen; es wird dargelegt, daß dies praktisch nur durch Bezugnahme auf in der Örtlichkeit vorhandene natürliche oder künstliche Male geschehen kann. Das Grundstück ist demgemäß ein räumlich begrenzter Teil der Erdoberfläche oder des Erdkörpers, der im Grundbuch eine besondere Stelle hat. Die Grenzmale sind von verschiedener Art und Dauer, am vorübergehendsten ist die Begrenzung, wenn, was zum mindesten immer geschieht, die Grenzen lediglich zum Zwecke der Vermessung mit Latten, Meßstangen oder dgl. örtlich abgesteckt worden sind. Der Begriff eines Grenzmals ist ebensowenig durch seine Dauer bedingt, wie der Begriff eines Grundstücks als Rechtsobjekts durch den Fortbestand dieser Male. Alle Grenzmale sind mehr oder weniger vergänglich. Der Fall, daß die Grenze nicht ermittelt werden kann, ist im § 920 BGB. vorgesehen. Das Grundbuch nimmt auf diese Grenzmale durch Vermittelung der Katasterkarte Bezug. Diese Karte ist wie jede andere Karte ein Bild der Erdoberfläche, in dem die verschiedenen topographischen Gegenstände, insbesondere die Grenzmale mittels bestimmter Zeichen oder Farben dargestellt und zum Teil auch ihre Namen eingetragen sind. In sehr vielen Fällen ist die Grenze lediglich durch einen schwarzen Strich bezeichnet; daß aber auch dieser Strich lediglich eine in der Örtlichkeit vorhandene Grenze versinnbilden und keine Grenze schaffen will, wird durch Schilderung des technischen Verfahrens bei der Anfertigung der Katasterkarten dargelegt. Wenn eine Karte ein genaues Bild der Erdoberfläche darstellen soll, so ist dazu ferner ein Gradnetz erforderlich, ohne welches die Objekte nicht derartig wiedergegeben werden können, daß sie ihrer Lage und gegenseitigen Entfernung nach mit der Wirklichkeit vollständig übereinstimmen. Bei der Vermessung und Kartierung können Fehler vorkommen, deren Folge es ist, daß die mittels der Maße der Karte, insbesondere der in ihr enthaltenen Messungszahlen ins Feld übertragene geometrische Grenzlinie der Karte von der in der Örtlichkeit vorhandenen Grenze, die der Vermessung zugrunde gelegt ist und durch diese Linie versinnbildet werden soll, abweicht; maßgebend für den öffentlichen Glauben, für die Eigentumsvermutung und die Tabularersitzung ist allein die letztere Grenze; hat sie sich verschoben oder ist sie überhaupt verloren gegangen, so ist die Stelle maßgebend, wo sich diese Grenze bei Anfertigung der Karte befunden hat. Die Maße stellen lediglich tatsächliche Angaben dar, deren Richtigkeit und Genauigkeit von der Sorgfalt und Geschicklichkeit des Geometers

abhängt. Folglich kann auch, wenn in diesen Fällen die Karte berichtigt wird, die Berichtigung von Amts wegen auf die Mitteilung des Katasteramts in das Grundbuch übernommen werden, denn es handelt sich nicht um Zu- und Abschreibung von Teilen der Erdoberfläche, sondern nur von Flächenabschnitten in der Karte. Kann die örtliche Grenze oder die Stelle, an der sie sich befand, nicht ermittelt werden, so ist zur Ziehung einer neuen Grenze nach § 920 BGB., da in diesem Falle mit der Möglichkeit der Zu- und Abschreibung von Flächen der Erdoberfläche gerechnet werden muß, die Mitwirkung aller derjenigen erforderlich, welche zur realen Teilung der streitigen Fläche mitwirken müßten, wenn diese im Miteigentume der Nachbarn stände und nunmehr hinsichtlich des Eigentums und der dinglichen Rechte an Stelle des Bruchteils der hierfür angewiesene reale Teil treten sollte. Es bedarf also namentlich auch, wenn die durch Vereinbarung oder Urteil festgesetzte Grenze für die Zukunft als die grundbuchmäßige Grenze gelten soll, einer entsprechenden Zu- und Abschreibung im Grundbuche.

3. *Fröhlich, DNotV. **12** 329. Die Frage, ob der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch für die katastermäßigen Angaben gilt, ist zu verneinen für das preußische Recht auf Grund geschichtlicher Erörterung des Zusammenhanges zwischen Grundbuch und Steuerbüchern (StriethA. **34** 137, OTr. **75** 69), für das Reichsrecht auf Grund der Erwägung, daß das im § 2 GBO. gedachte „amtliche Verzeichnis" der Grundstücke keine reichsgesetzliche Einrichtung ist, des Schweigens des EGBGB. und des Berichts v. Jakubeczkis aus der zweiten Kommission an das Bay. JustMin.: Der öffentliche Glaube kommt nur dem Grundbuche, nicht aber dem Flurbuch und der dem letzteren zugrunde liegenden Kartierung zu. (332): Die in der Rechtsprechung des RG. herrschende Ansicht, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch für die katastermäßigen Angaben gelte, beruhte für das preußische Recht auf der Erwägung, daß, weil das Eigentum durch die Auflassung erworben werde und der Besitz und Titel für den Eigentumserwerb nicht entscheidend sei, das mit dem Grundbuche verbundene Kataster auch zum Nachweise dessen dienen müsse, was der eingetragene Eigentümer durch die Auflassung erworben hat (OTr. **75** 69). Diese Erwägung trifft nicht zu, weil zur Zeit des Inkrafttretens des PrEEG. und der GBO. vom 5. Mai 1872 viele Grundstücke noch nicht vermessen oder auf das Grundbuch zurückgeführt waren, das Eigentum an diesen Grundstücken aber auch durch Auflassung erworben wurde und noch gegenwärtig erworben wird (**RG. 64** 164/167). (339): Das im § 2 GBO. vorgesehene amtliche Verzeichnis besteht nur dort, wo es durch Verordnung des Landesherrn eingeführt ist. Wenn der Gesetzgeber den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch auf die katastermäßigen Angaben ausdehnen wollte, so hätte er wohl gleiches Recht für das ganze Gebiet des BGB. geschaffen und es nicht dem Ermessen der Landesherren überlassen, die Rechtsnorm in ihrem Gebiet einzuführen, hätte die Frage auch im EGBGB. geregelt. Dem entspricht auch der oben erwähnte Bericht v. Jakubeczkis aus der zweiten Kommission an das BayJustMin. (340): Wenn in Preußen der Grundbuchrichter auf Grund des § 7 Ziff. 2 AVf. vom 18. Februar 1911 (JMBl. 91) von Amts wegen unter Berücksichtigung der Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und eines etwaigen Eigentumserwerbes durch Zuschlag auf die Berichtigung des Grundbuchs hinzuwirken hat, muß die Streitfrage durch die Reichsgesetzgebung entschieden werden.

4. Meisner, SeuffBl. **12** 279. Ist nach Anlegung des Grundbuchs eine rechtsgeschäftliche Veräußerung des in Betracht kommenden Grundstücks vorgekommen, so kann sich der Erwerber, aber auch sein Singularrechtsnachfolger (vgl. Komm. v. RGR. Bem. 2 zu § 892), nach § 892 BGB. darauf berufen, daß der Abschnitt der Erdoberfläche, welche zur Zeit des Erwerbes im Grundbuch und dem seine Grundlage bildenden Katasterplan als Eigentum des Veräußerers vor-

getragen war, in sein — des Erwerbers — Eigentum übergegangen ist, es sei denn, daß sein Gegner nachweisen kann, daß in Wirklichkeit die richtige Grenze anders verlaufen ist und der Erwerber die Unrichtigkeit der in das Grundbuch aus dem Katasterplan übernommenen Grenzfestlegung gekannt hat. Ist nach Anlegung des Grundbuchs eine zwangsweise Veräußerung des in Betracht kommenden Grundstücks vorgekommen, so gilt die hypothekenbuch- oder grundbuchmäßige Beschreibung der Katastergrenzen für den durch den Zuschlag erfolgten Eigentumserwerb selbst dann, wenn die Grenzen darin unrichtig ausgewiesen waren und der Erwerber die Unrichtigkeit kannte. Zu demselben Resultate gelangt man für das bisherige Bayerische Recht, wenn eine mit gutgläubig erworbenen Hypotheken belastete Liegenschaft unter der Geltung der bayerischen Hypotheken- und Subhastationsgesetzgebung versteigert wurde. Liegt keine solche Veräußerung vor, so gilt bei den im Grundbuch eingetragenen Grundstücken die katastermäßige Beschreibung als die richtige auf Grund der (widerlegbaren) Vermutung des § 891 BGB. Ob der dermalige Eigentümer das Eigentum vor oder nach Inkrafttreten der Grundbuchverfassung oder des BGB. erworben hat, ist für die Vermutung belanglos (vgl. Komm. v. RGR. Bem. 1 zu § 891). Der Gegenbeweis gegen die Vermutung des § 891 kann u. a. durch eine vorliegende Vermarkung oder durch eine erfolgte Anerkennung anderer Grenzen, insbesondere einen Grenzfeststellungsvertrag erbracht werden.

5. Meisner, SeuffBl. **12** 251. Bezüglich der Grundstücksflächen gilt in Preußen die Vermutung des § 891, daß sie dem eingetragenen Eigentümer gehören, und ingleichen erstreckt sich auf sie in Preußen der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 BGB. (**RG. 73** 125 ff.). Genau das gleiche gilt für Bayern, da auch hier die Einrichtung des Grundbuchs insoweit auf dem Grundsteuerkatasterplan beruht und aus diesem die plangemäße Grenzdarstellung mit der katastermäßigen Plannummerbezeichnung in den Inhalt des Grundbuchs herübergenommen ist.

6. Forstner, DJZ. **12** 400. Das Bestandsverzeichnis des Grundbuchs hat öffentlichen Glauben.

7. BadNotZ. **12** 47 (LG. Mannheim). Zum Inhalte des Grundbuchs im Sinne des § 892 BGB. gehört die Angabe über das Flächenmaß eines Grundstücks. Die Angabe genießt selbst bei unrichtiger Vermessung guten Glauben.

II. Die Grenzen des guten Glaubens (s. JDR. **9** zu § 892 Ziff. III). 1. R. **12** Nr. 2670, WürttJ. **24** 152 ff. (Stuttgart). Der Kenntnis steht das Kennenmüssen nicht gleich. Bei verwickelter Rechtslage genügt auch nicht die Kenntnis der Tatsachen, aus welchen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt.

2. **RG.** WarnE. **12** 428. § 892 BGB. verlangt Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs und schließt den guten Glauben selbst bei voller Kenntnis der Tatsachen nicht aus, wenn der Erwerber sich glaubhafterweise im Rechtsirrtume befunden hat (Prot. d. II. Komm. **6** 222, D. z. RTVorlage 184, GruchotsBeitr. **50** 985—988). Dieselben Grundsätze aber finden nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats auch Anwendung, wenn es sich um Einreden gegen die dem dinglichen Hypothekenrechte zugrunde liegende Forderung handelt...... Die Kenntnis der Rechtshängigkeit steht der Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gleich.

3. **RG.** R. **12** Nr. 2545. Wenn bei der Auflassung eines Grundstücks die übereinstimmende Absicht von Verkäufer und Käufer nur auf Übereignung des Grundstücks abzüglich einer bestimmten Fläche gegangen ist, wenn mithin der Wille beider Teile gar nicht darauf gerichtet war, auch an dieser Fläche Eigentum zu übertragen und zu erwerben, dann ist insoweit für den gutgläubigen Erwerb durch den Käufer überhaupt kein Raum.

4. **RG. 77** 33. Für gutgläubigen Eigentumserwerb gemäß § 892 BGB. ist kein Raum, wenn der Veräußerer und der Erwerber als Gegenstand der Auflassung übereinstimmend nicht das gesamte durch das Bestandsverzeichnis des Grundbuchs nachgewiesene Grundstück, sondern nur einen bestimmten Teil des Grundstücks angesehen haben .... mithin der Wille beider garnicht darauf gerichtet gewesen ist, an der Streitfläche Eigentum zu übertragen und zu erwerben.

5. du Chesne, BayNotZ. **12** 358. Der (subjektive) gute Glaube des Erwerbers wird durch das Grundbuchsystem und seinen öffentlichen Glauben ausgeschaltet und nur der schlechte Glaube behält als exzeptivische dem öffentlichen Glauben gegenübertretende und seine Wirkung für den einzelnen Fall aufhebende subjektive Tatsache positive Geltung. Der gute Glaube ist damit für den Grundbuchverkehr zur negativen Tatsache, der schlechte Glaube zur positiven geworden, während es sich beim Mobiliarverkehre nur um eine Umkehrung der Beweislast handelt. Der Beweis des schlechten Glaubens ist natürlich unter Umständen recht bedenklich und kann daher immer nur in Frage kommen, wenn es dem Berichtigungsberechtigten nicht gelingt, einen Widerspruch ins Grundbuch zu bringen. Es wird sich im einzelnen Falle fragen, wieviel zum Nachweise des schlechten Glaubens gehört. Jedenfalls darf es nicht genügen, daß nur die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens des guten Glaubens erschüttert und der Verdacht des schlechten Glaubens begründet wird.

III. Die Wirkung des guten Glaubens (s. JDR. **10** zu § 892 Ziff. IV). 1. SeuffA. **67** 326 (BayObLG.). Der gute Glaube kann nur einen Rechtserwerb von einem Nichtberechtigten heilen, nicht aber kann bei dem Erwerbe vom Berechtigten der schlechte Glaube den Rechtserwerb hindern (**RG. 73** 53).

2. OLG. **25** 378 (Königsberg). Die mit Gründen nicht belegte Ansicht von Turnau-Förster (267), daß der böse Glaube des Bösgläubigen wieder wirksam werde, wenn er von dem Gutgläubigen zurückerwerbe, verkennt, daß das Grundbuch durch einen gutgläubigen Erwerb eben richtig wird, auch wenn früher eine Unrichtigkeit vorhanden gewesen sein sollte.

3. SeuffA. **67** 378 (Dresden). Der § 892 BGB. will nur den beschützen, der auf die Richtigkeit des Grundbuchs im Zeitpunkte des Erwerbes seines Rechtes vertraut. Ein Rechtssatz des Inhalts, daß spätere Einträge auch insoweit, als sie unrichtig sind und die Rechte anderer verletzen, früher eingetragenen Rechte zugute kommen sollen, ist nirgends aufgestellt; er würde auch mit allen im Grundbuchrechte zur Geltung gelangten Grundsätzen in Widerspruch stehen.

4. *Leibfried, BoschersZ. **12** 231. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf das der Eintragung nicht fähige Recht der statutarischen Nutznießung am sog. hinterfälligen Vermögen, das einen erbrechtlichen Ausfluß der altrechtlichen Güterstände der Errungenschaftsgesellschaft und allgemeinen Gütergemeinschaft bildet.

IV. Verfügungsbeschränkungen. 1. SeuffA. **67** 385 (Dresden). Ein durch einstweilige Verfügung gegen den Hypothekengläubiger erlassenes Veräußerungsverbot ergreift auch den Versteigerungserlös.

2. BayObLG. **13** 122 (BayObLG.). Nach dem gemeinen Rechte bestand in Ansehung der Erbschaftsgegenstände, die beim Eintritt einer bestimmten Bedingung oder eines Zeitpunkts an einen fideikommissarisch Substituierten fallen sollten, für den Fiduziar zugunsten des Fideikommissars ein gesetzliches Veräußerungsverbot; diese gesetzliche Verfügungsbeschränkung hatte zugunsten des Fideikommissars dingliche Wirkung und bedurfte nach den Vorschriften des Hypothekengesetzes zur Vermeidung der aus der Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs sich ergebenden Folgen der Eintragung in das Hypothekenbuch. Die zur Zeit des In-

krafttretens des BGB. bestandenen derartigen Verfügungsbeschränkungen sind nach Maßgabe des bisherigen Rechtes wirksam geblieben und haben namentlich ihre dingliche Natur behalten, ihre Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte hängt aber von der Eintragung in das Grundbuch ab.

§ 893. 1. **RG.** WarnE. **12** 428. Eine entsprechende Anwendung des § 892 auf den Fall, daß zwischen demjenigen, für den ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter den § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, läßt der § 893 nur unter der Voraussetzung zu, daß dieses anderweitige Rechtsgeschäft eine Verfügung über das Recht enthält. Dies trifft nur bei einem das Recht unmittelbar ergreifenden Rechtsgeschäfte, nicht aber bei einem Rechtsgeschäfte zu, durch das, wie durch einen Kaufvertrag, nur eine Verpflichtung zu einer betreffenden Rechtsänderung begründet wird.

2. SächsOLG. **33** 430, OLG. **25** 187 (Dresden). Die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. über den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs greifen Platz, wenn der Pfändungsgläubiger das ihm — grundbuchmäßig — zustehende Recht weiter überträgt oder auf Grund dieses Rechtes eine Leistung entgegennimmt oder eine Verfügung der im § 893 bezeichneten Art trifft. Gemäß § 893 BGB. ist daher eine Zahlung ohne Rücksicht auf die Gültigkeit der Pfändung wirksam, wenn der Zahlungsempfänger durch die Eintragung der Pfändung im Grundbuch als der zur Empfangnahme der Zahlung Berechtigte ausgewiesen wurde und kein Anlaß zu der Annahme besteht, daß der Zahlende die unterstellte Unrichtigkeit des Grundbuchs gekannt hätte.

§ 894. I. Wesen des Berichtigungsanspruchs (s. JDR. **8** zu § 894 Ziff. I). 1. Hoffmeister, Die Geldvollstreckung in nicht eingetragene Grundstücksrechte. (51): Der Anspruch des § 894 BGB. auf Zustimmung zur Berichtigung wird in der Literatur allgemein als „Berichtigungsanspruch" bezeichnet. Diese Bezeichnung ist falsch. Von dem Betroffenen wird nicht eine Berichtigung begehrt, wie man nach dem Ausdrucke meinen könnte. Der Betroffene kann im Grundbuche gar keine Berichtigung vornehmen, das kann nur das Grundbuchamt. Auf diese Tätigkeit hat der Berechtigte aus § 894 BGB. auch einen Anspruch, aber dieser Anspruch ist ein ganz anderer als der aus § 894 BGB. Der Anspruch auf Berichtigung gegen den Staat ist öffentlich-rechtlicher Natur, er ist vergleichbar den öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzansprüchen im Zivilprozesse, nämlich dem Klagebegehren auf Erlaß eines dem Kläger günstigen Urteils oder dem Rechtsschutzanspruch auf Vornahme einer Zwangsvollstreckungshandlung. Nur jener öffentlich-rechtliche Anspruch auf Vornahme der berichtigenden Eintragung kann als „Berichtigungsanspruch" bezeichnet werden, weil nur dieser Anspruch auf die Berichtigung gerichtet ist. Der Anspruch aus § 894 BGB. hat dagegen nur einen jenen öffentlichen Anspruch begründenden Einfluß. Der öffentlich-rechtliche im Antragsrecht (§ 13 Abs. 2, § 14 GBO.) verkörperte Anspruch gegen den Staat führt grundsätzlich nur dann zu der begehrten Eintragung, wenn die Bewilligung des Betroffenen vorgelegt wird (§§ 19, 29 Abs. 1 GBO.). Nur um diese Bewilligung von dem Betroffenen, auch gegen dessen Willen, im Falle der Berichtigung erlangen zu können, verleiht § 894 BGB. dem materiell Berechtigten einen Anspruch gegen den Betroffenen, daß dieser der von dem Grundbuchamt vorzunehmenden Berichtigung zustimme, sie bewillige. Von dem Betroffenen wird also nicht die Berichtigung, sondern die Zustimmung zur Berichtigung begehrt. Wagener will ihn deshalb mit Recht „Berichtigungszustimmungsanspruch" nennen. . . . (67): Der Berichtigungsanspruch ist stets ein „dinglicher Anspruch". Es gilt daher für ihn der Gerichtsstand des § 24 ZPO., und er wirkt gegen die Kon-

kursmasse. Als „dinglicher Anspruch" gehört der Berichtigungsanspruch zu den übrigen „dinglichen Ansprüchen", also zu dem Herausgabeanspruch (§ 985 BGB.), dem negatorischen Anspruch (§ 1004 BGB.) und dem Abholungsanspruche (§ 1005 BGB.). Als „dingliche Ansprüche" werden sonach mit Recht bezeichnet alle die Ansprüche, welche dinglichen Rechten oder Rechtsstellungen insofern dienen, als sie auf Herstellung des ihnen entsprechenden tatsächlichen Zustandes oder auf Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs oder auf Unterlassung der Beeinträchtigung gerichtet sind.

2. du Chesne, DNotV. 12 856. Der Berichtigungsanspruch ist zuwider der herrschenden Ansicht nicht dinglicher, insbesondere nicht negatorischer Natur. Es handelt sich bei ihm gar nicht darum, daß der Gegner unberechtigte Eingriffe in das Eigentum unterlasse, sondern darum, daß er ein Formalerfordernis erfülle, dessen es zur Herstellung eines der wirklichen Rechtslage entsprechenden Buchstandes bedarf. Das Recht auf einen richtigen Buchstand ist aber kein dem Rechte an der Sache als solchem entspringendes Recht, sondern ein mit dem Grundbuchsystem entstandenes, stehendes und fallendes, daher nicht auf dem dinglichen Rechte als solchem beruhendes, sondern ihm nur mittelbar dienendes Recht an dem richtigen Bestehen der formalen Einrichtung des Grundbuchs. Der Berichtigungsanspruch ist also keine Wirkungsart, keine Eigenschaft des dinglichen Rechtes, ebensowenig wie z. B. die Hypothekenklage oder das prozessuale Klagerecht aus der Hypothek eine zur Hypothek selbst gehörige Eigenschaft von ihr ist; beide gehören vielmehr bereits dem auf Durchführung des dinglichen Rechtes gerichteten formalen Rechte an, nur daß dies beim Klagerechte bereits in der äußeren Konstruktion des Anspruchs zum Ausdrucke kommt, beim Berichtigungsanspruch aber nicht. Nach alledem muß man wiederum — gegen die herrschende Ansicht — zu der Folgerung gelangen, daß der Berichtigungsanspruch, wie auch der des § 888 BGB., an sich weder abtretbar, noch pfändbar ist. Denn Abtretung und Pfändung von Ansprüchen betreffen doch ihrem Zwecke nach immer nur die Nachfolge in den Genuß des Rechtsguts, sei es Sache oder Forderung, nicht lediglich in die formalen Befugnisse des Inhabers des Rechtsguts. Man kann auch das prozessuale Klagerecht weder abtreten, noch pfänden, es hängt untrennbar an dem materiellen Interesse, dem es zu dienen bestimmt ist.

3. du Chesne, ZBlFG. 12 602. § 894 will sagen: Steht der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung einer Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht, die zugunsten einer bestimmten Person wirkt, nicht im Einklange, so ist der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gegeben für denjenigen, der durch die Eintragung einer nicht bestehenden Beschränkung beeinträchtigt ist. Die den Berichtigungsanspruch begründende Unrichtigkeit des Grundbuchs besteht demnach nur bei Eintragung einer nicht bestehenden Verfügungsbeschränkung, nicht bei Nichteintragung einer außerhalb des Grundbuchs bestehenden Verfügungsbeschränkung. Der Grund dürfte der sein, daß das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, die Verfügungsmacht des Berechtigten zu gewährleisten und daß daher eine Eintragung, zu der keine Verfügungsbeschränkung vermerkt ist, noch nicht die Vermutung der unbeschränkten Verfügungsmacht begründet. Die unbeschränkte Verfügungsmacht ist zu vermuten, aber diese Vermutung ist nicht Folge der Eintragung des Rechtes, sondern von ihr unabhängig. Dagegen ist das Grundbuch allerdings dazu bestimmt, Rechtszuständen, die diese Vermutung der Verfügungsmacht aufheben, Wirkung für den Grundbuchverkehr dadurch zu verschaffen, daß es Verfügungsbeschränkungen in sich aufnimmt. Wird daher eine solche Beschränkung eingetragen, ohne daß sie besteht, so wird das Bild der mate-

riellen Rechtsverhältnisse, soweit das Grundbuch zu seiner Wiedergabe bestimmt ist, unrichtig, nicht aber, wenn eine solche bestehende Beschränkung nicht eingetragen wird.

4. du Chesne, ZBlFG. **13** 141. Das OLG. Königsberg (s. unten Ziff. III 3) meint, der Berichtigungsanspruch dürfe zufolge der in der Auflassung liegenden Einwilligung des auflassenden Eigentümers vom Erwerber dahin geltend gemacht werden, daß er, der Erwerber, eingetragen werde. Damit würde der Anspruch durch Parteiverfügung einem Nichteigentümer gegeben werden. Hierin aber würde eine inhaltliche Abänderung des Anspruchs liegen; nicht nur die Parteirolle, sondern das Wesen des Anspruchs würde abgeändert werden. Nun vermag aber keine Parteidisposition den gesetzlichen Schutz, der für einen bestimmten Tatbestand gegeben ist, auf einen davon abweichenden Tatbestand zu übertragen. Denn hierin würde ein gesetzgebender Akt eines Privatmanns liegen. Wenn das Gesetz den Berichtigungsanspruch dem wirklichen, aber nicht eingetragenen Eigentümer zuspricht, so kann dieser den gesetzlichen Schutz nicht auf einen Nichteigentümer übertragen. Er kann nur dazu beitragen, in der Person eines anderen den gesetzlichen Voraussetzungstatbestand zu schaffen, indem er diesen zum Eigentümer macht, aber er kann den gesetzlichen Schutz nicht dahin ändern, daß er einem Nichteigentümer zukommt. Dem steht, zuwider der Ansicht des OLG., der klare Wortlaut des § 894 sowie dessen Sinn entgegen. Auf diesem Wege wird demnach das so sehr erstrebenswerte Ziel nicht zu erreichen sein. Nur das Gesetz wäre imstande, den Berichtigungsanspruch als eine — sein Wesen ändernde — Art von actio utilis dem Auflassungsempfänger zu geben, und dies wäre nur unter Durchbrechung des Grundsatzes des § 873 BGB. nach Art des § 931 BGB. möglich. . . . Der Berichtigungsanspruch verkörpert, obwohl zivilistisch konstruiert, nur *ein formales, dem prozessualen Klagerechte gleichstehendes Interesse*. Dann ergibt sich ungezwungen, weshalb eine Abtretung des Berichtigungsanspruchs — die Abtretung des RG. ist keine wirkliche Abtretung — nicht möglich ist.

5. **RG.** BayRpflZ. **12** 420. Der Berichtigungsanspruch erwächst nach dem § 894 BGB. allein aus der Tatsache der Nichtübereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage und der sich daraus ergebenden Beeinträchtigung der Rechte. Die ihm entsprechende Leistungspflicht wird nicht dadurch zu einer „vertragsmäßigen", daß die Unrichtigkeit mit einem Vertrag im Zusammenhange steht.

II. *Fälle der Berichtigung*. 1. **RG. 78** 371. Auch wenn davon auszugehen ist, daß die Auflassung im ganzen Umfange nichtig ist, sind die Kläger für berechtigt zu erachten, die Grundbuchberichtigung bezüglich der streitigen Parzellen *allein* zu verlangen. Ebenso wie der Eigentümer mit der Eigentumsklage gegen den Besitzer Herausgabe nur eines Teiles seines Eigentums zu verfolgen berechtigt ist, kann er mit der Berichtigungsklage gegen den im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks Eingetragenen die Grundbuchberichtigung *nur hinsichtlich eines Teiles des Grundstücks* beanspruchen. Eine *solche Berichtigung ist auch grundbuchlich ausführbar*: Der Grundstücksteil ist unter Abschreibung von dem Grundbuchblatt über das ganze Grundstück auf ein anderes Grundbuchblatt zu übertragen, und auf diesem ist die Berichtigung der Eigentumseintragung durch Einschreibung des wahren Eigentümers zu bewirken (vgl. §§ 3, 4, 6 GBO., § 8 Abs. 6, 7 PrABf. vom 20. November 1899).

2. HansGZ. **12** Beibl. 287 (Hamburg). Ob der § 1438 Abs. 2 BGB., wonach *im Falle der ehelichen Gütergemeinschaft jeder Ehegatte von dem anderen Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen kann*, wenn ein im Grundbuch eingetragenes Recht eines der Eheleute gemeinschaftlich wird, Bedeutung nur hat, solange die Gütergemeinschaft besteht und nicht auch dann noch Anwendung zu finden hat, wenn nach

Beendigung der Gütergemeinschaft sich die Ehegatten oder deren Erben wegen des Gesamtguts auseinandersetzen, mag auf sich beruhen. Jedenfalls trifft auf diese Zeit der Auseinandersetzung die allgemeine Vorschrift des § 894 BGB. zu, wonach jeder, dessen Recht nicht oder nicht richtig im Grundbuch eingetragen ist, von demjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, die Zustimmung zur Berichtigung verlangen kann. Daraus, daß für die Gütergemeinschaft im § 1438 Abs. 3 BGB. und für die fortgesetzte Gütergemeinschaft im § 1485 Abs. 3 BGB. das Recht der Beteiligten auf Berichtigung des Grundbuchs noch besonders anerkannt und geregelt ist, läßt sich nicht herleiten, daß für alle diejenigen sich aus einer ehelichen Gütergemeinschaft ergebenden Rechtsverhältnisse, die nicht unter die bestehende und die fortgesetzte Gütergemeinschaft fallen, ein Recht auf Berichtigung des Grundbuchs nicht gegeben sein sollte. Für eine solche Ausnahme würde es an jedem vernünftigen Grunde fehlen.

3. **RG. 77** 106. Der Konkursverwalter ist dem Gläubiger gegenüber, für den der Gemeinschuldner eine Briefgrundschuld bestellt hat, dem aber der Grundschuldbrief vor der Konkurseröffnung noch nicht übergeben worden ist, zur Herausgabe des Briefes nicht verpflichtet, er kann vielmehr von dem Gläubiger Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen.

4. SchlHolstAnz. **12** 223 (Kiel). Der nacheingetragene Hypothekengläubiger hat gegenüber dem Inhaber einer voreingetragenen, aber rechtsunwirksamen Hypothek einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs und Herausgabe des Hypothekenbriefs.

5. **RG.** WarnE. **12** 298, GruchotsBeitr. **56** 987. Anspruch auf Mitwirkung zur Grundbuchberichtigung bei bedingt übertragenen Sicherungshypotheken.

6. SchlHolstAnz. **12** 363 (Kiel). Die Klage auf Beseitigung einer nichtigen Zwangshypothek kann nicht mit der exceptio doli generalis entkräftet werden, weil der Kläger für die Forderung hafte und aus diesem Grunde die Zwangsvollstreckung dulden müsse.

III. Abtretung des Berichtigungsanspruchs (s. JDR. **2** zu § 894 Ziff. 3, **3** zu § 894 Ziff. 2, **4** zu § 894 Ziff. 2, **6** zu § 894 Ziff. III, **7** zu § 894 Ziff. III, **9** zu § 894 Ziff. I, **10** zu § 894 Ziff. II). 1. **RG. 78** 87, JW. **12** 297. Zuvörderst kann in Frage kommen, ob eine selbständige, ohne Auflassung sich vollziehende Übertragung des Berichtigungsanspruchs rechtlich überhaupt möglich war. Zweifelhaft kann das nur um deswillen sein, weil der Berichtigungsanspruch kein selbständiges, übertragbares Vermögensrecht, sondern nur eine mit dem Eigentumsrechte verbundene, von ihm an sich unlösbare Befugnis darstellt. Demgemäß hat sich der erkennende Senat grundsätzlich auch bereits auf den Standpunkt gestellt, daß der Berichtigungsanspruch nur in Verbindung mit der Auflassung auf den Nachfolger des Berechtigten übertragen werden kann (vgl. **RG. 62** 327 und das Urt. vom 23. April 1910, Rep. V. 23/09, WarnE. **10** Nr. 239). Indes nach der Regel, daß es möglich ist, auch eine bloße an ein bestehendes Recht geknüpfte Befugnis auf einen anderen allein mit der Wirkung abzutreten, daß der andere dadurch lediglich ermächtigt wird, die Rechtsbefugnis kraft fremden Rechtes in eigenem Namen und in eigenem Interesse durch Klage geltend zu machen (vgl. **RG. 73** 306, betr. die Befugnis, einen Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, und das Urt. bei WarnE. **08** Nr. 197, betr. die Übertragbarkeit der bloßen Befugnis, eine fremde Forderung einzuklagen), muß es auch zulässig sein, daß der Eigentümer den ihm zustehenden Berichtigungsanspruch auf einen anderen lediglich mit der Wirkung überträgt, daß der andere dadurch befähigt wird, den Anspruch im Klagewege zwar als Recht des

Eigentümers, aber trotzdem im eigenen Interesse und in eigenem Namen für sich zur Geltung zu bringen. Das Bedürfnis zu einer derartigen Abtretung wird zwar lediglich in solchen Fällen bestehen, wo unter den besonderen Umständen eine stillschweigende, in der Auflassung selbst schon enthaltene Abtretung ausgeschlossen ist.... Die Frage aber, ob der Kläger die Berichtigung der Eigentumseintragung sogleich nicht nur in eigenem Namen, sondern auch auf seinen eigenen Namen fordern kann, oder ob er es zunächst nur auf den Namen des Abtretenden tun darf, ist auf alle Fälle im letzteren Sinne zu entscheiden. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß zu unterscheiden sei, ob die Übertragung des Berichtigungsanspruchs mittels der Auflassung oder selbständig ohne eine solche geschieht, und daß der Rechtsnachfolger zwar im letzteren Falle die Berichtigung nur auf den Namen des Rechtsurhebers, im ersteren dagegen auch nach geltendem Rechte unmittelbar auf eigenen Namen verlangen könne, ist nicht haltbar und steht im Widerspruche mit der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats, wie sie gerade auch in den vom Berufungsurteil angezogenen Urteilen (vgl. **RG. 53** 410, **59** 294, **62** 322, **64** 165, **66** 21) zum Ausdrucke gekommen ist. Hier ist durchweg nur der Standpunkt vertreten, daß auch die mit der Auflassung sich vollziehende Übertragung nach geltendem Rechte nichts mehr zum Ergebnisse hat, als eine Ermächtigung des Erwerbers, die Berichtigung zwar in eigenem Interesse und in eigenem Namen, aber andererseits doch nur auf den Namen des auflassenden Eigentümers zu fordern. Die in Turnau-Förster angezogenen Urteile des RG. (**RG. 46** 225 und JW. **01** 527 Nr. 22), auf die sich der Berufungsrichter gleichfalls beruft, haben Fälle im Auge, wo die Auflassung und damit die Rechtsübertragung noch unter der Herrschaft des preußischen Rechtes erfolgt war, und nach dessen Rechtsgrundsätzen war allerdings eine Rechtsübertragung mit der vom Berufungsgericht angenommenen Wirkung möglich. Aber in **RG. 59** 294 und **64** 169 ist ausdrücklich auf den Unterschied zwischen den Grundsätzen des preußischen Rechtes und denen des BGB. hingewiesen.

2. **RG. 78** 87, JW. **12** 297. Ein Berichtigungsanspruch kann nicht übertragen werden, wenn im Zeitpunkte der Übertragung das Grundbuch für das betreffende Grundstück (Dorfaue) noch nicht angelegt war. Dagegen ist die Annahme zulässig, daß der Berechtigte zwar nicht den damals überhaupt noch nicht gegebenen Berichtigungsanspruch, so doch jedenfalls das Recht übertragen hat, das ihm selbst damals zustand, in eigenem Namen die Anlegung eines Grundbuchblatts für die Dorfaue herbeizuführen. .... Endlich aber erscheint auch die Annahme als statthaft, daß sich die Befugnis zu der Zeit, als das Grundbuchblatt für die Dorfaue angelegt und die Beklagte als Eigentümerin eingetragen wurde, infolgedessen in der Person des Klägers zu einem Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs erweitert hat.

3. PosMSchr. **13** 34 (Königsberg). Allerdings kann nach § 894 BGB. nur der wirkliche Eigentümer des nicht richtig gebuchten Flächenstücks die Berichtigung des Grundbuchs verlangen, und mit der Übertragung des Berichtigungsanspruchs geht das Eigentum an dem Flächenstück auf den Erwerber nicht über. Wenn aber — wie das RG. zutreffend ausführt — der Veräußerer den Erwerber zur Geltendmachung des Anspruchs für ihn, den Veräußerer, ermächtigen kann, so steht nichts im Wege, noch einen Schritt weiter zu gehen und eine solche Ermächtigung mit der Wirkung für zulässig zu erklären, daß der Erwerber den Berichtigungsanspruch für sich selbst geltend machen, also die Berichtigung des Grundbuchs auf seinen eigenen

Namen verlangen kann (vgl. Güthe, GBO. [2] 472 und dazu Kiehl, Gruchots Beitr. **55** 844, 845). Die Erwägung, daß nach § 894 BGB. nur der Eigentümer die Berichtigung verlangen kann und daß es für das Immobiliarsachenrecht an einer dem § 931 BGB. entsprechenden Vorschrift fehlt, spricht nicht gegen die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Denn der Berichtigungsanspruch bleibt immer ein Anspruch des Veräußerers als des wirklichen Eigentümers des Flächenstücks; er darf nur auf Grund der stillschweigend mit der Auflassung gegebenen Einwilligung des Veräußerers von dem Erwerber für sich selbst geltend gemacht werden. Das ist weder durch § 894 BGB. noch durch eine andere Gesetzesvorschrift verboten.

4. Hoffmeister aaO. (74): Von einer „Übertragung" kann nur dann gesprochen werden, wenn der Berichtigungsanspruch so auf den Zessionar übergeht, daß nur er ihn geltend machen kann und der Zedent aus dem Rechtsverhältnisse völlig ausscheidet.... (75 ff.): Der Berichtigungsanspruch ist nicht übertragbar.... (92): Der Berichtigungsanspruch ist kein höchst persönlicher Anspruch und deshalb grundsätzlich überlaßbar.... Mit der Überlassung wird nur die Ausübung des Berichtigungsanspruchs überlassen, nicht das ganze dingliche Recht.... (93): Mit der grundsätzlichen Überlaßbarkeit des Berichtigungsanspruchs steht seine grundsätzliche Pfändbarkeit nach § 857 Abs. 3 ZPO. fest. Die Pfändung ist nur unzulässig, wenn die Überlassung durch Vereinbarung zwischen dem nach § 894 BGB. Berechtigten und dem Verpflichteten ausgeschlossen ist.... (95): Durch die Pfändung des Berichtigungsanspruchs entsteht an dem Berichtigungsanspruche selbst als an dem unveräußerlichen, aber überlaßbaren Vermögensrecht des § 857 Abs. 3 ZPO. ein Pfandrecht des Gläubigers.... (96): Die Eintragung des Pfandrechts oder der Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist unzulässig, weil der Berichtigungsanspruch selbst nicht eintragungsfähig ist.... (106): Der Gläubiger, der den Berichtigungsanspruch gepfändet hat, ist aus § 899 BGB. nicht berechtigt.

5. SächsRpflA. **12** 19, R. **12** Nr. 2247 (Dresden). Der Berichtigungsanspruch ist zwar abtretbar. Der Erwerber kann aber die Umschreibung nicht auf sich, sondern nur auf den Abtretenden verlangen.

6. Thur, DJZ. **12** 1265. In dem Urteile vom 11. Dezember 1911 (**RG. 78**, 87) hält das RG. daran fest, daß ein Berichtigungsanspruch ohne das Eigentum am Grundstück abgetreten werden könne. Diese Abtretung soll aber lediglich die Wirkung haben, „daß der Zessionar befugt ist, den Anspruch im Klagewege zwar als Recht des Eigentümers, aber trotzdem im eigenen Interesse und in eigenem Namen für sich zur Geltung zu bringen" (90). Eine „Abtretung" mit derart beschränkter Wirkung ist keine Zession, sondern Vollmacht in rem suam. Man braucht den Begriff der Zession nicht zu denaturieren, um die vom RG. getroffene richtige Entscheidung zu begründen.

7. Die Entsch. des OLG. Cassel in JDR. **11** zu § 894 Ziff. II 3 auch OLG. **26** 8.

IV. Verzicht auf den Berichtigungsanspruch. 1. Hoffmeister aaO. (57): Der Berechtigte kann auf den ihm durch § 894 BGB. verliehenen Berichtigungsanspruch, wie auf jeden ihm gegen einen Dritten zustehenden Anspruch verzichten. Ob der Verzicht auf den Berichtigungsanspruch ein einseitiges oder ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, ist mangels einer ausdrücklichen Bestimmung äußerst zweifelhaft.... Man wird aus dem Schweigen des Gesetzes folgern müssen, daß für sie beide Formen des Verzichts zugelassen sind.... (58): In dem Verzichtsvertrage muß im Zweifel eine stillschweigende formlose Einigung des § 873 BGB. gefunden werden. Sie stellt wegen der vorangegangenen Eintragung das Grundbuch dann richtig, wenn die Einigung keiner besonderen Form bedarf.... (59): Der einseitig erklärte Verzicht kann nie materielles Recht schaffen, weil er als einseitiges Rechtsgeschäft nie-

mals eine stillschweigende Einigung des § 873 BGB. enthalten kann.

2. *Walsmann, Verzicht 81. Der Anspruch auf Grundbuchsberichtigung und auf Zustimmungserklärung dazu unterliegt nicht dem Verzichte.

§ 899. 1. ElsLothJZ. **12** 425 (Colmar). Vor Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs ist auch im Bestreitungsfalle die Passivlegitimation des Gegners des Gesuchstellers zu prüfen. Bei Ungeteiltheit des Miteigentums an dem Nachlasse wird das Recht dieses Gegners nicht davon berührt, wenn dem Gesuchsteller gegen einen eingetragenen anderen Miteigentümer des Nachlaßgrundstücks ein Recht auf Berichtigung des Grundbuchs zustände.

2. Gerstlauer, BayRpflZ. **12** 433. Die Protestationen des alten bayerischen Hypothekenrechts und das geltende Recht.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Literatur: Meisner, Die Bedeutung der geometrischen Vermessung für die Ermittelung der Grenzen. Seuff.Bl. **12** 251—257, 279—284. — Niemeyer, Gutachten für den DJT. über die Frage: Empfiehlt sich eine Fortbildung des geltenden Schadensersatzrechts durch besondere gesetzliche Bestimmungen über die Haftung für Schäden, die verursacht werden durch die Verwendung von Luftschiffen und Flugmaschinen? 31. DJT. II 28—61. — Siehr, Empfiehlt sich eine Fortbildung des geltenden Schadensersatzrechts durch besondere gesetzliche Bestimmungen über die Haftung für Schäden, die durch die Verwendung von Luftschiffen und Flugzeugen verursacht werden? GruchotsBeitr. **56** 194—208. — Sperl, 31. DJT. II 62—97, Gutachten über dieselbe Frage.

§ 903. *Thießen, Person und Vermögen 60 ff. Den Inhalt des Eigentums machen zwei Befugnisse aus: über die Sache zu verfügen und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Andere Befugnisse (die Sache zu besitzen, mit der Sache nach Belieben zu verfahren) gehören nicht zum Inhalte des Eigentums. Der § 903 müßte lauten: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, über die Sache verfügen und andere von jeder Einwirkung ausschließen."

§ 904. 1. *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, Hirths Ann. **12** 200 ff. Der § 904 bezieht sich nur auf ein privatrechtliches Notrecht. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte erkennt aber ein in seinen Voraussetzungen diesem durchaus entsprechendes Recht der verwaltungsrechtlichen Nothilfe zugunsten der öffentlichen Verwaltung an. Zweifelhaft ist, ob das durch § 904 BGB. gewährte Nothilferecht, dessen Ausübung weder der Eigentümer der betroffenen Sache noch die Strafpolizei verhindern kann, illusorisch gemacht werden kann durch einen Eingriff der allgemeinen Polizei, die aus verwaltungsrechtlichen Gründen etwa die Zerstörung der öffentlichen Brücke oder die Beschädigung des öffentlichen Weges oder Dammes verhindert.

2. *Siehr, GruchotsBeitr. **56** 203 ff. a) § 904 wird seinem Zwecke, einen gerechten Interessenausgleich zu bieten, nicht gerecht und bedarf einer Änderung. b) § 904 macht die gesetzliche Ordnung der Gefährdungshaftung für solche Schäden, die durch Luftfahrt entstehen, nicht entbehrlich.

§ 905. I. Luftrecht (JDR. **4** Ziff. I 1, **6**, **7**, **8**, **9**, **10** Ziff. I). 1. *Siehr, GruchotsBeitr. **56** 194 ff. Das Stiften von Schaden durch Luftfahrt paßt unter keine der Normen, für die das Gesetz Gefährdungshaftung vorsieht. Die außervertragliche Haftung für solche Schäden ist im § 823 BGB. geregelt und zwar dahin, daß im Falle des Verschuldens — oder der Verletzung eines Schutzgesetzes — Ersatzpflicht eintritt. Einführung der Gefährdungshaftung in gewissen

Grenzen ist erst Sache einer lex ferenda. Ebenso jetzt **RG.** 11. 1. 12, JW. **12** 389 (Echterdinger Zeppelin-Unfall) in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen (s. unten Ziff. 2b). [AM. Bodenheim, DLuftschZ. v. 23. 8. 11.] Verf. spricht sich für baldige reichsgesetzliche Ordnung der Haftung für Schäden aus, die durch Verwendung von Luftfahrzeugen aller Art entstehen. Er verwirft den im Code de l'air des Comité international juridique de l'aviation (JW. **11** 670 ff.) gemachten Versuch kasuistischer Regelung und den von Sturm (GruchotsBeitr. **55** 529) vorgeschlagenen Aufschub der Einführung von Schadensersatzregeln bis zur Einführung vorbeugender Normen, empfiehlt daher zusammenfassende und der schnellen Entwickelung des Luftverkehrs entsprechend schleunige Regelung der Materie für Deutschland und Österreich in ähnlicher Weise, wie die Haftung für Kraftfahrzeugschäden durch das deutsche Automobilhaftpflichtgesetz geordnet ist (über einen Gesetzesvorschlag vgl. 200, 206).

2. Der Schadensersatzanspruch eines Zuschauers, der in der Echterdinger Katastrophe des Zeppelinschen lenkbaren Luftschiffs verletzt worden war, ist vom OLG. Stuttgart und vom RG. abgewiesen worden, weil ein Verschulden bei der Landung nicht zu erweisen war. Aus dem Gesichtspunkte der Gefährdungshaftung hat **a)** OLG. Stuttgart, WürttRpflZ. **12** 160 den Entschädigungsanspruch mit folgender Begründung zurückgewiesen: Das heutige bürgerliche Recht steht grundsätzlich auf dem Standpunkte, daß für einen Schaden, der einem anderen außerhalb eines Vertragsverhältnisses zugefügt wird, nur beim Vorliegen eines Verschuldens gehaftet wird. Wenn im BGB. und einigen Spezialgesetzen die Haftung auf Fälle erstreckt ist, in denen, ohne daß ein Verschulden vorliegt, gewisse mit Gefahren für andere verbundene Handlungen zu Schädigungen führen, so sind das Ausnahmebestimmungen, die als solche um so weniger einer entsprechenden Anwendung auf sonstige gefährliche Unternehmungen zugänglich sind, als dabei wenigstens zum Teil noch andere Haftungsgesichtspunkte, so z. B. der Gedanke, daß die Realisierung von Betriebsgefahren zu den Generalunkosten des Unternehmens zu rechnen sind, eine Rolle spielen. **b)** Auch das **RG.** JW. **12** 389 hat nur die allgemeinen Vorschriften über Schadenshaftung für anwendbar erklärt.

§ 906. 1. **a)** *Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, HirthsAnn. **12** 205. Der § 906 greift gegenüber Immissionen durch öffentliche Anstalten nicht Platz. **b)** PosMSchr. **12** 98 (Königsberg). Die Eisenbahn ist nicht ersatzpflichtig, wenn sie seitlich des Bahnkörpers unmittelbar an der Grenze Schneezäune errichten läßt und der vor diesen sich anhäufende Schnee das Nachbarland schädigt. Aus § 906 würde sich ein Verbot — auch wenn die Beeinträchtigung nicht durch die Aufrechterhaltung eines konzessionierten Betriebs erfolgt wäre — nicht herleiten lassen, weil es sich bei den Wirkungen, die durch die Schneezäune ausgeübt werden, nicht um eine Verletzung des ausschließlichen Rechtes jedes Eigentümers zur Verfügung über den Raum über der Oberfläche seines Grundstücks handelt. Auch § 907 greift nicht Platz. **c)** OLG. **26** 23 ff. (Stuttgart). § 906 ist auch auf die Immission von Bienen anwendbar (vgl. Prot. III, 123). Vgl. jedoch Neumann, Handausg. Anm. I 1 zu § 906. **d) RG.** 12. 10. 12, R. **12** Nr. 3370. Das Unzulässige kann auch in der örtlichen Anbringung des geräuschvollen Betriebs liegen. (Es handelte sich um einen in Stein und Eisen hergestellten Stall von außergewöhnlichem Umfange, der an der Straße neben dem Vorderhause des Klägers errichtet war.) **e)** BadRpr. **12** 130 (Karlsruhe). Eine Kirchengemeinde ist hinsichtlich der Einwirkung auf die Nachbargrundstücke durch Zuführung von Geräuschen an dieselben Schranken gebunden, wie jeder andere Eigentümer. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß zur Ausfuhrung der Schläge der Uhr die Kirchenglocken benutzt werden, welche auch zum Läuten dienen. Aus dem Rechte, die Glocken zum gottesdienstlichen Gebrauche zu läuten, folgt nicht ein öffentliches Recht, die Glocken auch beliebig zu

anderen Zwecken zu benutzen, welche wie der Betrieb einer Kirchenuhr mit der Bestimmung für den Kultus nichts zu tun haben.

2. a) Niemeyer, 31. DJT. II 29 ff., meint, zur Zeit empfehle sich eine Fortbildung des geltenden Schadensersatzrechts durch besondere gesetzliche Bestimmungen über die Haftung für Schäden, die durch die Verwendung von Luftfahrzeugen verursacht werden, nicht. b) Sperl, 31. DJT. II 62 ff., hält den Ersatz von Schäden, die durch die Luftfahrt ohne jemandes Verschulden Personen zugefügt werden, die an der Fahrt nicht beteiligt sind, für durch die geltenden bürgerlichen Gesetze nicht befriedigend geregelt; die Aufstellung neuer Normen sei wünschenswert, und zwar in der Weise, daß der Eigentümer des Fahrzeuges, der Unternehmer und der Lenker der Fahrt jenen Schaden solidarisch zu ersetzen haben, der durch die Bewegung des Luftzeuges oder durch eine von ihr ausgelöste Kraft entstanden ist. Von dieser Haftung soll jener Lenker oder Mitfahrer frei sein, der im Dienste und Auftrag des Eigentümers, des Unternehmers oder des Lenkers der Fahrt tätig war. Diese Haftung hat zu entfallen: a) wenn und soweit der Beschädigte selbst oder eine nicht in Dienst und unter Verantwortung des Aeronauten stehende Person den Schaden durch schuldbares Handeln herbeigeführt hat, b) wenn der Luftfahrer beweist, der Schaden sei nur durch solche Elementarereignisse herbeigeführt worden, die als außergewöhnliche, weder vorauszusehende, noch erfahrungsgemäß mit dem Betriebe der Luftfahrt verbundene Krafteinwirkungen angesehen werden müssen.

3. Der 31. DJT. in Wien empfiehlt die Fortbildung des Schadensersatzrechts durch besondere gesetzliche Bestimmungen über die Haftung für Schäden, die durch Verwendung von Luftschiffen und Flugmaschinen verursacht werden, nach den Prinzipien der Betriebshaftung. Die Haftung soll ausgeschlossen sein, wenn der Schaden durch höhere Gewalt herbeigeführt ist; höhere Gewalt sei aber niemals die Verwirklichung der der Luftfahrt eigentümlichen Gefahren. Die Berufung auf höhere Gewalt ist auszuschließen gegenüber dem Grundeigentümer, dessen Grundstück oder Luftraum für die Luftfahrt kraft gesetzlichen Rechtes in Anspruch genommen wird (vgl. III 260 ff.).

4. **RG.** JW. **12** 589. In welcher Art ein Eigentümer sein Eigentum benutzen will, ist grundsätzlich seine Sache. Hat ein Grundstückseigentümer aber eine bestimmte Gebrauchsart gewählt, bei der er von vornherein mit Beeinträchtigungen vom Nachbargrundstücke rechnen muß, so darf er nicht solche Vorkehrungen und Schutzmaßregeln außer acht lassen, die mit Rücksicht auf die gewählte Zweckbestimmung allgemein für geboten erachtet werden. Über Beeinträchtigungen, die lediglich wegen Nichtanwendung solcher Schutzmaßregeln als übermäßige erscheinen, kann sich der Eigentümer nicht beschweren. Denn das Verbietungsrecht des leidenden Eigentümers ist von der Einschränkung abhängig zu machen, daß er der Stärke der Einwirkungen nicht selbst Vorschub leistet, indem er bei dem Gebrauche seines Eigentums regelwidrig verfährt. Der Eigentümer eines Grundstücks muß daher die Einwirkungen von Erschütterungen aus dem Nachbargrundstücke dulden, wenn er durch Errichtung einer zu dünnen Grenzmauer verschuldet hat, daß sie auf sein Grundstück herüberwirken. Der Eigentümer eines Grundstücks ist jedoch nicht verpflichtet, um das vom Nachbargrundstück aus eindringende Fabrikgeräusch auf ein erträgliches Maß herabzumindern, die Fenster seiner Wohnung zu schließen.

5. Schadensersatz ohne Verschulden (JDR. **5**, **6**, **7**, **9** Ziff. II 3, **10** Ziff. 3). a) **RG.** 17. 6. 11, EisenbE. **28** 236, HansGZ. **12** Beibl. 5 ff. Steht fest, daß ein konzessionierter Bahnbetrieb Einwirkungen auf ein Grundstück verursacht, die nicht auf das nach § 906 zu duldende Maß beschränkbar sind, so ist dafür in vollem Umfang Ersatz zu leisten und für eine Absonderung etwaiger das gewöhnliche Maß nicht überschreitender Einwirkungen kein Raum mehr. b) SchlHolst.

Anz. **12** 36 (Kiel). Nach §§ 903, 1004 hat zwar der Eigentümer lediglich einen Anspruch auf Beseitigung, Einschränkung, bzw. Unterlassung der sein Eigentum beeinträchtigenden Einwirkungen. An die Stelle dieser Ansprüche tritt jedoch in den Fällen, in denen dem Eigentümer diese Ansprüche entzogen sind, ein durch Verschuldensnachweis nicht bedingter Schadensersatzanspruch. Das ist bei dem Kaiser-Wilhelm-Kanal der Fall. Es handelt sich bei demselben um ein im öffentlichen Interesse betriebenes, behördlich genehmigtes Unternehmen. Dasselbe trifft auch hinsichtlich der Kanalerweiterungsbauten zu. **c)** Die Ansicht des RG., daß ein Recht auf Schadensersatz auch dann gegeben ist, wenn dem Schädiger kein Verschulden nachzuweisen ist, wird JW. **12** 869, EisenbE. **29** 107 ff. auch auf § 12 TelWG. gestützt. — Wird ein Haus durch den Eisenbahnbetrieb in einem darunter führenden Tunnel beschädigt, so ist der Entschädigungsanspruch auch dann begründet, wenn es sich nicht um ein Nachbargrundstück handelt.

6. Beeinträchtigung durch Bordellbetrieb (JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 6, **4**, **7** Ziff. II 4). BadRpr. **12** 179 (Karlsruhe). Eine analoge Anwendung des § 906 auf eine von einem Bordellbetrieb ausgehende sog. ideale Immission ist ausgeschlossen.

7. SchlHolstAnz. **12** 36 (Kiel). Den durch ungewöhnliche Immissionen entstandenen Schaden hat der Schädiger in vollem Umfange, nicht etwa nur, insoweit er durch Einwirkungen, die über das Maß der gemeingewöhnlichen Belästigungen hinausgehen, verursacht ist, zu ersetzen.

8. **RG.** JW. **12** 31. Schadensersatzansprüche aus Immissionen unterliegen, soweit die schädigenden Folgen der Einzelhandlung in Frage kommen, der dreijährigen Verjährung des § 852 BGB.; fortgesetzte Handlungen, mögen sie auch gleichartig sein und zeitlich sich unmittelbar aneinanderreihen, gelten hierbei nicht als eine einheitliche Handlung.

§ 907. 1. *Walsmann, Verzicht 78, 80, 272 ff. Die Ansprüche aus dem Nachbarrechte (§§ 907 ff.) unterliegen nicht dem Verzichte.

2. **RG.** 20. 4. 12, JW. **12** 752. Die Anwendung des § 907 ist auf einzelne Fabrikräume, darin aufgestellte Maschinen, Gefäße usw. jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn diese sich zu den verschiedensten Zwecken verwenden lassen und ihr Bestand überhaupt, ihre Benutzung aber nur bei einer besonderen Benutzungsweise oder zu einem besonderen Benutzungszwecke mit unzulässigen Einwirkungen auf das andere Grundstück verbunden ist.

3. **RG.** 4. 7. 11, SeuffBl. **12** 22. Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs aus § 907 gehört regelmäßig die Behauptung eines Verschuldens des die Anlage Herstellenden oder Haltenden. Nur dann, wenn dem Grundstückseigentümer ausnahmsweise durch gesetzliche Vorschrift der Anspruch auf Beseitigung der schädlichen Einwirkungen einer Anlage genommen ist, steht ihm der Schadensersatzanspruch zu, auch ohne daß er ein Verschulden des Nachbars nachweist. In demselben Sinne SchlHolstAnz. **12** 36 (Kiel), vgl. o. Ziff. 5 b zu § 906.

4. **RG.** 22. 1. 12, JW. **12** 391. Auf Anlagen, die zum Schutze gegen Überschwemmungen eines Flusses dienen, ist nicht § 907, sondern das Landesrecht anwendbar.

5. **RG.** JW. **12** 868 über Entschädigung bei Beschränkung der Zufahrt zu einem Grundstück und Entziehung von Luft und Licht nach früherem und jetzigem Rechte.

§ 908. Oertmann, Bauwerk und Bauwerkvertrag, ABürgR. **38** 169 ff. Zu den „mit einem Grundstücke verbundenen Werken" gehören auch solche Gegenstände, die zwar mit einem Grundstück oder Gebäude zusammenhängen, aber nicht im Sinne der §§ 93 ff. als deren (wesentliche) Bestandteile anzusehen sind, etwa wegen mangelnder Festigkeit der Verbindung, z. B. sog. Markisen, eingehängte Doppelfenster, Fahnenstangen, Baumstützen. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 95.

§ 912. 1. Brandgiebelrecht (JDR. **8** Ziff. 2 u. 3, **9** Ziff. 1 zu § 921, **10** Ziff. 4 u. oben Ziff. 1 zu § 93). a) RheinA. **109** 277, JW. **12** 491, RheinARB. **29** 158 (Düsseldorf). Das RG. hat allerdings angenommen, daß derjenige, der eine Giebelmauer auf die Grenze gesetzt hat, so daß je eine Hälfte auf beiden Grundstücken steht, Alleineigentümer der Mauer bleibe, aber nur auf Grund des § 912 nicht auf Grund des § 94, und daher verneint, daß der Eigentümer, wenn der Nachbar an die Giebelmauer anbaut, einen Rechtsverlust erleide (vgl. JDR. **10** Ziff. 4). Es versagt deshalb dem Eigentümer jeden Ersatzanspruch gegen den Nachbar und räumt ihm nur das Recht ein, von ihm Beseitigung der etwaigen Beeinträchtigung seines Eigentums zu verlangen. Diese Ansicht wird aber der tatsächlichen Rechtslage nicht gerecht. Sie widerspricht nicht nur dem Herkommen und dem Rechtsbewußtsein der beteiligten Kreise, sondern führt auch zu unbilligen Ergebnissen. — Der erk. Sen. hat in seinen früheren Entscheidungen angenommen, die Mauer werde, auch soweit sie auf das Grundstück des Nachbars übergebaut wird, nach § 94 Bestandteil des Hauses des Erbauers. Das RG. hat diese Ansicht mißbilligt; es sagt: Das BGB. mache von dem allgemeinen Grundsatze, daß die Grundstücksgrenze auch für das Eigentum an den Gebäuden maßgebend sei, Ausnahmen nur in den §§ 95 und 912. Dabei wird aber übersehen, daß das RG. in einer Reihe von Fällen selbst eine weitere Ausnahme anerkannt hat (vgl. **RG. 61** 189, **48** 267, **39** 205 und neuerdings **72** 272.) — Durch die Ausführungen des RG. in jenen Entscheidungen ist aber zugleich mitentschieden, daß auch eine auf ein Nachbargrundstück übergebaute Giebelmauer nach § 94 ganz Bestandteil des Grundstücks des Erbauers bleibt. An sich sind die übergebauten Baumaterialien in mechanische Verbindung mit dem Nachbargrundstücke gebracht. Nach der ihnen beim Baue vom Eigentümer gegebenen Zweckbestimmung aber sollen sie nicht dem Nachbargrundstücke dienen, sondern dem des Erbauers, und sollen Bestandteil von dessen Grundstück sein. Mit dem letzteren sind sie auch durch die Verbindung mit der anderen Mauerhälfte ebenfalls in feste mechanische Verbindung gebracht. Wenn nun eine solche übergebaute Mauer auch Bestandteil des Hauses und Grundstücks des Erbauers und auch deshalb sein Alleineigentum bleibt, so erschöpft sich doch darin nicht der Zweck und die Bestimmung, die ihr der Erbauer gegeben hat; der Eigentümer will, daß der Nachbar anbaue. Baut der Nachbar an und duldet der Eigentümer dies stillschweigend oder ausdrücklich, so kann man darin unbedenklich den Abschluß eines stillschweigenden Vertrags erblicken, daß der Anbauende, wie im früheren rheinischen Rechte, die Hälfte der Mauer erwerbe und sich unmittelbar verpflichte, die Hälfte der Errichtungskosten zu bezahlen. Aber selbst, wenn man nicht so weit gehen will, tritt diese Wirkung mittelbar als Folge der anderweiten stillschweigenden Einigung ein. Bei dem Anbaue wird regelmäßig derselbe Zustand hergestellt, als wenn die beiden Häuser gleichzeitig mit einer gemeinsamen Giebelmauer erbaut worden wären. Indem der Erbauer die Herstellung dieses Zustandes duldet, gibt er zu erkennen, daß er fortan nicht mehr den Willen hat, daß die Mauer nur Bestandteil seines Hauses sein soll; er will nunmehr, daß sie beiden Häusern in gleicher Weise dienen und ihr Bestandteil sein soll. Denselben Willen hat der Nachbar, der die Mauer in der vorbezeichneten Weise in den Bereich seines Hauses hineinzieht. Daraus folgt aber, daß der bisherige Eigentümer einen Rechtsverlust erlitten, daß der Nachbar auf Kosten des ersteren eine grundlose Bereicherung erfahren hat (vgl. **RG. 56** 243). Die Grenze der Grundstücke teilt nunmehr auch die Mauer in zwei reelle Hälften, jedem Nachbar fällt die ihm zugekehrte Hälfte zu. **b**) Gegen die Auffassung des RG. auch OLG. Dresden, JW. **12** 1037, SächsOLG. **33** 175 mit eingehender Begründung. **c**) SeuffA. **67** 367 ff. (München) wendet sich gegen die Auffassung, daß eine auf die Grenze eines Grundstücks gesetzte Mauer bis zur Benutzung bei der Bebauung des Nachbargrundstücks wesentlicher Bestandteil des Gebäudes, zu dem es gehört, mit dem Anbau aber wesentlicher Be-

standteil beider Gebäude werde mit der Folge, daß nur das Eigentum an der einen Mauerhälfte auf den Eigentümer des angebauten Grundstücks übergehe. Diese Auffassung lasse sich mit den §§ 95, 946 nicht in Einklang bringen. Die Tatsache des Anbaues an die Grenzmauer kann jedenfalls eine Trennung des Eigentums nach Mauerhälften nicht zur Folge haben (vgl. auch **RG.** **65** 361, **70** 201, JW. **11** 212, 366). **d**) RheinA. **109** 198 (Cöln). In der halbscheidig auf alleinige Kosten des einen Nachbars errichteten Mauer ist, soweit sie auf das Nebengrundstück übergreift, ein Überbau zu erblicken, und für den Überbau gilt der Grundsatz, daß er Eigentum des Grundeigentümers ist, der ihn errichtet hat (vgl. RheinA. **105** 49, **106** 79, **108** 360). Dieses Eigentumsverhältnis wird auch nicht durch Erwerb des Nachbargrundstücks in der Zwangsversteigerung beeinflußt. Wenn der Alleineigentümer der Mauer diese zur Anbringung von Reklameschildern nach der Seite des Nachbarn hin vermietet hat, so kann der Nachbar nicht nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung die Herausgabe der Mietbeträge verlangen.

2. OLG. **26** 26 (Naumburg). Überbau kann auch durch Ausbauchung einer Grenzmauer begangen werden. Fraglich wäre allerdings die Anwendung des § 912, wenn die Ausbauchung erst im Laufe der Zeit etwa infolge Altersschwäche des Gebäudes entstanden wäre.

3. RheinA. **109** 128 (Cöln). Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 912 sind nicht schon gegeben, wenn beim Bauen bewußt oder aus grobfahrlässiger Unkenntnis die Grenze überschritten worden ist, sondern nur dann, wenn das Überbauen im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erfolgt ist (vgl. **RG.** **52** 16).

§ 917. **RG.** 20. 3. 12, **79** 116 ff., JW. **12** 641. Das Gesetz erkennt immer nur die Notlage des *Grundstücks* als schutzbedürftig an, und wenn es auch den Eigentümer, als den berufenen Vertreter des Grundstücks, in allen Fällen zur Geltendmachung der Schutzbedürftigkeit gegenüber den Nachbarn für allein befugt erklärt, so gewährleistet es ihm doch nur die zur ordnungsmäßigen *unmittelbaren* Benutzung erforderliche Wegeverbindung. Der Eigentümer kann daher die Duldung eines Notwegs nicht auch dann beanspruchen, wenn er genötigt ist, sein Grundstück zu verpachten, es aber ohne den Notweg nicht zu einem angemessenen Preise verpachten kann.

§§ 921, 922. 1. *Gemeinschaftliche Einfahrten.* **Kley*, Bad. NotZ. **12** 57. Die Verbindung des Miteigentums an der gemeinschaftlichen Einfahrt mit dem Hauptgrundstück ist nicht möglich, weil die gesonderte Buchung eines ideellen Anteils an einem Grundstücke sowie seine Zuschreibung zu einem anderen Grundstück unzulässig ist. Das Rechtsverhältnis an einer gemeinschaftlichen Einfahrt wird am besten so gestaltet und im Grundbuche dargestellt, daß die Einfahrt im Miteigentume der an ihr beteiligten Eigentümer steht, und diesen eine beim herrschenden Grundstücke zu vermerkende Grunddienstbarkeit bestellt wird. Eine Vereinbarung über die Ausschließung der Aufhebung der Gemeinschaft ist nicht empfehlenswert. Die Behandlung gemeinschaftlicher Einfahrten als Grenzeinrichtungen im Sinne von §§ 921, 922 BGB. ist untunlich. ➸ AM. *Sindlinger*, JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 921. Red. ➸

2. **Brugger*, Gemeinschaftliche Giebelmauern vgl. o. Ziff. 1 zu § 93.

§ 921. 1. Vgl. zunächst oben Ziff. 1 zu § 912.

2. *Meisner*, SeuffBl. **12** 281 ff. verneint die Frage, ob die Vermutung des § 921, daß die Grenze *durch* die Einrichtung geht, durch die Vermutung des § 892, daß nach dem Inhalt des Grundbuchs die ganze Mauer zum Eigentum des einen Nachbarn gehört, widerlegt werden kann. Vor allem sei § 921 gegenüber dem § 892 die lex specialis und gehe deshalb vor. Auch habe die Vermutung des § 921 ihre Grundlage in einer *tatsächlich vorhandenen*

Beschaffenheit der Einrichtung, während die Vermutung des § 892 lediglich auf Grund des gesetzlichen Machtspruchs besteht.

3. RheinA. **109** 277, JW. **12** 491, RheinARV. **29** 158 (Düsseldorf). Eine Grenzeinrichtung im Sinne des § 921 ist nicht vorhanden, solange nur ein Nachbar eine Giebelmauer seines Hauses auf die Grenze gesetzt, der andere aber noch nicht angebaut hat. Daß an sich der § 921 auch auf Giebelmauern Anwendung findet und es sich bei ihnen nicht lediglich um selbständige Grenzmauern handelt, ergibt sich, abgesehen davon, daß der Wortlaut des § 921 und der Motive zu einer solchen Einschränkung keinen Anlaß gibt, mit Bestimmtheit daraus, daß die Motive (274 Anm. 3) unter den landesrechtlichen Bestimmungen, die bisher die Frage im Sinne des Miteigentums regelten, den Art. 653 C. c. aufführt, dieser sich aber auch mit den Giebelmauern beschäftigt. Ebenso nehmen die Begründung des AGBGB. zu Art. 87 sowie **RG. 53** 310 an, daß es sich bei Giebelmauern um Anlagen im Sinne des § 921 handele. Die Anwendung des § 921 ist aber davon abhängig, daß die Anlage „zum Vorteile beider Grundstücke dient". Solange der Nachbar jedoch nicht angebaut hat, ist die Mauer nur zum Vorteile des einen Grundstücks, nämlich desjenigen des Erbauers, bestimmt. Vgl. auch RheinARV. **30** 53 u. 63.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. I. Wesen der Auflassung. BayObLG. **12** 478 (BayObLG.). Die Auflassung bildet nicht ein einen Anspruch erzeugendes Verpflichtungsgeschäft, sondern ein eine Leistung — Erfüllung — darstellendes, von dem den Anspruch auf Übertragung des Eigentums begründenden schuldrechtlichen Vertrage losgelöstes Verfügungsgeschäft.

II. Form der Auflassung (s. JDR. **10** zu § 925 Ziff. II 1). 1. a) *v. Henle, R. **12** 76. Wo die Auflassung nicht bloß vor dem Grundbuchamte, sondern auch vor Gericht oder Notar erklärt werden darf, kann die in einem Prozeßvergleiche von dem Prozeßgerichte beurkundete Auflassung die notarielle Auflassungserklärung ersetzen. b) Die Entsch. d. OLG. Dresden in JDR. **10** zu § 925 Ziff. II 1 b auch RJA. **11** 235.

2. RheinA. **109** 201 (Cöln). In einem nach dem TeilungsG. vom 22. Mai 1887 zu erledigenden Teilungsverfahren ist auch der § 4 RheinGrundbuchG. v. 12. April 1888 anzuwenden. Der Grundbuchrichter hat ohne Prüfung, ob eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erfolgt sei, die in dem Versteigerungsprotokolle des mit dem Teilungsverfahren betrauten Notars erklärten Auflassungen beim Vorliegen einer ordnungsmäßigen vollstreckbaren Ausfertigung antragsgemäß zu vollziehen.

III. Auflassung durch Vertreter. 1. BayRpflZ. **12** 39 (BayObLG.). Der Vertreter aller Erben kann ein vom Erblasser einem Teile der Miterben zu gleichen Bruchteilen zugewendetes Grundstück dann an sich als den Vertreter der bedachten Miterben auflassen, wenn die Auflassung in Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (§ 181 BGB.).

2. KGJ. **42** 194 (KG.). Die zur Vertretung des preußischen Fiskus im Privatrechtsverkehre zuständige Provinzialbehörde kann ein zum Verwaltungsvermögen des Staates gehöriges Grundstück auflassen, ohne die nach den geltenden Verwaltungsvorschriften zu der Veräußerung etwa erforderliche Genehmigung der Zentralbehörde oder des Königs nachweisen zu müssen. ... Denn die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, das von der zur Vertretung des Fiskus zuständigen Behörde eingegangen ist, ist von der Wahrung der für den inneren Geschäftsbetrieb geltenden Verwaltungsvorschriften unabhängig. Als solche Vorschriften stellen sich auch diejenigen dar, denen zufolge die Ausübung der Befugnis der ver-

tretenden Provinzialbehörde zur Veräußerung von fiskalischen Grundstücken die Zustimmung einer Zentralbehörde, wie in den durch den Kgl. Erl. vom 4. Juli 1853 (JMBl. 266) getroffenen Fällen des Finanzministers, oder des Königs als Hauptes der Regierung (Art. 45 PrVerfUrk.) voraussetzt. Die Zentralbehörde und der König sind . . . gegenüber der vertretenden Provinzialbehörde nicht Dritte, wie etwa die staatliche Aufsichtsbehörde gegenüber einer Kommune oder einem Kommunalverbande, die staatliche und auch die kirchliche Aufsichtsbehörde gegenüber einer Kirchengemeinde; vielmehr handelt es sich um verschiedene Instanzen für das Zustandekommen des Staatswillens. Dieses Zustandekommen ist ein innerer Vorgang der Staatsverwaltung; der Prüfung des Grundbuchamts unterliegt nur die gehörige Äußerung des Willens durch die vertretende Behörde.

IV. Inhalt der Auflassung. 1. BayObLG. **12** 833, SeuffBl. **12** 241, BayRpflZ. **12** 112, ZBlFG. **12** 539 (BayObLG.). Für die Auflassung ist nicht der Gebrauch bestimmter Formeln oder bestimmter Worte vorgeschrieben, sondern es genügt, wenn der Veräußerer des Grundstücks bestimmt und unzweideutig erklärt, daß er die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer bewilligt, und wenn der Erwerber erklärt, daß er diese Eintragung beantragt; aber die bloße Genehmigung der den Veräußerungsvertrag und die Erklärung des Veräußerers enthaltenden Urkunde und ihre Unterzeichnung durch den Erwerber ersetzt nicht das formale Erfordernis der eigenen Erklärung des Erwerbers.

2. BayObLG. aaO. Bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke genügt nicht der Nachweis des Willens der Einigung. Das Gesetz verlangt in den §§ 873, 925 BGB., daß die Einigung erklärt wird; stillschweigende Einigung genügt nicht (Mot. z. BGB. III, 173). Es ist gleichgültig, ob die Unterlassung der Beurkundung der Erklärung entgegen dem Willen der Beteiligten auf einem Versehen des Notars beruht. Die Form und die Notwendigkeit der Erklärung erschien dem Gesetzgeber besonders geeignet, den Beteiligten den Eigentumswechsel als unmittelbare Folge ihrer Erklärungen zum Bewußtsein zu bringen.

3. BayObLG. **12** 733 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 133 BGB. gilt auch für die Auflassung und ist auch für das Grundbuchamt maßgebend.

V. Notwendigkeit der Auflassung. 1. SächsOLG. **33** 417 (Dresden). Wie zwei offene Handelsgesellschaften, obwohl die Gesellschafter für beide die gleichen sind, miteinander in rechtsgeschäftliche Beziehungen treten können, so bedingt die Scheidung der Sondervermögen der beiden Gesellschaften zugleich, daß die Überführung des Eigentums an einem Grundstück aus dem Vermögen der einen Gesellschaft in dasjenige der anderen nicht im Wege der Berichtigung erfolgen kann, sondern Auflassung hierzu erforderlich ist (KGJ. **28** A 252). Die Auflassung ist auch, ungeachtet der Personengleichheit der Gesellschafter, ausführbar.

2. SchlHolstAnz. **12** 256 (LG. Altona). Ein Wechsel in den Inhabern der offenen Handelsgesellschaft erfordert nicht eine Auflassung des auf den Namen der offenen Handelsgesellschaft eingetragenen Grundstücks, sondern nur eine Berichtigung des Grundbuchs.

3. SchlHolstAnz. **12** 12 (KG.). Bei Umwandelung des Gesamteigentums der Erben an einem Grundstück in Bruchteilseigentum der Miterben ist Auflassung erforderlich.

4. SeuffBl. **12** 143, BayRpflZ. **12** 97 (BayObLG.). Hat ein Ehemann, welcher bei seinem Tode außer erstehelichen Kindern noch seine zweite kinderlose Ehefrau hinterließ, mit dieser, die Vermögen nicht in die Ehe brachte, in der aus der ehelichen Gütergemeinschaft des Bayreuther Rechtes umgewandelten allgemeinen Gütergemeinschaft des BGB. gelebt und sind seine ausschließlichen Erben die erstehelichen Kinder geworden, so ist zur Umschreibung der gütergemeinschaftlichen Grundstücke

auf die Erben im Grundbuche nicht die Auflassung, sondern nur die Anerkennung der Tatsachen durch die Witwe in der dem § 29 GBO. entsprechenden Form notwendig.

5. **RG.** R. **12** Nr. 3201. Das Strombett, wie der Strom überhaupt, bildet nicht privatrechtliches Eigentum des Staates und unterliegt darum nicht den privatrechtlichen Vorschriften über die Eigentumsübertragung an Grundstücken. Es handelt sich dabei vielmehr um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Die Überlassung eines Teiles des Strombetts an eine Stadt zu einem Hafenbau bildet daher einen öffentlich-rechtlichen Akt der Staatsverwaltung, durch den, dem festgestellten Willen gemäß, das Eigentum ohne Auflassung rechtswirksam übertragen wird. In der Hand der erwerbenden Stadtgemeinde wird das überlassene Stück Privateigentum.

6. SchlHolstAnz. **12** 210 (LG. Flensburg). Das dem Fiskus zustehende Recht auf den Landzuwachs am Meere ist schon vor der Entstehung des Neulandes — durch einfachen Übertragungsvertrag — veräußerlich. Die Erwerber werden in einem solchen Falle mit der Entstehung des Landzuwachses dessen Eigentümer.

7. Die Entsch. d. KG. in JDR. **10** zu § 925 Ziff. V 3 auch KGJ. **41** 213 und RJA. **11** 288.

8. Die Entsch. des KG. in JDR. **10** zu § 925 Ziff. V 4 auch KGJ. **41** 208.

VI. Wirksamkeit der Auflassung. 1. a) R. **12** 563 (PrOVG.). Für § 4 JagdO. vom 15. Juli 1907 ist jedes nach den Grundsätzen des BGB. rechtsgültige Miteigentum ausreichend. Die drei Kläger haben sich gegenseitig an ihren Grundstücken, welche einzeln weniger, zusammen aber mehr als 75 ha groß sind, das Miteigentum zu einem Bruchteile von $^{1}/_{1000}$ übertragen mittels notariellen Vertrags zwecks besserer Ausnutzung der in ihrem Einzeleigentume bis dahin gewesenen Grundstücke, namentlich bezüglich der Jagdausübung. Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ist mit der Maßgabe ausgeschlossen, daß jeder Teilhaber am 1. Januar 1920 die Wiederherstellung der früheren Eigentumsverhältnisse beanspruchen darf. Die Eintragung der Miteigentümer im Grundbuch ist nach stattgehabter Auflassung erfolgt. Der Senat hat einen Eigenjagdbezirk für gegeben erachtet. Die Festsetzung der Höhe des Bruchteils am Eigentume steht im freien Ermessen der Beteiligten. Mit der Geringfügigkeit des Bruchteils allein kann das Vorhandensein eines Scheingeschäfts nicht bewiesen werden. Unerheblich ist auch, daß die Anteile der Kläger an den in die Gemeinschaft gebrachten Grundstücken verschieden bemessen sind. b) PrVerwBl. **12** 868 (OVG.). Der § 4 PrJagdO. spricht schlechtweg von Miteigentum. Danach ist für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes die Quote, zu der Miteigentum übertragen wird, nicht entscheidend. . . . Der Kreisausschuß erklärt das durch die gegenseitige Auflassung erworbene Grundbucheigentum „wegen simulierter Auflassung" für nichtig. Dieses ist der einzige Grund, für welchen die Materialien der JagdO. einen unmittelbaren Anhalt bieten (Drucks. 11, 13, 16 Nr. 322). Dort (KommB. des AbgH.) ist anerkannt, daß durch Scheinauflassung Eigentum nicht übertragen werde. Ein Antrag, daß ein Eigenjagdbezirk nicht gebildet werden könne, wenn Umstände erkennen ließen, daß das Kaufgeschäft lediglich behufs Erlangung der Jagdberechtigung geschlossen sei, wurde abgelehnt. Der vom Kreisausschuß angegebene Grund ist aber nicht durchgreifend. Ob es eine Auflassung zum Schein überhaupt noch gibt, ist streitig (vgl. Schultzenstein, VerwA. **12** 568). Jedenfalls sprechen aber im vorliegenden Falle die Tatsachen gegen die Annahme eines Scheingeschäfts. Man muß annehmen, daß die Kläger die gesetzlichen Voraussetzungen für das Entstehen eines Eigenjagdbezirkes schaffen wollten, und daß sie deshalb beabsichtigten, Miteigentum zu begründen (PrOVG. **26** 264).

2. a) **RG. 78** 41, JW. **12** 189. Die Rüge richtet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Nichtigkeit des obligatorischen Kaufvertrags nicht auch eine gleichzeitig vorgenommene Auflassung, die eine Erfüllung jenes Vertrags darstellt, ergreife. Diese Auffassung des Berufungsgerichts findet eine Stütze in der Ansicht des V. Zivils. des RG. (**RG. 75** 68). Ob der dort vertretenen Rechtsauffassung überall beizutreten ist, kann dahingestellt bleiben, da die Frage, ob die Auflassung als dingliche Rechtsänderung unabhängig von dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäfte gewollt ist und sonach gemäß § 139 Bestand hat, vorwiegend auf tatsächlichem Gebiete liegt. Sofern die Nichtigkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts nicht in Willensmängeln oder dem Vertragsinhalt ihren Grund hat, die in der Regel auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft hinüber wirken werden, sondern lediglich in Formmängeln, die den Willen an sich nicht beeinflussen, wird die Feststellung eines vom Kausalgeschäft unabhängigen Willens für das Erfüllungsgeschäft keinen erheblichen Bedenken unterliegen. b) **RG.** WarnE. **12** 277. Durch die Nichtigkeit des Kaufvertrags wegen Verstoßes gegen die guten Sitten wird die Rechtswirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts der Eigentumsübertragung nicht berührt. c) **RG. 78** 282, JW. **12** 235. Der Klagantrag ist, soweit er auf die Herausgabe des Hauses und die Berichtigung des Grundbuchs gerichtet ist, damit begründet worden, daß, ebenso wie der Kaufvertrag, auch das Erfüllungsgeschäft, die Eigentumsübertragung, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei und daß der Kläger deshalb als Eigentümer des Hauses die Herausgabe und die Berichtigung des Grundbuchs verlangen könne. Das Berufungsgericht ist dieser Auffassung nicht beigetreten, sondern hat angenommen, daß trotz der Sittenwidrigkeit des Grundgeschäfts die Eigentumsübertragung wirksam erfolgt sei. Es befindet sich hierbei in Übereinstimmung mit der von dem V. Zivils. des RG. in **RG. 63** 179 und **75** 68 vertretenen Ansicht. Der erkennende Senat hat bei der Gestaltung der vorliegenden Sache keinen Anlaß zu einer abweichenden Beurteilung gefunden. d) Jacoby, JW. **12** 451. Das Kaufgeschäft über das Bordell ist in der Regel unsittlich, aber die Eigentumsübertragung ist rechtsgültig und kann nur nach den §§ 812 ff. BGB. rückgängig gemacht werden. e) Schäfer, JW. **12** 103. Will man dem Gesetz unerträgliche Folgerungen nicht zumuten, so bleibt kein anderer Ausweg, als dem § 817 BGB. mit dem RG. den Gedanken unterzuschieben, daß durch das dingliche Rechtsgeschäft, unangesehen alle Unsittlichkeit, das Eigentum übergeht.

3. **RG. 78** 371. Hätten weder die Kläger die Parzellen an die Beklagten übereignen, noch diese die Parzellen erwerben wollen, so würde nach der ständigen Rechtsprechung des RG. die Auflassung der Parzellen deshalb für nichtig zu erachten sein, weil die Auflassungserklärungen beider Teile eine falsche Bezeichnung des Gegenstandes der Auflassung enthalten hätten und hinsichtlich der Parzellen nur ein Schein, nicht die Wirklichkeit einer Einigung über den Eigentumsübergang vorgelegen haben würde (vgl. **RG. 60** 340, **66** 23, JW. **07** 540 Nr. 18). . . . Wenn nach der Vorschrift des § 116 BGB. die Willenserklärung des einen Teiles nichtig ist wegen eines insgeheim gemachten Vorbehalts, den der andere kennt, so muß auch eine Willenserklärung nichtig sein, die unter dem sogar dem anderen ausdrücklich kundgegebenen Vorbehalte, das Erklärte nicht zu wollen, erfolgt.

4. RheinA. **109** 248 (Cöln). Der durch den Parteiwillen nicht gedeckte Teil der Auflassungserklärung ist nichtig.

5. SchlHolstAnz. 12 44 (Kiel). Wenn in einem Kaufvertrag eine Parzelle versehentlich mit einer falschen Nummer angegeben ist, so liegt weder Dissens noch wesentlicher Irrtum vor.

6. ElsLothNotZ. 12 319 (Colmar). Die mangelnde Auflassungserklärung eines Teilungsgenossen wird weder durch die rechtskräftige Bestätigung der Auseinandersetzung noch durch ein Urteil ersetzt, durch welches die von der Mehrzahl der Teilungsgenossen vereinbarte Auseinandersetzung für richtig erklärt wird. Zur Erlangung der fehlenden Auflassungserklärung stehen den Teilungsgenossen zwei Wege offen: entweder Klage auf Abgabe der Auflassungserklärung (§ 894 ZPO.) oder nach der herrschenden Auffassung, da der Teilungsgenosse nach der vollstreckbaren Auseinandersetzung zur entsprechenden Eigentumsübertragung mitverpflichtet ist, Zwangsvollstreckung gegen ihn auf Grund dieser Auseinandersetzung gemäß § 887 ZPO.

7. BayNotZ. 13 113, BayObLG. 12 733, BayRpflZ. 12 77, ZBlFG. 12 538, SeuffA. 12 243, R. 12 Nr. 430 (BayObLG.). Daß mit einem bedingt geschlossenen Kaufvertrage von den Parteien eine unbedingt erklärte Auflassung verbunden werden kann, hat das Beschwerdegericht nicht verkannt, es hat auch die zum Zwecke der Erforschung des wirklichen Willens der Vertragschließenden dienlichen Mittel angewendet, es hat auf den ganzen Inhalt des Vertrags Rücksicht genommen und es ist ihm auch darin beizupflichten, daß auf den Willen der Vertragsschließenden, die Auflassung von der vereinbarten Bedingung abhängig zu machen, deshalb geschlossen werden muß, weil eine unbedingte Auflassung mit der Vertragsbestimmung, daß mit dem Eintritte der Bedingung der Vertrag als wieder aufgelöst und als nicht geschlossen zu gelten habe, in Widerspruch stehen würde.

8. BayObLG. 12 478, SeuffA. 67 229 (BayObLG.). Die Prüfung des Grundbuchamts hat nur den Eintragungsantrag und die Eintragungsbewilligung nebst ihren Unterlagen und im Falle der Auflassung auch diese zum Gegenstande, der schuldrechtliche Vertrag, der der einzutragenden Rechtsänderung zugrunde liegt, ist im allgemeinen der Prüfung des Grundbuchamts entzogen. Durch den Rücktritt von dem schuldrechtlichen Vertrage, der einer Auflassung zugrunde liegt, wird die Auflassung selbst nicht unmittelbar betroffen, es kann aber in der Rücktrittserklärung der Widerruf der Eintragungsbewilligung liegen. Dieser kommt indessen nicht weiter in Betracht, wenn die Beteiligten die Rücktrittserklärung, bevor sie bindend geworden ist, in einem Vertragsnachtrage widerrufen und erklärt haben, daß es beim ursprünglichen Vertrag im vollen Umfange bleiben solle.

VII. Auflassung und eheliches Güterrecht. 1. Bourier, BayNotZ. 13 276. Die Frage, ob bei der Auflassung an den in Gütergemeinschaft lebenden Mann dieser, wenn das Güterrecht offenkundig ist und in gesetzlicher Form nachgewiesen wird, die unmittelbare Eintragung der beiden Eheleute als gemeinschaftliche Eigentümer in Gütergemeinschaft verlangen kann, ist zu bejahen. Die Frage, ob die Auflassung dahin gefaßt werden darf oder muß, daß das Eigentum auf Mann und Frau übertragen wird, obwohl die Frau weder anwesend noch vertreten ist, ist zu verneinen.

2. Jung, BayNotZ. 13 14. Die Frage, ob der Grundbuchrichter die Eintragung des erkauften Grundstücks auf die Ehefrau auf Grund der Auflassung an diese deshalb beanstanden kann, weil die Entgegennahme der Auflassung die Geltendmachung der Forderung auf Auflassung und mithin eine Verfügung der Frau über eine Gesamtgutsforderung enthält und hierzu die gütergemeinschaftliche Ehefrau nicht befugt ist, ist zu verneinen, und zwar deshalb, weil der Grundbuchrichter lediglich zu prüfen hat, ob ihm eine in der gesetzlichen Form (§ 925 BGB.) erklärte Auflassung vorliegt und ob derjenige, welcher ein dingliches Recht überträgt, zu dieser Verfügung berechtigt ist.

3. Meikel, BayNotZ. 13 1. Es ist zulässig, daß die Auflassung bloß einem gütergemeinschaftlichen Ehegatten erklärt wird. Der Eigentumsübergang tritt erst mit der Eintragung in das Grundbuch ein. Mit dieser Eintragung wird das Grundstück aber nicht Eigentum des Ehegatten, dem es aufgelassen wurde, sondern gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten. Wenn daher der Nachweis des Bestehens der allgemeinen Gütergemeinschaft erbracht und beantragt wird, beide Ehegatten als Miteigentümer in allgemeiner Gütergemeinschaft einzutragen, so muß dem Antrage stattgegeben werden, auch wenn die Auflassung bloß an einen Ehegatten erfolgt ist. Dieser Antrag ist aber kein Antrag, durch den zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll (§ 30 GBO.), sondern ein sog. reiner Antrag; er bedarf daher der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Form nicht.

4. Jung, BayNotZ. 13 76. Grundstückserwerb des Mannes zum ehelichen Gesamtgute.

5. Meikel, BayNotZ. 13 82. Gegenstand der Auflassung ist immer bloß das Eigentum als solches im Sinne der §§ 903 ff. BGB. Die Frage, ob Alleineigentum oder Miteigentum nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand übertragen wird, hängt davon ab, in welchem Maße und in welcher Weise der Veräußerer an der Sache berechtigt ist, ob er also Alleineigentümer ist oder ob er bloß zu einem Bruchteile berechtigt ist oder einen Gesamthänder neben sich anerkennen muß. Dafür, ob Alleineigentum oder Miteigentum nach Bruchteilen oder Gesamthandseigentum erworben wird, ist nicht maßgebend, welche Berechtigung der Veräußerer an der Sache hatte, sondern einzig und allein das Verhältnis, in dem der Erwerber auf Grund seines Erwerbes zur Sache tritt. Die rechtliche Stellung des Veräußerers zur veräußerten Sache ist lediglich für den Umfang des Erwerbes, nicht aber für die rechtliche Stellung des Erwerbers von Belang. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, ist die Angabe in der Auflassungserklärung, daß Alleineigentum oder Miteigentum nach Bruchteilen oder zu gesamter Hand übertragen werde, lediglich für den Umfang der Rechte, die übertragen und erworben werden, nicht aber für das Rechtsverhältnis, in dem der Erwerber zur Sache steht, von Bedeutung.

6. Linder, BayNotZ. 13 94. Nochmals Erwerb von Grundstücken zum ehelichen Gesamtgute.

7. Jung, BayNotZ. 13 8. Nochmals Erwerb von Grundstücken zum ehelichen Gesamtgute.

VIII. Genehmigung der Auflassung. 1. KGJ. 41 218 (KG.). Im Gebiete des rheinischen Rechtes ist zur Veräußerung von Grundeigentum durch Orden oder ordensähnliche Kongregationen die Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde nicht erforderlich.

2. Romeick, GruchotsBeitr. 56 1. Zur Frage der Veräußerung von Reichsgrundstücken (§ 1 Abs. 1, §§ 4, 5, 6, 7 Abs. 1, §§ 8, 10, 11, 12 REigentumsG. vom 25. Mai 1873).

IX. Auflassung und schuldrechtlicher Vertrag. 1. KGJ. 41 162 (KG.). Der Eigentumserwerb ist vom BGB. von dem schuldrechtlichen Grundgeschäfte völlig losgelöst und nur an das Zustandekommen des dinglichen Vertrags, der Auflassung, und die Eintragung des Erwerbers im Grundbuche geknüpft. Dieser dingliche Eigentumserwerb vollzieht sich aber unabhängig davon, ob das schuldrechtliche Grundgeschäft gültig ist oder nicht. Es bedarf nicht einmal der Vorlegung eines schuldrechtlichen Vertrags, weil Preußen von dem Vorbehalte des § 98 GBO. keinen Gebrauch gemacht hat. Der Grundbuchrichter hat daher grundsätzlich bei der Entgegennahme einer Auflassung auch nur die Erfordernisse des dinglichen Vertrags zu prüfen. Nur dann darf er aus Mängeln des ihm überreichten schuldrechtlichen Vertrags das Recht herleiten, die Entgegennahme der Auflassung oder die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch zu ver-

weigern, wenn in diesem Vertrage Bestimmungen enthalten sind, die auf den dinglichen Rechtserwerb von Einfluß sind.

2. KGJ. **41** 162 (KG.). Ein Gutsüberlassungsvertrag ist auch nach heutigem Rechte zulässig. Seiner Wirksamkeit steht der Umstand nicht entgegen, daß die Auflassung erst nach dem Tode des Überlassenden durch einen von diesem bestellten Bevollmächtigten erfolgen soll. Nur dann liegt eine versteckte Verfügung von Todes wegen und infolgedessen bei Formmangel Nichtigkeit des Vertrags vor, wenn vereinbart ist, daß das Eigentum an dem Grundstücke mit dem Tode des Überlassenden ohne Auflassung auf den Übernehmer übergehen soll.

3. **RG.** BayRpflZ. **12** 255. Wer ein mit einem Wiederkaufsrechte belastetes Grundstück erworben und dabei auf die Beseitigung des Rechtes verzichtet hat, kann nicht nachher gegenüber der Klage auf Entgegennahme der Auflassung einwenden, die Erfüllung des Vertrags sei unmöglich, weil inzwischen das Wiederkaufsrecht ausgeübt wurde.

X. Einzelfragen. 1. **RG.** SeuffA. **67** 124. Die rechtskräftige Verurteilung zur Erklärung oder Entgegennahme der Auflassung ist einer weiteren Vollstreckung nicht fähig.

2. **RG.** SeuffA. **67** 81. Der Anspruch auf eine schon bewilligte und beantragte Eintragung als Eigentümer eines bereits aufgelassenen Grundstücks kann nicht gepfändet werden.

§ 928. 1. Catuneanu, Die Rechtslage des aufgegebenen Grundstücks. (33): Der Verzicht auf das Eigentum ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.... Der Verzicht muß dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden und ist an keine besondere Form gebunden. Jedoch soll der Grundbuchrichter nach § 29 GBO. den Verzicht nur eintragen, wenn die dort bezeichnete Form beobachtet worden ist. Hat aber die Eintragung stattgefunden, obwohl der vorgeschriebenen Form nicht entsprochen wurde, so ist dies trotzdem rechtlich wirksam.... (34): Die Verzichtserklärung kann mit rechtlicher Wirksamkeit nicht unter einer Bedingung abgegeben werden.... (35): Die Verzichtserklärung ist nicht widerruflich.... (36): Zur Eintragung des Verzichts bedarf es eines besonderen Antrags seitens des Eigentümers.... (37): Was die Wirkungen der Aufgabe anbetrifft, so ist nicht nur das Eigentumsrecht in der Person des Verzichtenden erloschen, sondern überhaupt untergegangen und das Grundstück wird herrenlos.... (47): Das Aneignungsrecht ist ein privates Vermögensrecht. Es gehört zum Vermögen des Fiskus.... Inhalt dieses Rechtes bildet die rechtliche Macht, durch Eintragung in das Grundbuch Eigentümer zu werden. Diese Macht wird vom Gesetze zu einer ausschließlichen gestempelt. Das Aneignungsrecht enthält hiernach eine „Erwerbsberechtigung", die eine Anwartschaft auf das Eigentum gewährt.... (48): Das Recht des Fiskus auf Aneignung richtet sich, da es ausschließlich ist, gegen jedermann. Daraus ergibt sich der Charakter des Aneignungsrechts: Es ist ein absolutes Recht. Damit wird die Frage gestreift, ob es auch dinglicher Natur ist. Bei den Sachenrechten bildet die unmittelbare Herrschaftsbeziehung des Berechtigten zur Sache regelmäßig den Inhalt dieser Rechte. Das Aneignungsrecht gewährt eine solche unmittelbare Herrschaftsbeziehung zum herrenlosen Grundstücke nicht. Es ist von den übrigen Sachenrechten dadurch verschieden, daß, wie Enneccerus bemerkt, die Berechtigung, die es gewährt, nicht in einem Herrschen über eine Sache, sondern in dem Erwerbenkönnen einer bestimmten Sache besteht. Insofern gehört es als subjektives Recht zu der Kategorie der Gestaltungsrechte. Diese sind nach Seckel subjektive Privatrechte, deren „Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft" bildet. Da aber das Aneignungsrecht Dritten gegenüber den fiskalischen Eigentumserwerb sichert und aus ihm Ansprüche, die sich gegen jedermann richten, ausfließen, so gehört es zu den dinglichen Rechten, wenn auch als ein

„eigenartiges dingliches Recht an herrenloser Sache“. . . . (55): Da das Aneignungsrecht zu den privaten Vermögensrechten gehört, so kann es auch durch Zession übertragen werden mit der Wirkung, daß diejenige Person, auf die es übergeht, berechtigt wird, sich als Eigentümer eintragen zu lassen. Der Umfang des Zessionsvertrags muß sich auf ein bestimmtes verlassenes Grundstück beziehen. Wollte man gegen die Zulässigkeit der Übertragung entscheiden, so würde derselbe Effekt auf dem Wege zu erzielen sein, daß der Fiskus sich das Grundstück aneignet und es dann an den in Aussicht genommenen Zessionar überträgt. . . . (59): Die dem jeweiligen Eigentümer des aufgegebenen Grundstücks zustehenden Rechte, d. h. die Nachbarrechte, . . . (64): die Grunddienstbarkeiten, . . . (73): die subjektiv-dinglichen Reallasten und das dingliche Vorkaufsrecht bleiben trotz der Aufgabe des Eigentums bestehen. . . . . (78): Daß die zugunsten Dritter bestehenden dinglichen Rechte am herrenlosen Grundstück durch die Aufgabe nicht untergehen, erklärt sich aus dem Wesen des dinglichen Rechtes. Es ergreift die Sache selbst. Daraus folgt, daß der Wegfall der Person des Eigentümers den Fortbestand jener Rechte unberührt läßt. Das Recht aus einer Grunddienstbarkeit, Reallast, Hypotheken-, Grund- und Rentenschuld bleibt also trotz Aufgabe des Grundstücks bestehen. . . . (86): So wie der Pfleger aus § 1913 BGB. kein Realpfleger, sondern ein Personenpfleger ist, so ist auch der Vertreter aus § 58 ZPO. nichts anderes als ein Personenvertreter. Er vertritt den künftigen Eigentümer. . . . (95): Über die Wirkungen der Rechtskraft des für oder gegen den aufgebenden Eigentümer erfochtenen Urteils auf den Fiskus nach seiner Eintragung s. 95 ff. . . . (99): Für die Frage nach den Schicksalen der Eigentümergrundschuld nach Aufgabe des Grundstücks seitens des Eigentümers ist davon auszugehen, daß die Eigentümergrundschuld nicht dem jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks zusteht, sondern an die Person des bestimmten zeitigen Eigentümers geknüpft ist. Wenn der Eigentümer das Grundstück veräußert, geht sie nicht auf den Erwerber über, weil sie nicht Bestandteil oder Zubehör des Grundstücks ist; sie bleibt vielmehr bei ihrem bisherigen Eigentümer. . . . (100): War der Aufgebende zur Zeit der Eintragung der Hypothek, falls die Forderung nachträglich nicht zur Entstehung kommt, der Eigentümer des Grundstücks gewesen, so hat er die Hypothek erworben. Da sie vor der Aufgabe entstanden war, so verbleibt sie bei dem Derelinquenten ebenso wie wenn er das belastete Grundstück auf andere Weise, z. B. durch Verkauf, veräußert hätte. Sie verwandelt sich in eine gewöhnliche Grundschuld. . . . Erlischt die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, zur Zeit der Herrenlosigkeit des Grundstücks, so erlischt auch die Hypothek, weil kein Eigentümer vorhanden ist. . . . (101): Wird der Gläubiger nach Aufgabe des Grundstücks vom Aufgeber als persönlichen Schuldner befriedigt, so gestaltet sich die Rechtslage nicht anders als wie wenn ein sonstiger Schuldner seinen Gläubiger befriedigt. Die Hypothek erlischt, da kein Grundstückseigentümer vorhanden ist. Ebenso erlischt die Hypothek, wenn auf sie während der Herrenlosigkeit des Grundstücks verzichtet wird. . . (102): Über Rechtsgeschäfte, die gegenüber und von den jeweiligen Eigentümern des Grundstücks vorzunehmen sind, s. 102 ff.

2. *Walsmann, Der Verzicht 261. Der Verzicht ist erst mit der Eintragung vollendet; bis dahin ist die Verzichtserklärung widerruflich. Zweifelhaft ist, ob man § 878 entsprechend anwenden kann. . . . Der Grundgedanke des § 878 ist der: Wenn die Parteien alles Erforderliche getan haben, soll der rechtliche Erfolg nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß vor der Eintragung eine Verfügungsbeschränkung in der Person des Berechtigten eintritt. Dieser Gesichtspunkt greift auch für § 928 Platz. So dürfte nichts im Wege stehen, auch für den Verzicht auf das Eigentum eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers, nachdem er den Verzicht erklärt und den Antrag auf Eintragung gestellt hat, für wirkungslos zu erklären. Grundbuchrechtlich erfolgt die Eintragung nur auf Antrag. Eine Form

ist für diesen Antrag nicht vorgeschrieben, hier ebensowenig wie sonst. Folglich ist kein Grund einzusehen, weshalb nicht in der formgerechten Verzichtserklärung gegenüber dem Grundbuche zugleich ein Antrag enthalten sein könnte. Antragsberechtigt ist nur der Eigentümer. Da der Fiskus ein Aneignungsrecht erst mit der Eintragung des Verzichts erwirbt, kann man nicht sagen, daß ein Recht des Fiskus von der Eintragung betroffen wird. ... (263): Würde der Eigentümer unter einer aufschiebenden Bedingung verzichten können, so würden Dritte aus dem Grundbuche niemals ersehen können, ob der Verzichtende noch Eigentümer oder die Bedingung eingetreten ist. Andererseits dürfte schwerlich ein anerkennenswertes Bedürfnis für die Zulassung derartiger bedingter Verzichte bestehen. Noch größer würde die Unsicherheit der Rechtslage, wenn man einen resolutiv bedingten Verzicht auf das Eigentum am Grundstücke für gültig erklärte. Die Wirkung des Verzichts, das ist also der eingetragenen Verzichtserklärung, ist die, daß das bisherige Eigentum erlischt. ... (264): Für den Verzicht auf das Miteigentum nach Bruchteilen gelten keine abweichenden Bestimmungen. Auch hier ist demnach erforderlich die unbefristete, unbedingte Verzichtserklärung gegenüber dem Grundbuchamt und die Eintragung. Die Wirkung dieses Verzichts ist nicht Herrenlosigkeit, sondern Akkreszenz des aufgegebenen Anteils an die Miteigentümer, deren Eigentumsrecht im Grunde nur von der Belastung durch das konkurrierende Miteigentum frei wird. Die Miteigentümer werden demgemäß Berichtigung des Grundbuchs verlangen können. Für den Verzicht auf das Erbbaurecht gilt nicht § 928, sondern die allgemeine Vorschrift des § 875. Ebenso finden für den Verzicht auf die Grunddienstbarkeiten, den Nießbrauch an Grundstücken, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, Reallasten und Vorkaufsrechte die allgemeinen Regeln Anwendung.

3. Binz, BadNotZ. **12** 148. Die dinglichen Rechte Dritter am Grundstücke, z. B. die der Hypothekengläubiger oder der Reallastberechtigten, dürfen durch den einseitigen Eigentumsverzicht nicht geschmälert werden und bleiben voll bestehen; hinsichtlich der Reallastberechtigten allerdings ist anzunehmen, daß die persönliche Haftung des Eigentümers nach § 1108 BGB. für die Zukunft erlischt. ... Bei der Zwangsversteigerung eines herrenlosen Grundstücks .... wird der Erlös herrenlos. Ein freies Aneignungsrecht an dem ganzen Erlös nach § 958 Abs. 1 BGB. besteht jedoch nicht; denn hinsichtlich des zu ihrer Befriedigung erforderlichen Betrags haben die dinglichen Gläubiger ein ausschließliches Aneignungsrecht (§ 958 Abs. 2 BGB.). Ein hierüber hinausgehender Anspruch auf den Übererlös steht ihnen jedoch nicht zu, ebensowenig indessen dem Fiskus, der mit dem Zuschlag jede Aneignungsbefugnis an dem Grundstück oder dessen Surrogaten verloren hat. Den Übererlös erwirbt daher jeder, der ihn in Eigenbesitz nimmt. Da ihn hiernach auch der Ersteher wieder an sich bringen kann, so wird man anzunehmen haben, daß er zur Zahlung des Übererlöses von vornherein überhaupt nicht verpflichtet ist.

4. Krückmann, ACivPr. **108** 394. Von ruhendem Rechte kann man heute bei Aufgabe des herrschenden Grundstücks so lange reden, bis das herrenlose Grundstück vom Fiskus in Anspruch genommen. Das mit dem Eigentume verbundene Recht an fremder Sache ist wie das Eigentum bis dahin subjektlos und besitzlos. Es kann nicht einmal passiv ausgeübt werden, es sei denn daß ein Besitzer ad hoc bestellt wird.

5. Schmitz, PrVerwBl. **12** 489. Durch die Anlegung der Privatstraße hat der Eigentümer die Verpflichtung zur verkehrserforderlichen Instandhaltung der Straße übernommen. Daher besteht diese Verpflichtung auch nach der Dereliktion bis zur Eintragung des neuen Erwerbers fort.

Dritter Titel: Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Vorbemerkung. Das beliebteste Thema aus diesem Titel ist noch immer die Sicherungsübereignung und im besonderen die Zulässigkeit derselben bei Warenlagern. Hoenigers bahnbrechende Schrift ist bereits in zweiter Auflage erschienen. Anregung zu neuer Erörterung gab namentlich der Umstand, daß der 31. DJT. in Wien sich gleichfalls mit den gesetzlichen Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung befaßte. Der Beschluß des Juristentages ist unter Ziff. I 1 d zu § 930 wiedergegeben.

Literatur: Bonnet, Die Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern. Stuttgart 1912. — Heymann, Versuch einer neuen Konstruktion der Sicherungsübereignung und anderer fiduziarischer Geschäfte, DJZ. **12** 1509—1513. — Hoeniger, Dr. Heinrich, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (2). Leipzig 1912. — Kleinrath, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, LeipzZ. **12** 104—113. — Salinger, Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung? 31. DJT. I 409—501. — Schäfer, Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung, ABürgR. **38** 1—48. — Zeiler, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, DNotVZ. **12** 65—86.

§ 929. 1. *Brecht, JheringsJ. **61** 263 ff. Über Eigentumsübertragung unter aufschiebender Bedingung s. o. Ziff. I 1 zu § 158.

2. **RG.** 4. 11. 11, JW. **12** 129 ff., BayRpflZ. **12** 93. § 929 erfordert zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache außer der Einigung über den Eigentumsübergang die Übergabe der Sache seitens des Eigentümers an den Erwerber. Zur Übergabe ist erforderlich, daß der Übertragende die tatsächliche Gewalt über die Sache zugunsten des Erwerbers aufgibt und letzterer den Besitz hieran mit Willen des Übertragenden erlangt. Eine solche Übergabe ist neben der Einigung über den Eigentumsübergang ein selbständiges Erfordernis für die Eigentumsübertragung (vgl. **RG.** JW. **08** 681). Nach § 854 Abs. 2 genügt allerdings zum Erwerbe des Besitzes die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Diese Einigung ist aber an sich verschieden von der Einigung über den Eigentumsübergang. Unter Umständen mögen zwar beide Einigungen zugleich in den Erklärungen der Beteiligten zu finden sein. Wenn jedoch die Einigung über den Eigentumsübergang erst mit dem Eintritt einer Bedingung wirksam werden soll und demnächst die Bedingung eintritt, muß, um das Eigentum auf dem Wege der Besitzerlangung nach § 854 Abs. 2 auf den Erwerber zu übertragen, zu dieser nun wirksam gewordenen Einigung die Einigung über den Besitzerwerb hinzutreten, und ferner muß das weitere Erfordernis für den Besitzerwerb vorliegen, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

3. **RG.** 1. 10. 12, R. **12** Nr. 3371. Eine rechtswirksame Übergabe des angeblich dem Vorpächter gehörigen Inventars kann auch dann durch Besitzdienerschaft des bisherigen in den neuen Dienst übertretenden Verwalters erfolgen, wenn der wirkliche Abzug des bisherigen Pächters und der Aufzug des neuen Pächters erst später geschieht und das übrige Personal vorerst von dem Pächterwechsel nichts erfährt.

§ 930. I. Die Lehre von der Sicherungsübereignung (s. zunächst JDR. **10** Ziff. I).

Sicherungsübereignungen im allgemeinen (vgl. JDR. **9** Ziff. I 1 u. II 2, **10** Ziffer I 2 u. oben Ziff. II 7 zu § 138).

1. a) Schäfer, ABürgR. 38 1 ff. gibt die Rechtsprechung der deutschen Gerichte über die Sicherungsübereignung wieder. Die Entscheidungen sind systematisch zusammengefaßt unter den Gesichtspunkten der Form und Zulässigkeit des Sicherungsgeschäfts, der Voraussetzungen der Wirksamkeit und der Wirkungen der Sicherungsübereignung.

b) *Boschan, JW. 12 8 wendet sich gegen den Versuch Hellwig's, RuW. 1 25 ff., die Sicherungsübereignung aus dem Kreise der erlaubten Rechtsgeschäfte auszuschließen oder den Sicherungserwerber in analoger Anwendung des § 805 ZPO. dem Pfand- oder Vorzugsberechtigten entsprechend zu behandeln und ihm daher lediglich einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der im Besitze des Schuldners versteigerten Sachen zu gewähren. Vorgeschlagen wird im Interesse der Verkehrssicherheit eine gesetzliche Regelung dahin, daß im Falle der Anfechtung einer Sicherungsübereignung der Erwerber denselben Beweis erbringen müsse, den sonst nach § 3 Nr. 2 AnfG. die dort genannten näheren Angehörigen des Schuldners zu führen haben.

c) Salinger, 31. DJT. I 419 ff. tritt für ein Verbot der Sicherungsübereignung ein und schlägt vor, neben dem Faustpfand auch ein Registerpfand an Sachgesamtheiten zuzulassen.

d) Der 31. DJT. in Wien empfiehlt, um den mit der Sicherungsübereignung zum Schaden des reellen Geschäftsverkehrs vielfach getriebenen Mißbräuchen entgegenzutreten, die KO. und das AnfG. dahin zu ergänzen, daß die innerhalb einer bestimmten Zeit vor der Zahlungseinstellung oder Anfechtung vorgenommenen Sicherungsübereignungen anfechtbar sind und daß dem Sicherungseigentümer der Beweis obliegt, ihm sei zur Zeit des Vertragsschlusses eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen (vgl. Verhdlg. III 188 ff.).

e) Heymann, DJZ. 12 1512 untersucht, inwieweit die heutigen Sicherungsübereignungen als bloße Einräumung der Verwertungsbefugnis ausgelegt werden können. Er ist in der Regel für Bejahung dieser Frage, auch schon deshalb, weil eine bewußte Übertragung des über das Verwertungsrecht hinausgehenden Eigentumsinhalts für den Sicherungszweck nicht erforderlich sei, daher außerhalb der Bedürfnisse des redlichen Verkehrs liegen würde und praktisch regelmäßig nur den Zweck haben könne, andere Gläubiger zu benachteiligen.

f) Kai Möller, Zur Frage der Sicherungsübereignung, JW. 12 720, meint, daß die Sicherungsübereignung ihre Hauptwirkung bei der Zwangsvollstreckung zeige, indem der fiduziarische Eigentümer sich der Interventionsklage aus § 771 ZPO. bediene. Das fiduziarische Eigentum stelle aber kein die „Veräußerung hinderndes Recht" dar, der fiduziarische Eigentümer habe vielmehr nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse.

g) **RG.** 14. 11. 11, JW. **12** 144, FrankfRundsch. **46** 1 ff. Es kann zwar nicht angenommen werden, daß bei Übertragung des Eigentums an Sachen zur Sicherheit und Belassung des körperlichen Besitzes an den Sachen bei dem Schuldner, unter allen Umständen und mit Notwendigkeit eine den Erfordernissen des § 868 genügende Vereinbarung vorliegen müßte; allein der Berufungsrichter trifft Feststellungen, welche eine solche im vorliegenden Falle als gegeben erscheinen lassen. Zunächst steht fest, daß B. der Klägerin gegenüber zum Besitze berechtigt war, denn diese hatte ihm das Recht eingeräumt, die Sachen unentgeltlich zu benutzen. Dieses Benutzungsrecht war auch weder inhaltlich noch zeitlich unbeschränkt. Zwar durfte B. die Waren auch veräußern, aber da es sich um Schneiderwaren handelte und B. Schneider war, so ergab sich in Ermangelung anderweiter Abreden hieraus ohne weiteres, daß er nur zu solchen Veräußerungen berechtigt war, die der ordnungsmäßige Betrieb seines Gewerbes mit sich brachte. Was aber die Dauer des Benutzungsrechts anbelangt, so darf als Parteiwille vorausgesetzt werden, daß es jedenfalls endigen sollte, wenn B. seine Schuld nicht rechtzeitig bezahlte oder wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet wurde. Das durch den Vertrag begründete Verhältnis läßt sich hiernach ohne Zwang als ein solches im Sinne des § 868 ansehen. Die Revision vermißt auch die nötige Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes; allein mit Unrecht, denn der Vertrag läßt darüber keinen Zweifel, daß alle Waren

des B. veräußert werden sollten, die sich zur Zeit des Vertragsschlusses in einem bestimmten Raume, nämlich dem Laden des Veräußerers befanden. Unter solchen Umständen erübrigte sich die Aufnahme eines genauen Inventars; die Sachen waren durch Bezeichnung der Räumlichkeit, in welcher sie sich befanden, ausreichend individualisiert.

h) PosMSchr. **12** 77 (Posen). Daraus, daß bei einem Sicherungskaufe dem Gläubiger Sachen übereignet werden, die er für seine Person und sein Gewerbe nicht gebrauchen kann, ist nichts für die Scheinnatur des Vertrags zu entnehmen.

i) OLG. **26** 45 (Stettin) legt einen Mietvertrag, der eine Sicherungsübereignung bezweckte, dahin aus, daß das außerordentliche Kündigungsrecht des § 554 ausgeschlossen sein sollte.

2. Die Übereignung von Warenlagern im Besonderen (JDR. **9** Ziff. I 1a, **10** Ziff. I 1)

a) *Kleinrath, LeipzZ. **12** 104 ff. Die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Sicherungsübereignungsverträgen an Warenlagern richtet sich gemäß § 930 danach, ob ein dem § 868 entsprechendes Verhältnis vorliegt, vermöge dessen der Übertragende dem Erwerber gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Das Verhältnis braucht kein solches zu sein, das mit einem festen, rechtswissenschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegt. Aber es muß andererseits ein solches sein, das die Befugnisse des Veräußerers im wirtschaftlichen Sinne als abgeleitet erscheinen läßt von denjenigen des Erwerbers als neuen Eigentümers. Dies ist nur dann der Fall, wenn der wesentliche Inhalt des vereinbarten Rechtsverhältnisses der ist, daß zwar der Veräußerer das Recht der Nutzung oder die Pflicht der Verwaltung behält, der wirtschaftliche Nutzen der Substanz des Warenlagers aber dem Erwerber zufließt. Dies kann geschehen durch die Vereinbarung, entweder daß unmittelbar der Erlös einer jeden einzeln verkauften Ware an den Erwerber abgeliefert, oder daß er unmittelbar zur Beschaffung von Ersatzware verwendet werden soll. Dagegen erscheint der Besitz nicht mehr abgeleitet, wenn der Erlös zur Kasse des Veräußerers vereinnahmt und ihm lediglich die Verpflichtung auferlegt wird, das Warenlager entsprechend zu ergänzen. Denn hier fehlt es an jeder dinglichen Beziehung im wirtschaftlichen Sinne zwischen dem Erwerber und dem Warenlager. Nach denselben Gesichtspunkten ist zu entscheiden, ob der Gläubiger und Erwerber des Warenlagers solche Sachen eigentümlich erwirbt, die der Schuldner nachträglich zur Ergänzung des Warenlagers anschafft.

b) *Bonnet, Sicherungsübereignung von Warenlagern. Die Sicherungsübereignung hat sich gewohnheitsrechtlich durchgesetzt. Möglich ist sie auch bei Warenlagern, und zwar in einer rechtlich unanfechtbaren und allen Erfordernissen genügenden Weise durch Vereinbarung eines Dispositionsnießbrauchs. Als genügend ist aber auch anzusehen die Vereinbarung eines kommissionsähnlichen, obligatorischen Verhältnisses, das einerseits dem Schuldner die Veräußerung der Waren im eigenen Namen und für eigene Rechnung gestattet, das andererseits den Willen der Parteien für den Gläubiger einen Herausgabeanspruch an den Waren oder deren Ersatzstücken zu begründen, klar zum Ausdrucke bringt und das auch die nötigen Vorkehrungen für die eventuelle Möglichkeit einer tatsächlichen Verwirklichung dieses Herausgabeanspruchs enthält. — Zur Beseitigung der schweren wirtschaftlichen Nachteile und Mängel, die viele Sicherungsübereignungen im Gefolge haben, würde sich eine Beschränkung derselben schuldnerischerseits auf Vollkaufleute in Verbindung mit Handelsregisterzwang empfehlen. Vgl. auch o. zu § 868.

c) *Zeiler, DNotV. **12** 65 ff. Das zur Sicherungsübereignung erforderliche Rechtsverhältnis nach § 868 kann stillschweigend vereinbart werden. Bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern kann Ver-

kaufskommission vorliegen; nicht selten aber ist — was bisher unbeachtet geblieben ist —, das Rechtsverhältnis, wenn auch nicht so genannt, rechtlich als Nießbrauch anzusehen. Der Nießbrauch erscheint hier in einer Zwischenform zwischen dem eigentlichen Nießbrauch und dem Rechtsverhältnisse nach § 1067; es liegt ein Fall vertragsmäßigen „Dispositionsnießbrauchs" vor (vgl. Kohler, JheringsJ. **24** 187 ff.). Der Nießbraucher (Sicherungsübereigner) erhält das Recht des Verbrauchs und der Veräußerung, der Nießbrauchsbesteller (Kreditgeber) behält das Eigentum. Bei der Beendigung des Rechtsverhältnisses ist dem Kreditgeber nicht der Wert der noch vorhandenen Sachen zu ersetzen, sondern die Sachen sind ihm selbst in Natur hinauszugeben. Das Verfügungsrecht des Nießbrauchers ist aber keineswegs frei, sondern beschränkt: der Nießbraucher hat, soweit er (bei dem Verkaufe des Warenlagers also regelmäßig nach und nach) von der Verfügungsbefugnis Gebrauch macht, dem Kreditgeber den Wert der (veräußerten) Sachen zu ersetzen. — Die rechtliche Möglichkeit dieser Auffassung und deren Folgerungen werden eingehend begründet.

d) Hoeniger begründet in der neuen, völlig umgearbeiteten und ganz erheblich erweiterten zweiten Auflage seiner Sicherungsübereignung von Warenlagern auf das eingehendste die schon früher (vgl. auch JDR. **10** Ziff. I 1 a) von ihm vertretene Auffassung, daß nach dem geltenden Rechte die Sicherungsübereignung von Warenlagern nicht möglich ist. Er wendet sich aaO. 59 ff. insbesondere gegen die von Zeiler (s. o. unter c) vorgeschlagene Form des Dispositionsnießbrauchs. Bei einem Warenlager müsse dieser Dispositionsnießbrauch immer ein ususfructus irregularis sein, denn die Parteien wollen, daß der Nießbraucher durch Veräußerung verbrauchen könne. Daher müsse aber auch die typische Rechtsfolge des irregulären Nießbrauchs eintreten, d. h. der Nießbraucher müsse Eigentümer werden. Dann aber sei dieses Rechtsverhältnis zum constitutum possessorium niemals geeignet (65). Ferner wendet sich H. gegen die in der Praxis fast ausschließlich herrschende Form der Sicherungsübereignung von Warenlagern mittels des Kommissionsgeschäfts. Er legt (65 ff.) überzeugend dar, wie es nicht möglich sei, mit Hilfe des Kommissionsgeschäfts die Sicherungsübereignung eines Warenlagers und sei es auch nur in seinem ursprünglichen Bestand, in der Weise zu bewirken, daß der alte Eigentümer zur freien Veräußerung einzelner Waren auf eigene Rechnung befugt bleibe.

e) Furbach, LeipzZ. **12** 902 legt dar, daß die Sicherungsübereignung eines ganzen Warenlagers mit wechselndem Bestande nach § 138 nichtig sei, weil ein solcher Vertrag der Täuschung der Lieferanten über die Kreditfähigkeit des Schuldners diene. Es verstoße der Vertrag aber auch gegen die im § 15 a GewO. zum Ausdrucke gebrachte Auffassung des ehrlichen Kaufmanns von der Grundlage des redlichen Handelsverkehrs. Die Nichtigkeit auch der Einigung über die Eigentumsübertragung ergebe sich aus § 139.

f) **RG.** 16. 2. 12, R. **12** Nr. 1183, BayNotZ. **12** 390, DNotV. **12** 694. Auch ohne Erkennbarkeit des Eigentumserwerbes für Dritte ist die Sicherungsübereignung eines Warenlagers wirksam. Vgl. auch **RG.** 21. 5. 12, JW. **12** 797.

g) OLG. Braunschweig, DJZ. **12** 1416, SeuffA. **67** 466, OLG. **26** 44, hält die Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande für regelmäßig zulässig. Voraussetzung ist aber, daß der Veräußerer die Waren nur auf Grund eines Kommissions- oder ähnlichen Verhältnisses, nicht jedoch für eigene Rechnung verkaufen darf. Gerät der im Besitze bleibende Veräußerer in Konkurs, so hat der Fiduziar ein Aussonderungs-, nicht bloß ein Absonderungsrecht. Denn es entspricht nicht dem Willen der Parteien, daß bei der Sicherungsübereignung die Sache nur formell in das Eigentum des Fiduziars übergeht.

h) SächsOLG. **33** 457, SeuffA. **67** 462 (Dresden) verneint die Rechtsgültigkeit der Übereignung in dem zur Entscheidung stehenden Falle, weil ein die Übergabe ersetzendes Rechtsverhältnis bezüglich des Warenlagers nicht begründet worden ist.

II. 1. Antezipierte Vereinbarung des nicht Besitzenden (JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **6**, **8**, **9**, **10** Ziff. II 1).

a) Hoeniger, Sicherungsübereignung von Warenlagern wendet sich 111 ff. gegen das antezipierte Konstitut. Wenn das RG. daran weiter festhalte, dieses zu allen möglichen Zwecken zu verwenden, so würde es damit die indirekte Stellvertretung mit direkter Wirkung beim Eigentumserwerb anerkennen. Es stelle auch ein geradezu ideales Mittel für Schiebungen und Strohmannsgeschäfte dar. Das antezipierte Konstitut müsse im Verkehrsleben verhängnisvoll wirken. Die Judikatur werde daher sicher umkehren müssen (115).

b) **RG.** 14. 11. 11, JW. **12** 144. Daß ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 auch in bezug auf künftige Sachen vereinbart werden kann, hat der erkennende Senat schon mehrfach angenommen. Allerdings ist in einem solchen Falle der Eigentumserwerb davon abhängig, daß der Eigentumsübertragungswille bei Eintritt des neuen Erwerbs noch fortdauert; diese Fortdauer ergab sich aber im vorliegenden Falle ohne weiteres daraus, daß B. mit den Sachen vertragsmäßig verfuhr, indem er sie seinem Warenlager einverleibte. Vgl. auch **RG.** DJZ. **12** 811 und FrankfRundsch. **46** 69 (Frankfurt).

2. a) DJZ. **12** 225 (KG.). Veräußerer und Erwerber wollten beim Abschlusse des Kaufvertrags über Bausteine zum Ersatze der Übergabe ein Rechtsverhältnis vereinbaren, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz an den Steinen erlangen sollte. Gleichzeitig sollte der Schuldner berechtigt sein, die Steine entsprechend ihrer Bestimmung für seinen Neubau zu verwenden. Bis zum Zeitpunkte des Einbaues sollte er sie „leihweise" behalten. Das KG. führt aus, daß, wenn auch die Beteiligten das Besitzverhältnis, das sie gemäß § 868 begründen wollten, irrtümlich als „Leihe" bezeichneten, doch in ausreichend klarer Weise zum Ausdrucke gekommen sei, daß ihr Wille dahin ging, der Veräußerer sollte die Steine bis zu deren ordnungsmäßigem Verbrauch als Verwahrer für den Erwerber besitzen. Hiermit sei ein wirksamer Eigentumsübergang auf den Erwerber erfolgt.

b) ElsLothJZ. **12** 12 (Colmar). Zur Begründung eines Rechtsverhältnisses, das dem Erwerber mittelbaren Besitz an den übereigneten Waren gewähren sollte, hatten die Parteien einen Vertrag vereinbart, den sie als „Mietvertrag" bezeichneten. Da die Waren zur Weiterveräußerung und nicht für den Gebrauch durch den Veräußerer bestimmt waren, auch nach Lage der Sache anzunehmen war, daß sie gerade zu dem Zwecke des Verkaufs im Besitze des Veräußerers belassen wurden, die Ausschließung des Gebrauchs der Mietsache aber dem Begriffe der Miete widerspricht, wurde die Begründung eines rechtswirksamen const. poss. verneint.

c) ElsLothJZ. **12** 48 (Colmar). Mit Unrecht vermißt der Erstrichter bei Unterstellung der Ernstlichkeit des Geschäfts eine nach § 930 erforderliche bestimmte rechtsgeschäftliche Figur. Ein abstraktes constitutum genügt allerdings hierfür nicht. Allein die Kaufurkunde enthält nicht lediglich die Erklärung, daß die Verkäufer die Mobilien für die Ankäufer als neue Eigentümer besitzen wollen, sondern auch, daß die Verkäufer berechtigt sind, die Gegenstände bis auf weiteres unentgeltlich zu benutzen. Hierdurch ist ein die Übergabe ersetzendes Rechtsverhältnis, nämlich dasjenige der Leihe, in ausreichender Weise vereinbart.

3. OLG. **26** 48 (Braunschweig). Übereignung durch Besitzkonstitut ist nur an individuell bestimmten Sachen möglich.

§ 931. 1. **RG.** SeuffA. **67** 152 (vgl. JDR. **10** Ziff. 1). Die Abtretung des Herausgabeanspruchs bedarf keiner Form, kann also auch mündlich vorgenommen werden. Es steht deshalb rechtlich nichts entgegen, in der Übergabe des indossierten

Lagerscheins die objektiven Voraussetzungen einer Abtretung des Herausgabeanspruchs hinsichtlich der im Lagerscheine bezeichneten Gegenstände zu finden. Mögen zwischen Indossament und Zession auch wesentliche Verschiedenheiten bestehen, in der sog. Transportfunktion stimmen sie jedenfalls überein. Was aber den Abtretungswillen anbetrifft, so muß dieser nach § 140 BGB. ohne weiteres als vorhanden angesehen werden, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Indossaments die Abtretung des Herausgabeanspruchs gewollt hätten.

2. SchlHolstAnz. **12** 173 (Kiel). Zur Eigentumsübertragung nach § 931 bedarf es der ausdrücklichen Erklärung der Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht. Ebensowenig der Aufzählung der einzelnen Gegenstände, bezüglich deren der Herausgabeanspruch abgetreten wird, sofern diese individuell genügend bestimmt sind. Vgl. auch OLG. **26** 53 (Naumburg).

3. **RG.** R. **12** Nr. 3202. Zum Eigentumsübergang an einer Sachgesamtheit nach § 931 ist zwar die Individualisierung der einzelnen Gegenstände unerläßlich; handelt es sich jedoch um einen ganzen Vermögensinbegriff, so kann die Bezeichnung des Warenlagers nach Ort und Inhaber als genügende Bestimmung gelten.

§ 932. 1. *Brecht, IheringsJ. **61** 285 ff. wägt die Gründe für und gegen den Schutz des guten Glaubens bei Eigentumsübertragungen unter aufschiebender Bedingung ab und gelangt zur Gewährung des Schutzes.

2. Die auf seiten des redlichen Erwerbers notwendige Vorsicht (vgl. IDR. 8 Ziff. 1, **9**, **10** Ziff. 2). DIZ. **12** 164 (KG.) führt aus, daß der Erwerber, wenn ihm bekannt ist, daß der Veräußerer sich in schlechten Vermögensverhältnissen befindet, Erkundigungen anstellen müsse, ob die zum Kaufe angebotenen Sachen sich wirklich im Eigentume des Veräußerers befinden und daß es für die Annahme seines guten Glaubens nicht ausreiche, wenn ihm der Veräußerer versicherte, daß er freier Eigentümer der Sachen sei.

3. Beweislast (IDR. 8 Ziff. 2). **RG.** 12. 1. 12, WarnE. **12** 182. Es ist nicht Aufgabe des Erwerbers seinen guten Glauben zu behaupten und nachzuweisen, sondern ihm steht die Vermutung des guten Glaubens zur Seite und es ist Sache desjenigen, der den Eigentumserwerb bestreitet, einredeweise zu behaupten, daß dem Erwerber der gute Glaube in dem maßgebenden Zeitpunkte gefehlt habe, und diese Behauptung zu begründen und zu beweisen.

4. FrankfRundsch. **45** 219 (Frankfurt a. M.). Der Grundsatz, daß im Falle der Veräußerung einer beweglichen Sache durch den Nichteigentümer der gutgläubige Erwerber nur bei Übergabe nach § 929, nicht auch bei Ersatz der Übergabe nach § 930 Eigentümer wird, findet auch in dem Falle Anwendung, wenn erst nach jener Veräußerung infolge einer dem Veräußerer gegenüber von seiten eines Dritten durchgeführten Anfechtung der Erfolg eintritt, daß der Veräußerer von vornherein als Nichteigentümer zu gelten hat.

§ 935. Begriff des Abhandenkommens (IDR. **2** Ziff. 2, **3**, **4** Ziff. 1, **7**, **8** Ziff. 4, **9** Ziff. 3). a) **RG.** 20. 2. 12, R. **12** Nr. 1313. Ein Abhandenkommen liegt nicht vor, wenn der Besitzer einer Sache eine nicht gegen den Eigentümer gerichtete Pfändung der Sache und ihre Fortschaffung durch den Gerichtsvollzieher in der irrigen Annahme zuläßt, zur Duldung der Amtshandlungen des Gerichtsvollziehers verpflichtet zu sein. **b)** OLG. **26** 58 (Braunschweig). Ein zum Nachlaß eines von mehreren Personen Beerbten gehörender Gegenstand ist dann schon abhanden gekommen, wenn einige der Erben den Mitbesitz daran ohne ihren Willen verloren haben.

§ 936. DIZ. **12** 107 (Obergericht von Kiautschou). Allerdings erlischt auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber das Recht des Dritten nicht, wenn die Übergabe der im Besitze dieses Dritten befindlichen Sache dadurch erfolgt war, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten hatte.

Aber diese Ausnahme umfaßt nicht den Fall der Übereignung durch Übergabe eines Traditionspapiers. Diese hat (§ 647 HGB.) dieselben Wirkungen wie die Übergabe der Sachen; Rechte Dritter erlöschen daher in gleicher Weise.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 946. *Brugger, Gemeinschaftliche Gibelmauern, vgl. o. Ziff. 1 zu § 93.

§ 950. *von Bonin, Über den Eigentumserwerb des Herstellers, ABürgR. **38** 117 ff. Durch die Herstellung einer neuen Sache aus fremdem Stoffe wird — entgegen dem Wortlaute des Paragraphen — nicht ein notwendiger Eigentumsübergang ipso facto herbeigeführt, sondern der Hersteller erhält nur eine Anwartschaft auf die neue Sache, in gleicher Weise wie der Finder nach §§ 973, 976 BGB. Er erwirbt das Eigentum nur, sofern er nichts anderes will, insbesondere nicht bereits vorher seine Anwartschaft auf einen Dritten übertragen hat.

§ 951. OLG. **26** 61, R. **12** Nr. 1314 (KG.). Werden in ein Grundstück Baumaterialien, die einem Dritten (A.) gehören, eingebaut, so hat der Dritte (A.) gegen den Grundstückseigentümer (C.) den im § 951 Abs. 1 vorausgesetzten Bereicherungsanspruch nur, sofern dieser nicht seinem Lieferanten (B.) zur Bezahlung des hierfür vereinbarten Kaufpreises verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung besteht nicht und der Bereicherungsanspruch ist daher gegeben, wenn der Lieferant (B.) die Baumaterialien durch eine betrügerische Handlungsweise von dem Dritten (A.) erworben, der Grundstückseigentümer (C.) seinerseits bei seinem Kaufe darum gewußt und der Dritte (A.) durch Erklärung gegenüber seinem Abnehmer (B.) dessen Erwerb wegen Betrugs mit Erfolg angefochten hat.

§ 952. 1. Sparkassenbuch (JDR. **9** Ziff. 2). SchlHolstAnz. **12** 276 (Kiel). Der Anspruch auf Herausgabe eines Sparkassenbuchs steht nur dem Gläubiger der Forderung zu. Ist die Abtretung nichtig, so ist auch das Eigentum am Sparkassenbuche nicht übergegangen, mag auch das Buch übergeben sein. Das Eigentum am Buche steht alsdann dem ursprünglichen Gläubiger noch unverändert zu und der Zessionar kann sich auch nicht auf seinen guten Glauben gemäß § 932 berufen, da das Eigentum am Sparkassenbuche sich nicht nach den allgemeinen Bestimmungen über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen richtet.

2. OLG. **26** 60 (Celle). Ein Depotschein über Wertpapiere, die bei einer Bank hinterlegt worden sind, stellt sich dar als ein Schuldschein über eine Forderung des Hinterlegenden auf Rückgabe der hinterlegten Werte; auf ihn findet nicht der § 1006, sondern § 952 Anwendung, wonach das Recht am Schuldscheine dem Gläubigerrechte zu folgen hat. Der Besitz des Depotscheins kann deshalb höchstens einen gewissen Beweisanhalt für das Bestehen des Gläubigerrechts bilden.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

§ 956. 1. *Warschauer, JW. **12** 719 ff. Der dingliche Akt der „Gestattung" des § 956 als die eine Hälfte der in diesem Falle quasi halbierten traditio muß stets bei Wechsel des Eigentums an der fruchttragenden Sache vom Grundstückserwerber dem Nutzungsberechtigten gegenüber wiederholt werden. Eine in dem obligatorischen Grundstücksübereignungsvertrag über die Nutzungsberechtigung zwischen den beiden Eigentümern getroffene Vereinbarung hat, selbst wenn daraus der Wille des Erwerbers zu gestatten hervorgeht, nur die Bedeutung der Begründung einer obligatorischen Verpflichtung zur Vollziehung dieses dinglichen Aktes (vgl. auch Ziff. 2).

2. **RG. 78** 35, JW. **12** 197, SchlHolstAnz. **12** 81, SeuffA. **67** 274. In den Fällen des § 956 ist der Eigentumserwerb auf einen dinglichen Übereignungsvertrag zurückzuführen. Die Gestattung der Aneignung erscheint als Antrag auf Übereignung der

Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, während im Falle der Besitzüberlassung der Besitz der Sache zur Zeit der Trennung, sonst die Besitzergreifung die stillschweigende Annahme des Übereignungsantrags bildet. Daraus folgt ohne weiteres, daß Eigentumserwerb an den Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen nur eintreten kann, wenn zur Zeit der Trennung oder Besitzergreifung alle rechtsgeschäftlichen Erfordernisse des Übereignungsvertrags vorliegen, also im Falle des Abs. 1 auch Eigentum desjenigen, der die Aneignung gestattet hat. Wenn in der Zeit zwischen Gestattung und Trennung oder Besitzergreifung die Sache ihren Eigentümer wechselt, so bindet die Gestattung den Erwerber an sich nicht (vgl. **RG. 60** 319). Nur ausnahmsweise, nämlich unter den Voraussetzungen der §§ 571, 581 Abs. 2 BGB. behält sie trotzdem Wirksamkeit.

V. Aneignung.

§ 959. *Walsmann Verzicht 274 ff. Der Verzicht auf das Eigentum an beweglichen Sachen erfolgt durch eine Willenserklärung gerichtet auf Aufhebung des Eigentums, welche der Verlautbarung durch Besitzaufgabe bedarf. Die Dereliktion ist Rechtsgeschäft und auch Willenserklärung, wenn auch keine empfangsbedürftige. Anwendbar sind §§ 116, 118, 119 BGB. Auch Stellvertretung ist zulässig. Ist der Eigentümer nicht im Besitze, so genügt die bloße Verzichtserklärung gegenüber dem Besitzer; gleiches gilt, wenn er nur mittelbaren Besitz hat. Steht die Sache in niemandes Besitz, so genügt eine Erklärung an die Allgemeinheit.

VI. Fund.

§ 983. *Lesser, SeuffBl. **11** 791. Empfangsberechtigt im Sinne des § 983 ist außer dem Eigentümer nur derjenige, der zu ihm im Verhältnisse des unmittelbaren Besitzers zum mittelbaren steht. Nicht empfangsberechtigt ist z. B., wer eine gestohlene Sache im Auftrage des Diebes repariert hat. Jedoch ist er, wenn er gutgläubig war, aus dem eventuellen Versteigerungserlöse zunächst zu befriedigen. Andernfalls hat er nur einen Anspruch gegen den Dieb, ohne aber seinerseits noch zur Herausgabe verpflichtet zu sein.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum.

Literatur: Lent, die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Leipzig 1913. — Oertmann, Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche, JheringsJ. **61** 44—58.

§ 985. 1. Oertmann, JheringsJ. **61** 44 ff. prüft die von Siber, Passivlegitimation bei der rei vindicatio (vgl. JDR. **6** zu §§ 985 u. ff.) aufgestellte Ansicht nach, daß der dingliche Herausgabeanspruch aus dem Eigentum auch in seiner sog. primären, rein dinglichen Funktion durch ein zwischen den Parteien bestehendes Schuldverhältnis, einen darauf beruhenden obligatorischen Rückleistungsanspruch, ausgeschlossen werde.

2. *Walsmann, Verzicht 82. Der Eigentümer kann den Herausgabeanspruch nur mit dem Eigentume zugleich aufgeben. Der Verzicht auf diesen Anspruch ist ungültig. Der nur obligatorischen Verpflichtung zur Nichtgeltendmachung steht nichts im Wege.

§§ 987 ff. 1. **RG.** JW. **12** 690, BayRpflZ. **12** 329. Ist auf Grund der §§ 987 ff. eine eingetretene Vermögensverschiebung nicht auszugleichen, hat also ein Besitzer gezogene Nutzungen nicht herauszugeben oder ein Eigentümer Verwendungen nicht zu ersetzen, so bilden die Gesetzesbestimmungen, die dies vorschreiben, zugleich den rechtlichen Grund für die Vermögensverschiebung, so daß in einem solchen Falle der Tatbestand einer ungerechtfertigten Bereicherung nicht gegeben ist. Die §§ 987 ff., insbesondere die §§ 994, 995 beziehen sich daher nicht auf Zahlungen,

die der Besitzer zur Erfüllung einer nur vermeintlich bestehenden persönlichen Schuld geleistet hat.

2. **RG.** JW. **12** 129 ff. Durch die §§ 987 ff. wird die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 823 BGB. über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus § 992 BGB., wonach der Besitzer nur dann, wenn er sich durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft hat, dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haftet, und aus § 993 BGB.

§ 986. OLG. **26** 68 (Stettin). Von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller wird demjenigen, der sein Besitzrecht nicht von einem mittelbaren Besitzer ableitet, die Einrede aus § 986 vorenthalten (so Planck 1 b; Staudinger 2 a zu § 986; Stammler, Einrede aus dem Rechte eines Dritten 168). Nur Wolff (Festgabe f. Koch 163/164) hält auch ein Besitzrecht gegenüber einem Dritten für genügend, der nicht mehr mittelbarer Besitzer ist oder es überhaupt nie war, sofern nur der Dritte seinerseits dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt sei. Ob der Satz in dieser Allgemeinheit zutrifft, kann dahingestellt bleiben, da im vorliegenden Falle der Einrede aus § 986 dem Eigenbesitzer zu geben ist, der das Grundstück vom besitzenden Abkäufer des eingetragenen Eigentümers erhielt.

§ 990. Beweislast. a) **RG.** WarnE. **12** 35. Während der gute Glaube beim Erwerbe des Besitzes auch dann ausgeschlossen ist, wenn dem Besitzerwerber infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist (§ 932 Abs. 2), steht eine entsprechende, durch grobe Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis einer später erlangten Kenntnis nicht gleich (vgl. **RG. 56** 317). Der Beweis dafür, daß der Besitzer später erfahren habe, daß er zum Besitze nicht berechtigt war, wird aber nicht ohne weiteres durch die Feststellung erbracht, daß der Besitzer später von Tatsachen Kenntnis erlangt hat, die seine Nichtberechtigung zum Besitz ergeben (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 985). b) **RG.** JW. **12** 197, SchlHolstAnz. **12** 81. Im Falle des § 990 liegt der Beweis des mangelnden guten Glaubens dem Eigentümer ob. Ähnlich wie im Falle des eine allgemeine Begriffsbestimmung gebenden § 932 Abs. 2 ist auch bei § 990 der Besitzer schon dann nicht in gutem Glauben, wenn ihm beim Erwerbe des Besitzes zwar nicht bekannt, wohl aber infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist.

§ 992. *Lent, Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. 257 ff. die Vorschrift des § 992 bezieht sich, wie §§ 987 ff. überhaupt, nur auf die Fälle des unrechtmäßig erworbenen Besitzes. Sie schließt daher für alle Fälle rechtmäßigen Besitzes die Deliktshaftung keinesfalls aus. Die Zerstörung der Sache braucht kein Delikt zu sein, wenn die Deliktshaftung nach § 992 eintreten soll; denn das würde eine Abweichung von den Vorschriften über unerlaubte Handlungen sein zugunsten des Eigentümers, weil nach § 848, wer eine Sache durch unerlaubte Handlungen erlangt hat, auch für Zufall haftet, die Zerstörung aber gar nicht verschuldet zu sein braucht. § 992 erweitert daher die Haftung des Besitzers auf Zufall, stellt die Besitzerlangung in ihren Sonderfällen den unerlaubten Handlungen gleich, sagt aber nicht, daß die Zerstörung der Sache selbst Delikt sei.

§ 1004. 1. Klage auf Unterlassung (JDR. **5** Ziff. I 1, **9** Ziff. 1, **10** Ziff. 7). a) *Jacobsohn, Unterlassungklage. Allgemeines (Gegenstand und Problem) s. oben Ziff. 2 zu § 241. Voraussetzungen der Klage bei absoluten Rechten: außer dem Bestehen eines subjektiven Rechtes nur die (auf konkreten Tatsachen beruhende, durch Indizienbeweis begründete) Besorgnis, daß dieses Recht zukünftig objektiv-widerrechtlich beeinträchtigt werde; vorausgegangene Beeinträchtigung nicht Voraussetzung, sondern nur Beweisgrund (49). Beeinträchtigung ist jede irgendwie

geartete positive Handlung (Ausnahmen § 1134 BGB. und § 10 Nr. 1 u. 2 UWG. in Verb. mit §§ 7, 13). Diese Besorgnis ist auch da Klagevoraussetzung, wo sie (aus bestimmt-erweislichen Gründen) nicht genannt ist (50), z. B. im UWG. und den Immaterialgütergesetzen u. a.; sie charakterisiert die Klage als vorbeugende Leistungsklage (s. auch § 259 ZPO. und oben Ziff. 2 zu § 241). b) Vgl. über das Anwendungsgebiet der Unterlassungsklage auch Rosenthal, LeipzZ. **12** 608 ff.

2. OLG. **26** 72 (KG.) gewährt die Klage aus § 1004 gegen den Nachbar auf Entfernung der von diesem in die Mauer eingeschlagenen, mit Draht verbundenen Nägel sowie der in die Wand hinein gewachsenen Ranken von wildem Weine und Efeu.

3. Vgl. auch oben zu § 906.

§ 1006. 1. *Kuttner, JheringsJ. **61** 109 ff. vgl. oben § 891 und zu § 292 ZPO.

2. Über Einzelheiten bei der Anwendung des § 1006 vgl. OLG. Stuttgart WürttRpflZ. **12** 191 ff.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

§ 1012. I. Wesen des Erbbaurechts. 1. *v. Gagern, RheinA. **109** I 6, 7. Das Erbbaurecht ist ein Gebrauchsrecht an einer fremden Sache und zugleich als Belastung eines Grundstücks ein beschränktes persönliches Recht. Es sind zwei Berechtigte an dem belasteten Grundstücke vorhanden: 1. der Eigentümer des Grund und Bodens, 2. der Erbbauberechtigte, der das auf diesem Grund und Boden errichtete Bauwerk im Besitz und Gebrauche hat. Bei Bauwerken, von denen das eine oberirdisch, das andere unterirdisch ist, ist eine Teilung des belasteten Grundstücks nicht erforderlich (8). Der Erbbauberechtigte hat das Bauwerk regelmäßig selbst zu errichten, doch darf dies erst nach Entstehung des Rechtes, d. h. nach dessen Eintragung erfolgen. Im Erbbauvertrage wird näher zu bestimmen sein, wie das Bauwerk nach Lage, Form und Größe zu errichten ist und ob es zu Wohnungs- und gewerblichen Zwecken dienen soll (9). Bauwerke, die den Grund und Boden des Grundstücks nicht berühren, können nicht Gegenstand des Erbbaurechts sein (10). Die Entrichtung einer Abgabe (solarium pensio) ist kein Begriffsmerkmal des Erbbaurechts (11), es kann auch unentgeltlich bestellt werden. Die Abgabe (der Bodenzins) wird, um dem Grundeigentümer dingliche Sicherheit zu gewähren, als Reallast an dem Erbbaurechte zu bestellen sein. Dies ist zur Zeit nach Reichsrecht möglich, nach Landesrecht aber nicht (13). Art. 116 EGBGB. bedarf daher einer Ergänzung. Gegen Predari muß angenommen werden, daß die Vorschriften des BGB. über die Reallasten durch landesgesetzliche Bestimmungen ergänzt werden, sie also nur insoweit gelten, als das Landesgesetz es zuläßt (12 ff.). Das Erbbaurecht muß sich nach der Rechtsregel des § 946 BGB. auf das Bauwerk erstrecken (17).

2. Delitzsch, Erbbaurecht und Bauwerk nach dem BGB. (17): Das Interesse an der Einheitlichkeit der Herrschaft über ein wirtschaftliches Ganzes verlangt, wenn jemand vor dem Grundherrn zur Nutzung des Grundstücks durch das Bauwerk berechtigt ist, daß alsdann das Bauwerkseigentum mit dem dinglichen Rechte und nicht mit dem Grundeigentume zu einer Einheit verbunden wird. In den Fällen des § 95 Abs. 1 Satz 2 ist daher die Anziehungskraft des dinglichen Rechtes auf das Bauwerkseigentum stärker als die des Grundeigentums, diese wird durch jene überwunden, und lediglich diese Überwindung bringt § 95 Abs. 1 Satz 2 zum Ausdrucke. . . . (20): Das Eigentum an dem von dem Erbbauberechtigten errichteten Bauwerke verhält sich zu dem dinglichen Rechte wie das Eigentum am Bauwerke zum Eigentum am Grundstücke. Beide bilden eine untrennbare Einheit, nur daß wir hier an Stelle des einheitlichen Eigentums zwei Rechte, also einen Vermögenskomplex haben, der jedoch wie ein Recht behandelt wird, und zwar ist für die Behandlung dieses Vermögenskomplexes das dingliche Recht als das Hauptrecht maßgebend. . . .

(21): Die Konsequenz der Ansicht ist, daß der dinglich Berechtigte aus dem Vermögenskomplexe: dingliches Recht und Eigentum ebensowenig und aus genau denselben Gründen das Eigentum am Bauwerk ausscheiden kann, wie der Grundeigentümer aus dem Grundeigentum, und daß das Bauwerk alle rechtlichen Schicksale des dinglichen Rechtes notwendig teilt, daß insbesondere eine Hypothek am Erbbaurecht eine Hypothek an Erbbaurecht und Bauwerkseigentum ist. . . . (25): Aus § 1012 muß entnommen werden, daß ein Sondereigentum des Erbbauberechtigten an dem bereits vorgefundenen Bauwerke zulässig ist, daß mit der Begründung des Rechtes, den Grund und Boden als Träger zunächst des darauf befindlichen Bauwerkes zu benutzen, das Gesetz die Akzession (d. i. das Verbot rechtlicher Sonderschicksale) löst. Nach dem Erlöschen des Erbbaurechts tritt Akzession an das Grundeigentum ein. . . . (31): Die auf dem Erbbaurechte ruhenden Rechte erlöschen mit Beendigung des Erbbaurechts.

3. *Tosetti, ABürgR. 37 134 ff. Die Befristung des Erbbaurechts ist zulässig (aM. hauptſ. Wittmaack, Erbb. [1906]; vgl. auch Oberneck, Reichsgrundbuchrecht [1909] I, 500). „Vererblich" ist das Recht schon dann, wenn die Möglichkeit einer Vererbung nicht ausgeschlossen ist, eine solche sich mit einer mehr oder minder großen Wahrscheinlichkeit erwarten läßt. Der Umstand, daß der Gesetzgeber im § 1015 den 1. Abs. des § 925 nahezu wörtlich übernimmt, wohingegen er den 2. Abs. gleichfalls mit zu übernehmen in auffallender Weise unterläßt, rechtfertigt die Schlußfolgerung, daß man bei der Erbbaurechtsbestellung im Gegensatze zu der Eigentumsübertragung von der Unzulässigkeit der Befristung hat Abstand nehmen wollen (s. auch Mot. zu d. Entw. eines BGB. III). Daraus, daß das Gesetz außer dem 1. Abs. des § 1017 noch besonders den schon inhaltlich von demselben mitumfaßten § 1015 heraushebt, erhellt, daß es nur die Auflassungsform, nicht dagegen auch die Unzulässigkeit von Bedingung und Zeitbestimmung für das Erbbaurecht in Anwendung bringen will. Es ist zulässig, die tatsächliche Ausübung des rechtlich auf dem gesamten Grundstücke lastenden Erbbaurechts auf einen bestimmten Grundstücksteil zu beschränken. — Unterschied gegenüber der rechtlichen Belastung eines Grundstücksteils zufolge § 6 GBO. Für die Grunddienstbarkeit hat der § 1023 Abs. 1 die Festlegung einer bestimmten Ausübungsstelle ausdrücklich anerkannt. Hinsichtlich des Erbbaurechts vgl. auch die Möglichkeit der Erstreckung gemäß § 1013. „Haben" ist nicht im Sinne des „Habens zu Eigentum" zu verstehen (aM. Enneccerus-Lehmann, Bürg. Recht [1901] II, 222; Fuchs, Grundbuchrecht [1902] I, 265; Cosack, Lehrbuch des bürg. Rechtes [1904] II, 185). Sonst wäre § 95 Abs. 2 Satz 2, wenigstens soweit das Erbbaurecht in Frage steht, entbehrlich und überflüssig. — Wie die Dienstbarkeit begrifflich das Eigentum an der Anlage nicht fordert, ebensowenig fällt das vor dem Erbbauvertrage bereits vorhandene Bauwerk notwendig in das Eigentum des Erbbauers. Auch vertraglich kann ein Eigentumsübergang hinsichtlich eines solchen Bauwerkes wegen § 94 BGB. nicht ermöglicht werden. Die in Ausübung des Erbbaurechts errichteten Gebäulichkeiten werden natürlich zufolge § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eigentum des Erbbauers. Wenn die tatsächliche Ausübung des auf dem gesamten Grundstücke lastenden Erbbaurechts auf einen bestimmten Teil beschränkt ist, bedarf der Grundeigentümer zur unbelasteten Veräußerung des übrigen Teiles nicht der Bewilligung des Erbbauberechtigten. Hinsichtlich der Grunddienstbarkeit und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090) ist die Entbehrlichkeit der Bewilligung im § 1026 ausdrücklich anerkannt. Hinsichtlich des Vorkaufsrechts hat die Rechtsprechung (s. ZBlFG. 2 404 ff.) den Grundsatz des § 1026 in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung gleichfalls in Anwendung gebracht (vgl. auch § 876 Satz 2). Entscheidend ist in allen diesen Fällen, wo es sich um nicht auf Leistung aus dem Grundstücke gerichtete dingliche Rechte

handelt, für die Frage der Bewilligung lediglich, ob die Fortdauer der Belastung in der ursprünglichen Weise für die tatsächliche Ausübung des Rechtes selbst von Bedeutung ist, nicht aber ist zu berücksichtigen, ob durch die Aufhebung der Belastung der an die Stelle des Rechtes tretende Ersatzanspruch in der Zwangsversteigerung möglicherweise geschmälert wird. Im vorliegenden erbbaurechtlichen Falle kommt noch hinzu, daß sich praktisch diese etwaige Schmälerung des Ersatzanspruchs nicht so sehr als die Folge der unbelasteten Veräußerung, wie vielmehr als eine durch die Veräußerung als solche bedingte Begleiterscheinung darstellen wird.

4. BayNotZ. **12** 378. In Österreich ist ein eigenes Gesetz über das Erbbaurecht ergangen: das G. vom 26. April 1912, betreffend das Baurecht.

II. Die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts. 1. *v. Gagern, RheinA. **109** I 29, 30. Hypotheken und Grundschulden, mit denen Erbbaurechte belastet werden, sind nur für sicher zu erachten, wenn sie folgende Bedingungen erfüllen: 1. Der Erbbauer muß persönlich tüchtig und kreditfähig sein. Denn während bei einer Hypothek, die an einem Grundstücke bestellt wird, die Persönlichkeit des Eigentümers vor der Sicherheit zurücktritt, die das Grundstück als Wertgegenstand gewährt, hängt die Güte der Erbbauhypothek wesentlich von der Tüchtigkeit des Erbbauers ab. Die Sicherheit dieser Hypothek beruht nämlich auf dem Materialienwert des Gebäudes und auf dessen Nutzungswert einschließlich desjenigen des Grund und Bodens. Letzterer Wert ist aber von der Persönlichkeit des Schuldners abhängig. 2. Ist das Erbbaurecht betagt oder unter einer auflösenden Bedingung gestellt, und sind die Rechte des Grundeigentümers durch eine Vormerkung gesichert, so muß der Hypothek der Vorrang vor der Vormerkung eingeräumt werden. 3. Es sind jährliche Abschlagszahlungen zum Zwecke der Tilgung zu vereinbaren, die so festzusetzen sind, daß die Hypothek bis zum Erlöschen des Rechtes völlig getilgt ist. 4. Da bei einer Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks das Erbbaurecht, falls es nicht etwa als Teil des geringsten Gebots bestehen bleibt, mit dem Zuschlage erlischt, so kann ein Erbbaurecht nur beliehen werden, wenn es an einem lastenfreien Grundstücke bestellt oder ihm der Vorrang vor sämtlichen bereits eingetragenen dinglichen Rechten eingeräumt wird. Der Höchstbetrag des Ersatzes im Falle des Erlöschens durch den Zuschlag ist festzusetzen und dessen Eintragung in das Grundbuch zu veranlassen. 5. Ist der Bodenzins, den der Erbbauer an den Grundeigentümer zu leisten hat, als Reallast eingetragen, so muß der Hypothek der Vorrang vor dieser Reallast eingeräumt werden. 6. Der Erbbauer hat die ihm vom Grundeigentümer beim Erlöschen seines Rechtes zu gewährende Entschädigung den Hypothekengläubigern zu verpfänden. Solche Hypotheken können auch als mündelsicher gelten (31).

2. Oertmann, DJZ. **12** 1035. Beleihungsfähigkeit von Erbbaurechten.

3. Erman, RuW. **1** 376. Realkredit beim Erbbaurechte.

4. Klein, AÖstGZ. **12** 354. Die Belehnung von Erbbaurechten.

III. Fischereigerechtigkeiten. 1. **RG.** WarnE. **12** 272, R. **12** 209. Daß nach dem gemäß Art. 69 EGBGB. maßgebenden preußischen Rechte Privatpersonen Fischereigerechtigkeiten an öffentlichen Gewässern überhaupt zustehen können, folgt aus § 73 II 15 ALR., wonach der Fischfang in solchen Gewässern zu den Regalien des Staates gehört, in Verb. mit § 26 II. 14, §§ 74 ff. II. 15 ALR., wonach die einzelnen Nutzungsrechte des Staates oder niedere Regalien, insbesondere auch die Fischereinutzung, von Privatpersonen erworben und besessen werden können (vgl. JW. **97** 491 Nr. 100, **98** 186 Nr. 83, **00** 479 Nr. 32, **10** 825 Nr. 49, GruchotsBeitr. **29** 947, **31** 882, **34** 1054).

2. **RG.** R. **12** 171. Die Fischereiberechtigung ist auch grundbuchlich eintragungsfähig (vgl. **RG. 55** 314).

3. FrankfRundsch. **46** 45 (Frankfurt a. M.). Ein vor 1900 entstandenes dingliches Fischereirecht ist gemäß § 892 BGB., Art. 69 EGBGB., Art. 22 AGBGB. im Grundbuch einzutragen.

4. OLG. **25** 393 (Cassel). Das Fischereirecht kraft Regales kann nicht als Belastung in das Grundbuch eingetragen werden.

§ 1013. *Tosetti, ABürgR. **37** 140. § 1013 dient zur Vermeidung der besonderen Bestellung einer Grunddienstbarkeit. Ob ein „Vorteil" vorhanden ist, unterliegt, wie im § 1019, der Nachprüfung des Grundbuchrichters (aM. Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB. [1907] III, 444; Fuchs, Grundbuchrecht [1902] I, 266).

§ 1014. *v. Gagern, RheinA. **109** I 33. Wird der Begriff des Gebäudes mit Planck nicht auf dessen oberirdischen, zu Wohn- und wirtschaftlichen Zwecken dienenden Teil beschränkt, so ist im Gesetz in Ansehung des Kellerrechts eine Lücke vorhanden. Da das BGB. ein von dem Eigentum an Grund und Boden verschiedenes Immobiliareigentum nicht anerkennt, auch das Kellereigentum nicht in Artt. 181, 182 EG. besonders aufrechterhalten ist, so ist das Kellerrecht des Code civil zu einem Rechte an einem fremden Grundstücke geworden und als solches gemäß Art. 181 EGBGB. bestehen geblieben. Dieses Recht wird aber nur ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit sein können. Da die Grundsätze der Dienstbarkeiten sich für das Kellereieigentum wenig eignen, wird es als Erbbaurecht zu behandeln sein.

§ 1016. *v. Gagern, RheinA. **109** I 25. Soll das Erbbaurecht nach der Aufgabe durch den Berechtigten fortdauern, so wird sich der Eigentümer es in der Form des § 1015 besonders übertragen lassen müssen. Nach Beendigung des Rechtes ist dem Grundstückseigentümer, sofern nicht nach dem Erbbauvertrag ihm das Bauwerk unentgeltlich zu überlassen ist, nur die Verpflichtung aufzuerlegen, den Wert des Bauwerkes zu ersetzen (27). Die Beteiligten können vereinbaren, der Untergang des Bauwerkes solle die Aufhebung des Erbbaurechts zur Folge haben (28).

§ 1017. 1. Delitzsch, Erbbaurecht und Bauwerk nach dem BGB. 8 ff. Unter den Wortlaut des § 1017 fallen einerseits die Vorschriften über Grundstücke als Sachen, z. B. §§ 94, 566, 946 usw., andererseits diejenigen Vorschriften, bei denen unter Grundstück das Eigentum am Grundstück zu verstehen ist, z. B. §§ 1012, 1018, 1030, 1445 usw. . . . (9): Hiernach ist der Grund für die Bestimmung des § 1017 der, daß das Erbbaurecht dem Eigentum inhaltlich sehr nahe kommt, daß es, wie die Mot. sagen, „mit den Grundstücken" (gemeint ist: Eigentum an Grundstücken) „die Eigenschaften der Selbständigkeit, der Dauer, der Vererblichkeit und der Veräußerlichkeit gemein" hat. . . . (10): Das Erbbaurecht ist Grundstück in grundbuchtechnischem Sinne.

2. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 166/167. S. Ziff. 1a zu § 1004 und Ziff. 2 zu § 214 BGB. und die dortigen Verweisungen.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. I. Begriff der Grunddienstbarkeit. 1. BayObLG. **12** 859 (BayObLG.). Bei einer Vereinbarung der sämtlichen Miteigentümer eines Anwesens, wonach keiner von ihnen oder ihren Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolgern vor Ablauf von 30 Jahren die Aufhebung der Gemeinschaft soll verlangen können und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Anwesens einem von ihnen allein übertragen wird, handelt es sich nicht um eine Verfügungsbeschränkung, sondern um eine wirkliche dingliche Last ähnlich einer Grunddienstbarkeit.

2. Die Entsch. d. KG. in JDR. **10** zu § 1018 Ziff. I 1 a auch KGJ. **41** 228.

II. Begründung der Grunddienstbarkeit. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **56** 882, R. **12** Nr. 2945, BayRpflZ. **12** 490. Nach dem BGB. kann zwar eine Grunddienstbarkeit nicht im Wege der stillschweigenden Bestellung entstehen, wohl aber kann durch stillschweigende Willenserklärung der Beteiligten die schuldrechtliche Verpflichtung begründet werden, eine Dienstbarkeit entsprechend der bisherigen tatsächlichen Übung einzuräumen.

2. ZBlFG. **13** 157, BayObLG. **13** 143, BayRpflZ. **12** 318, R. **12** Nr. 1618, RJA. 12 69 (BayObLG.). Eine Grunddienstbarkeit kann, da eine dies ausschließende Vorschrift nicht besteht, unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden (§ 158 BGB.). Die Bedingung darf jedoch nicht einen derartigen Inhalt haben, daß durch sie der Begriff der Grunddienstbarkeit berührt wird.

III. Eigentümerdienstbarkeit (JDR. **1** zu § 1018 Ziff. 5, **6** zu § 1018 Ziff. 3, **10** zu § 1018 Ziff. II). *Koban, Eigentümerdienstbarkeit und eventueller Servitutenerwerb, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischen BGB. (1911) II, 568 ff. Die Begründung einer Eigentümerdienstbarkeit zwischen zwei Grundstücken des gleichen Eigentümers ist zulässig, obwohl die Mot. (III, 480) sich wegen Fehlens der Einigung dagegen aussprechen. Die Einigung wird stillschweigend nachgetragen, wenn später ein Grundstück an einen Dritten veräußert wird.

IV. Inhalt der Grunddienstbarkeit. 1. *Drolshagen, Der Inhalt von Grunddienstbarkeiten nach dem BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Diss. Borna-Leipzig 1911) enthält eine Darlegung der für den Inhalt von Grunddienstbarkeiten maßgebenden Grundsätze, wie sie sich aus den §§ 1018, 1019 BGB. ergeben, zugleich eine Zusammenstellung der wichtigsten, bis Ende 1910 veröffentlichten Gerichtsentscheidungen hierzu mit kurzer Kritik.

2. **RG.** R. **12** Nr. 3086. Ein für landwirtschaftliche Zwecke begründetes Wegerecht darf bei einer Änderung der Benutzungsweise nicht auf einen anderen vermehrten Verkehr, insbesondere gewerbliche Lastfuhren ausgedehnt werden.

3. BayRpflZ. **12** 218, BayObLG. **13** 143, ZBlFG. **13** 157, RJA. **12** 69 (Bay. ObLG.). Wird zugunsten des Eigentümers eines Grundstücks das Nachbargrundstück in der Art belastet, daß es nicht überbaut werden darf, solange sein Eigentum dauert, so liegt eine auflösend bedingte Grunddienstbarkeit, keine beschränkte persönliche Dienstbarkeit vor.

4. WürttZ. **12** 169 (Stuttgart). Die Begründung einer Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß auf dem Nachbargrundstücke nur unter Einhaltung bestimmter Abstände gebaut werden darf, ist auch nach dem Rechte des BGB. möglich.

5. Kley, BadNotZ. **12** 57 (83). Das Rechtsverhältnis an einer neu zu begründenden oder neu zu regelnden Einfahrt wird am zweckmäßigsten so gestaltet und dargestellt, daß die Einfahrt im Miteigentume der an ihr beteiligten Hauseigentümer steht und diesen eine beim herrschenden Grundstücke zu vermerkende Grunddienstbarkeit bestellt wird. Eine Vereinbarung über die Aufhebung der Gemeinschaft kann daneben erfolgen. Empfehlenswert ist sie nicht.

6. ElsLothNotZ. **12** 318, R. **12** Nr. 2948 (Colmar). Die dem Erwerber eines Grundstücks vertragsmäßig auferlegte Verpflichtung zur Herstellung der Umfriedigung des Grundstücks kann, da sie auf Herstellung eines neuen Werkes, also auf eine selbständige positive Leistung gerichtet ist, nicht zum Gegenstand einer Grunddienstbarkeit gemacht werden.

7. **RG. 79** 375. Grundgerechtigkeit mit dem Inhalt, einen Entwässerungskanal zu dulden und zu unterhalten, nach preußischem Rechte.

8. SchlHolstAnz. **12** 341 (Kiel). Auslegung eines Vertrags über die Einräumung einer Dienstbarkeit hinsichtlich ihres Umfanges auf Grund langjährigen Verhaltens der Beteiligten.

§ 1019. ZBlFG. **13** 157, R. **12** Nr. 1619 (BayObLG.). Daß nach dem § 1019 BGB. die Belastung, welche den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden soll, für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bieten muß, ist zweifellos. Es wirft sich aber die Frage auf, ob ein auf die Dauer des Eigentums einer bestimmten Familie beschränktes Bauverbot nicht nur für die Familie Vorteil bietet. Die Frage ist zu verneinen.

§ 1020. Gögler, SeuffBl. **12** 162. Beiträge zur Lehre von der Unterhaltungspflicht bei Grunddienstbarkeiten.

§ 1021. **RG. 79** 375. Nach Art. 184 ff. EGBGB. gilt allerdings vom Inkrafttreten des BGB. an auf die vor diesem Zeitpunkte begründeten Grunddienstbarkeiten die Vorschrift des § 1021 BGB., wonach auf die Pflicht zur Unterhaltung einer zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit gehörenden Anlage, auch soweit sie dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks obliegt, die Vorschriften über die Reallast entsprechende Anwendung finden. Diese Vorschrift betrifft aber nicht die Art und Weise der Begründung der Unterhaltungspflicht, sondern sie bedeutet nur, daß eine solche Unterhaltungspflicht, wenn sie rechtswirksam begründet ist, rechtlich als auf dem verpflichteten Grundstücke ruhende Reallast im Sinne der §§ 1105 ff. BGB. gelten soll. Insbesondere soll danach die Bestimmung des § 1108 Abs. 1 BGB. Anwendung finden, wonach der Eigentümer des Grundstücks für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich haftet.

§ 1027. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 166/167. S. Ziff. 1a zu § 1004 und Ziff. 2 zu § 241 BGB. und die dortigen Verweisungen.

§ 1029. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 167. S. Ziff. 1a zu § 1004 und Ziff. 2 zu § 241 BGB. und die dortigen Verweisungen.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. **RG. 80** 311 ff., JW. **13** 136. Dem Nießbraucher eines Hauses stehen die, wenn auch noch betagten, Mietzinsforderungen kraft eigenen Rechtes zu, so daß er sich diese seine eigenen Forderungen durch Rechtsgeschäft nicht noch besonders übertragen lassen kann.

§§ 1036 ff. **RG. 80** 229 ff. darüber, ob dem Miteigentümer eines Gutes, an dem ihm die freie Verwaltung und der Nießbrauch zusteht, der Erlös eines gefällten Teiles des Gutswaldes ausschließlich gebührt.

§ 1053. *Jacobsohn, Unterlassungsklage 116, 132 ff. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 550 und Ziff. 2 zu § 241.

§ 1059. **RG.** 8. 6. 12, JW. **12** 870, GruchotsBeitr. **56** 975, BayRpflZ. **12** 332. Über die Frage, wer gegenüber einer Pfändung von Mietzinsforderungen zur Klage auf Freigabe legitimiert ist, wenn an einem vermieteten Hause ein Nießbrauch besteht und die Ausübung des Nießbrauchs einem Dritten überlassen ist. — Es wird stets genau geprüft werden müssen, in welchem Sinne die geschehene Übertragung des Nießbrauchs gemeint gewesen ist.

§ 1061. *Meyer, Rechtsschein des Todes 32. Wird bei Nießbrauch oder beschränkter persönlicher Dienstbarkeit der Berechtigte für tot erklärt, so ist lastenfreier Erwerb des Eigentums durch einen gutgläubigen Dritten auf Grund des Vertrauens auf den Todesschein und den damit verbundenen Schein des Erlöschens der Belastung möglich (vgl. oben zu § 18).

§ 1065. *Jacobsohn, Unterlassungsklage 166. Vgl. Ziff. 1 a zu § 1004 und Ziff. 2 zu § 241.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1073. Josef, Neuere Streitfragen zum Altenteilsrechte, GruchotsBeitr. **56** 75 ff. Die einzelnen einer altenteilsberechtigten Frau zustehenden Leistungen gebühren dem Manne als Selbstgläubiger, nicht als Nießbraucher einer fremden Forderung (§ 1073). Insoweit der Frau als Bestandteil des Altenteils ein wirklicher Nießbrauch an Land- oder Viehstücken zusteht, steht dem Manne an diesem Nießbrauche der Nießbrauch und die Verwaltung zu. Der Mann kann über die einzelnen, auch künftig fällig werdenden Leistungen und Nutzungen verfügen, nicht aber über das Altenteilsrecht im ganzen.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

§ 1090. 1. KGJ. **42** 244 (KG.). Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für den Berechtigten einen Vorteil bietet oder bieten kann, und dieser Vorteil muß ein wirtschaftlicher sein, d. h. ein solcher, an dessen Erreichung der Berechtigte ein privatrechtliches Interesse hat. . . . Der wirtschaftliche Vorteil, den eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dem Berechtigten gewähren muß, kann, wenn der Berechtigte eine Versicherungsanstalt der Reichsinvalidenversicherung ist, darin bestehen, daß durch die gleichzeitig mit der Hypothek für ein Baudarlehen bestellte Dienstbarkeit die Beleihung des Grundstücks zu einer Veranstaltung gemacht wird, die überwiegend der versicherungspflichtigen Bevölkerung zugute kommt.

2. ZBlFG. **13** 410 (Braunschweig). Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit erlischt, wenn sie für eine juristische Person bestellt ist, mit deren Erlöschen (§ 1090 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 1061 letzter Satz). . . . Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung erlischt aber mit der Konkurseröffnung nicht. Aufgelöst wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zwar (§ 60 Ziff. 4 GmbHG.) durch die Konkurseröffnung, aber das bedeutet nicht den Verlust der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und der Selbständigkeit ihres Vermögens. Die Gesellschaft bleibt vielmehr auch nach der Konkurseröffnung bis zur endgültigen Aufteilung ihres Vermögens dieselbe juristische Person (vgl. Jäger, KO.[2] § 213 Anm. 1 u. 8, auch **RG. 28** 130 ff.); nur ihr Zweckgebiet wird ein beschränkteres.

§ 1092. 1. SchlHolstAnz. **12** 241 (KG.). Ein Ausgedinge, das zum Teil aus beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, d. h. einem Wohnungsrecht und einem Rechte zur Benutzung des Gartens und des Brunnens besteht, ist mit Rücksicht auf § 1092 BGB. auch hinsichtlich der anderen dazu gehörenden Rechte, selbst wenn diese an sich übertragbar sein sollten, unübertragbar, falls das Ausgedinge nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit insoweit bildet, als die sämtlichen Ausgedingerechte dasselbe rechtliche Schicksal haben sollen (KGJ. **40** A 250). In jedem Falle folgt aus § 1092 BGB., daß das Ausgedinge insoweit unübertragbar ist, als es aus beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten besteht. Diese unübertragbaren Bestandteile des Ausgedinges können aber nicht zum Gesamtgute der Fahrnisgemeinschaft gehören. Denn nach § 1552 BGB. sind Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, eingebrachtes Gut der Ehegatten. Diese Vorschrift ist zwingendes Recht, so daß sie auch durch Ehevertrag nicht abgeändert werden kann.

2. SchlHolstAnz. **12** 67 (Kiel). Die auf deutsch-rechtlicher Grundlage entstandenen servitutartigen Gerechtsame sind der Ausübung nach nicht übertragbar.

3. Bovensiepen, DJZ. **12** 629. Zur Pfändbarkeit der Altenteilsprästationen.

4. S. auch unten § 1093 Ziff. 2.

§ 1093. 1. WürttZ. **12** 109 (Württ. JustMin. vom 13. November 1911). Darüber, ob bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, insbesondere bei Wohnungsrechten, eine Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen überhaupt möglich ist, besteht Streit (vgl. einerseits bejahend Güthe, GBO. [2] 1603; andererseits verneinend Predari, GBO. Anm. 1 zu § 48; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts § 207 Zusatz). Jedenfalls wird aber in der Regel der Wille der Beteiligten darauf gerichtet sein, mehrere selbständige Rechte zu bestellen. In diesem Falle sind daher die Rechte je unter einer besonderen Nummer nach der Reihenfolge ihres Ranges, bei gleichem Range unter Beifügung eines entsprechenden Vermerkes im Grundbuch einzutragen.

2. Josef, GruchotsBeitr. **56** 75 ff. (97): Das Altenteil enthält als Bestandteile Reallasten (verdinglichte Leibrenten) und Dienstbarkeiten. Eine Vorschrift, wonach die Übertragbarkeit des Altenteils nach einheitlichen Grundsätzen erfolgen müsse, gibt es nicht; die Übertragbarkeit der ganz verschiedenartigen einzelnen Bestandteile des Altenteils regelt sich also nach dem Rechtswesen dieser einzelnen Bestandteile. Soweit diese unübertragbar sind, sind sie, wenn die berechtigten Gatten in Gütergemeinschaft leben, vom Gesamtgute nach § 1439 ausgeschlossen, es besteht an diesen unübertragbaren Bestandteilen auch keine Gemeinschaft nach Bruchteilen, sondern es liegen zwei selbständige Berechtigungen vor. Daher hat die Ehescheidung auf Rechte dieser Art keinen Einfluß und keiner der früheren Gatten gegen den anderen einen Anspruch auf Aufhebung der nur tatsächlich bestehenden Gemeinschaft.... (99): Verspricht der Hofbesitzer altenteilsberechtigten Eheleuten die Besorgung des Begräbnisses, so liegen zwei selbständige Berechtigungen vor; das Versprechen geht also auf je eine Leistung an jeden der Gatten. Voraussetzung der Reallast ist dagegen nach § 1105, daß demselben Berechtigten wiederkehrende Leistungen versprochen werden. Daher kann das Begräbnisrecht nicht eingetragen werden. Der § 50 BGB. gestattet nur von der Bezeichnung der Altenteilsbestandteile, über deren Inhalt schon nach § 874 BGB. auf den Altenteilsvertrag Bezug genommen werden kann, abzusehen und beläßt es betreffs der Zulässigkeit der Eintragung bei der Vorschrift des § 1105.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1094. 1. **RG.** JW. **12** 196. Die dinglichen Vorkaufs- (Retrakt-, Näher-) Rechte haben sich aus dem Einspruchs- (Beispruchs-) Rechte der Blutsverwandten (nächsten Erben) entwickelt. Sie bilden nur die abgeschwächte Form des ursprünglichen Einspruchs- (Revokations-) Rechtes.

2. SchlHolstAnz. **12** 221 (KG.). Ein auf einem Rentengute für den preußischen Staat eingetragenes Wiederkaufsrecht erlischt mit der Erteilung des Zuschlags, wenn das Fortbestehen nicht in die Versteigerungsbedingungen aufgenommen ist.

3. **RG.** 7. 2. 12, WarnE. **12** 268, R. **12** 246. Wann ist ein Vorkaufsrecht des Erbzinsherren ein gesetzliches und wann ein vertragsmäßiges?

§ 1098. 1. R. **12** Nr. 3203 (BayObLG.). Auch beim dinglichen Vorkaufsrechte tritt der Vorkaufende nicht in die bereits geschehene Auflassung an den Käufer ein.... Es bedarf also — mangels einer abweichenden Vorschrift des BGB. — der Auflassung zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten auch dann, wenn die Auflassung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer schon erfolgt ist, als das Vorkaufsrecht ausgeübt wurde. Dies gilt auch für das dingliche Vorkaufsrecht; die Dinglichkeit des Vorkaufsrechts hat nur die Folge, daß der Eigentumsübertragungsanspruch des Vorkaufsberechtigten nicht vereitelt werden kann.

2. ElsLothZ. **12** 425 (Colmar). Die Mitteilung, die von dem Erbanteilsverkäufer über den Inhalt des von ihm mit dem Dritten geschlossenen Vertrags an den vorkaufsberechtigten Miterben zu richten ist, braucht nicht schriftlich abgefaßt, sie muß aber so vollständig sein, daß dieser über alle wesentlichen Bedingungen des Vertrags vergewissert wird. Eine solche Mitteilung des Bevollmächtigten des Erbanteilsverkäufers, die von dem Miterben nicht unverzüglich zurückgewiesen wird, ist selbst dann wirksam, wenn ihm der Bevollmächtigte seine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. Marcus, GruchotsBeitr. **56** 778. Die Behandlung einer auf mehreren Grundstücken lastenden Reallast im Zwangsversteigerungsverfahren. — Ein Beitrag zur Erläuterung der §§ 50, 51 ZVG.

§ 1107. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 166. Vgl. die Bemerkungen zu § 1134 BGB. und allgemein oben Ziff. 2 zu § 241 und die dortigen Verweisungen.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung hat sich zum Teil mit Fragen beschäftigt, die bereits in früheren Jahren wiederholt behandelt worden sind. So sind eine Reihe von Entscheidungen über den Fall ergangen, daß die einer Hypothek zugrunde liegende Forderung auf einem nichtigen Kaufvertrage beruht; der Streit bezieht sich in diesem Falle auf die Rechtswirksamkeit der Hypothek (§ 1113 Ziff. III 1—5). Ferner ist die Rechtsnatur des Zuschußdarlehens erörtert (§ 1115 Ziff. IV 4 a, b). Auch die Amortisationshypothek ist vom Standpunkte der rechtlich am meisten interessierenden Frage, in welchem Zeitpunkt eine solche Hypothek von dem Eigentümer erworben wird, zum Gegenstand eingehender Behandlung gemacht worden (§ 1163 Ziff. IV 1—5); hierbei ist auch die Rechtslehre beteiligt. Von besonderer Wichtigkeit aber sind eine Entscheidung des KG. über die Rechtsnatur der rückständigen Hypothenzinsen (§ 1115 Ziff. III 4) und zwei Entscheidungen, in denen das RG. neue Bahnen eingeschlagen hat. Die eine Entscheidung betrifft die Rechtsnatur der Arresthypothek in Verbindung mit der Frage, in welchen Fällen sie zur Eigentümerhypothek wird (§ 1163 Ziff. III 2 a); auch das KG. hat sich zu dieser Frage geäußert (§ 1163 Ziff. III 2 b). Die andere Entscheidung erörtert in eingehender Weise die außerordentlich streitige Frage, ob die Bestimmungen der §§ 1163 und 1168 BGB. auf die Grundschuld anzuwenden sind. Das RG. hat in dieser Entscheidung mit seiner Theorie der ins Leere fallenden Grundschuld gebrochen, aber die nicht valutierte Grundschuld auch nicht dem Eigentümer zugewiesen, sondern ihr Verbleiben in der Hand des Grundschuldgläubigers angenommen (§ 1192 Ziff. II 1, 2). Zu dieser Frage hat sich auch Kretzschmar geäußert; er hat sich im wesentlichen der Auffassung des RG. angeschlossen (§ 1192 Ziff. I, II 3—5). Im übrigen verdankt das Hypothekenrecht der Rechtswissenschaft nicht sehr erhebliche Förderung. Hinzuweisen ist hier nur auf die Ausführungen Eberhards über die Hypothekenzinsen (§ 1115 Ziff. III 1; § 1154 Ziff. 3), auf die an verschiedenen Stellen wiedergegebenen Darlegungen Buschs über das Recht der Hypothekenschuldurkunde und auf die Ansicht Hengstbergers über den Vertretungsbegriff im Treuhandverhältnisse (§ 1189 Ziff. 1).

Literatur: Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. — Busch, Das Recht der Hypothekenschuldurkunde (Abdruck der im ZBlFG. **12** erschienenen Abhandlung des Verfassers über das gleiche Thema). — Hengstberger, Stellvertretung und Treuhand im BGB., vorzüglich mit Rücksicht auf den § 1189 BGB. — Walsmann, Der Verzicht. — S. im übrigen die Literaturübersicht vor § 873 BGB.

Erster Titel. Hypothek.

§ 1113. I. Das Wesen der Hypothek. Die Entsch. des KG. in JDR. **10** zu § 1113 Ziff. I 1 auch KGJ. **41** 232.

II. Die Begründung der Hypothek. 1. **RG.** JW. **12** 296. Zur rechtsgeschäftlichen Begründung einer Hypothek ist nach § 873 BGB. außer der Eintragung Einigung des Grundstückseigentümers und des Gläubigers über die Hypothekbestellung erforderlich. Erfolgt die Eintragung ohne eine solche Einigung und kommt auch nachher eine Einigung nicht zustande, so entbehrt die Hypothek der Rechtswirksamkeit. Das Grundbuch ist durch die Eintragung unrichtig geworden und der Grundstückseigentümer kann von dem als Gläubiger Eingetragenen Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB. verlangen.

2. Jung, BayNotZ. **13** 14. Die Ehefrau kann für den Kaufschilling auf dem von ihr allein erkauften Grundstück ohne Zustimmung ihres Mannes Hypothek bestellen.

III. Rechtswirksamkeit der Hypothek (JDR. **6** zu § 1113 Ziff. III 1, **7** zu § 1113 Ziff. I 2, **8** zu § 1113 Ziff. II 4, **10** zu § 1113 Ziff. II 1. 1. **RG.** JW. **12** 203, DJZ. **12** 457. Es ist zu erwägen, ob die wirksame Entstehung der Hypothek überhaupt dadurch in Frage gestellt sein kann, daß die Beteiligten darüber einig gewesen sind, die Hypothek auch zu einem wider die guten Sitten verstoßenden Zwecke zu bestellen. Die Frage muß verneint werden, wenn man davon ausgeht, daß die Begründung einer Hypothek ein abstraktes, von dem Grundgeschäfte völlig unabhängiges Rechtsgeschäft darstellt, das zu seiner wirksamen Begründung außer der Eintragung nur eine rechtsbeständige Einigung erfordert, von der Widersittlichkeit des nach dem Grundgeschäfte verfolgten Zweckes dagegen unberührt bleibt (**RG. 68** 101, **70** 350). Jedenfalls kann unter Anwendung des § 139 BGB. auch nicht eine teilweise Ungültigkeit der Hypothek dann gefolgert werden, wenn anzunehmen ist, daß der Eigentümer die Hypothek voll auch dann für den Kredit bestellt haben würde, wenn er sich bewußt gewesen wäre, daß der nur hilfsweise verfolgte Nebenzweck nicht erreichbar sei.

2. **RG.** BayRpflZ. **12** 440. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Unsittlichkeit des Bordellkaufs, aus dem die anerkannte Forderung hergeleitet ist, und seine aus solcher Unsittlichkeit gefolgerte Nichtigkeit nicht ohne weiteres das Schuldanerkenntnis nichtig macht. Es befindet sich hier vollständig im Einklange mit der Rechtsprechung des RG. (vgl. **RG. 63** 185 f. Nr. 48, **68** 100/101 Nr. 28, **72** 63/64 Nr. 16; ferner in GruchotsBeitr. **52** 1066/1067, sowie V 75/10 vom 25. Januar 1911).

3. BayObLG. **13** 325 (BayObLG.). Der zum Zwecke des Fortbetriebs des Bordells geschlossene Kaufvertrag über ein Anwesen, in dem der Verkäufer ein Bordell betrieben hat, ist als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig. Die Nichtigkeit des Kaufvertrags ergreift die Kaufpreisforderung und die zu ihrer Sicherung bestellte Hypothek sowie die sonstigen zu ihrer Sicherung eingegangenen Rechtsgeschäfte, Bürgschaften und Garantieübernahmen. Die Nichtigkeit wirkt auch gegen den Erwerber der Kaufpreishypothek, wenn er die Tatsachen, welche die Nichtigkeit der Hypothek begründen, und die bezeichnete Rechtsfolge gekannt hat.

4. WürttRpflZ. **5** 153 (Stuttgart). Es ist anzunehmen, daß die Unsittlichkeit und darausfolgende Nichtigkeit des Kausalgeschäfts nicht auch die Nichtigkeit des sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfts nach sich zieht. Zwar hat das RG. in einem den § 138 Abs. 2 BGB. betreffenden Fall (**RG. 57** 96) im Hinblick auf den besonderen Inhalt dieser Gesetzesstelle, die Nichtigkeit der sachenrechtlichen Leistung des Bewucherten bejaht. Aber in Fällen, welche nach § 138 Abs. 1 BGB. zu beurteilen waren, insbesondere beim Kaufe von Bordellen, hat es stets angenommen, daß die

dem Grundgeschäft anhaftende Unsittlichkeit die Nichtigkeit des sachenrechtlichen Erfüllungsgeschäfts nicht zur Folge habe (**RG. 63** 184, **71** 432; s. auch **68** 100; JW. **07** 548). Und die Gründe, welche in anderen Fällen der Nichtigkeit des Grundgeschäfts zugleich zur Annahme der Nichtigkeit des Erfüllungs- und Leistungsgeschäfts vielfach führen (Komm. v. RGR. BGB. I, 111) treffen gerade für die Fälle des § 138 Abs. 1 nicht zu.

5. SächsRpflA. **12** 134 (LG. Dresden). Das RG. hat erkannt, daß eine schrankenlose Durchführung seines Standpunkts der Billigkeit widersprechen würde, und später (**RG. 71** 482) der Hypothekenklage wiederum stattgegeben, aber nicht unter Wiederherstellung der in **RG. 63** 179 gegebenen Gründe, sondern unter Zulassung einer besonderen Einrede der Arglist (exceptio doli), die der Berufung des Käufers auf die Nichtigkeit der Hypothekbestellung entgegenstehe, weil er das unsittlicherweise erworbene Haus behalten, trotzdem aber wegen der Unsittlichkeit von der Gegenleistung entbunden sein wolle. Das Gericht ist zu der Auffassung gelangt, daß es des Hilfsmittels der exceptio doli nicht erst bedarf, daß vielmehr der grundsätzliche Standpunkt, wie ihn das RG. in **RG. 63** 179 vertrat, trotz seiner späteren Preisgabe rechtlich haltbar ist und den Vorzug verdient. Das RG. hat hiergegen das Bedenken erhoben, daß die Hypothekbestellung keine „Leistung" im Sinne von § 817 BGB. sei, und daß bei Nichtigkeit der durch die Hypothek gesicherten Forderung das Hypothekenrecht als Eigentümergrundschuld in der Hand des Bestellers verblieben sei (**RG. 68** 103 ff.). Diese Annahmen erscheinen nicht genügend.

IV. Die Hypothekenforderung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 977, R. **12** Nr. 2047, JW. **12** 351, SchlHolstAnz. **12** 141. Ein Forderungsrecht ist auch dann noch keine Geldforderung im Sinne des § 1113 Abs. 1 BGB., obwohl es einen Geldbetrag zum Gegenstande hat, wenn es nicht auf Geldzahlung, sondern nur auf Vornahme eines Abzugs gerichtet ist. Wenn aber der Gläubiger vertragsmäßig auch dann gesichert werden sollte, wenn der Abzug aus irgendeinem Grunde bei der Feststellung der Entschädigung entweder überhaupt nicht oder nicht in der bedungenen Höhe gemacht werden sollte, dann erwächst eine Forderung auf Geldzahlung, die durch eine Hypothek nach Maßgabe der §§ 1113, 1184, 1190 BGB. gesichert werden kann und, entsprechend der zutreffend ausgelegten Abrede und Eintragungsbewilligung, gesichert worden ist. Daher ist die Eintragung einer Sicherungshypothek zugunsten einer Stadtgemeinde zulässig, wenn diese vertragsmäßig auf ihren Einspruch aus § 11 FluchtlG. vom 2. Juli 1875 gegen einen vom Eigentümer beabsichtigten Umbau seines Hauses verzichtet und der Eigentümer sich dagegen verpflichtet hat, den durch den Umbau geschaffenen Mehrwert des Hauses in bestimmter Höhe im Falle der Enteignung von der Entschädigungssumme abzuziehen.

2. a) SeuffBl. **12** 486 (KG.). Die Eigentümer eines Grundstücks erklärten notariell, daß sie dem Kaufmanne H. wegen Warenlieferungen und Darlehen die Summe von 6950 M. schulden und daß sie in betreff dieses Kapitals mit dem Gläubiger die folgende Einigung getroffen haben. . . . Es liegt ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. vor, dessen konstitutive Bedeutung dadurch nicht beeinträchtigt ist, daß es nur relativ abstrakt ist, nämlich eine allgemeine Beschreibung der Tatbestände enthält, aus denen die Schuld entsprungen ist (Mot. II, 688, KGJ. 22 A 308). Für die Forderung aus einem solchen Schuldanerkenntnisse kann eine Hypothek bestellt werden. **b)** HessRspr. **12** 321 (LG. Gießen). Das KG. hat in feststehender Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß die Forderung unter Angabe des Schuldverhältnisses in der Eintragungsbewilligung genau bezeichnet werden müsse, weil auch die Eintragung einer gewöhnlichen Hypothek nur für eine bestimmte konkret bezeichnete Forderung erfolgen dürfe. . . . Ein abstraktes Schuldanerkenntnis genügt aber zur Bezeichnung des Schuldgrundes; die Angabe des Verpflichtungs-

grundes, auf der das Schuldanerkenntnis beruht, ist nicht notwendig (Staudinger Anm. 5 a zu § 1115 BGB., Turnau-Förster Anm. 3 zu § 1115 BGB. und OLG. **16** 154).

3. Böhmer, ABürgR. **37** 205 ff. Trennung von Hypothek und Forderung.

§ 1114. **RG. 79** 392. Hypothek auf den Anteil eines Miterben an einem Nachlaßgrundstücke vor der Erbteilung nach preußischem Rechte.

§ 1115. I. Der Gläubiger. 1. KGJ. **42** 219, RJA. **12** 63 (KG.). Die Eintragung von unbekannten Erben als Berechtigten in das Grundbuch ist abzulehnen, wenn dem Grundbuchamte das Nichtvorhandensein eines Organs bekannt ist, das für die Erben das Recht erwerben kann.... Fehlt es an einem solchen Organe, so ist der nach §§ 873, 1153, 1154, 398 BGB. zu der Übertragung der Hypothek erforderliche Vertragsschluß rechtlich ausgeschlossen. Der Umschreibungsantrag richtet sich dann auf die Eintragung eines rechtlich unmöglichen Rechtsverhältnisses. Zu einer derartigen Eintragung wird der Grundbuchrichter durch die Bestimmungen der GBO. über das formelle Konsensprinzip (§§ 13, 19, 26) weder verpflichtet noch berechtigt (KGJ. **20** A 298, **39** A 246).

2. OLG. **24** 242 (KG.). Die zahlreichen Eintragungen, die sich in preußischen Grundbüchern auf den Namen nicht rechtsfähiger kommunaler Sparkassen finden, sind allerdings, da die Bezeichnung des Berechtigten in solchem Falle zwar rechtlich unzutreffend, der Berechtigte aber doch erkennbar ist, nicht ungültig und bewirken keine Unrichtigkeit des Grundbuchs.

3. **RG.** R. **12** 246. Als erlaubte Privatgesellschaft, die der Verein auch nach dem Inkrafttreten des BGB. geblieben ist (**RG. 51** 160 ff., **77** 19), kann er zwar nicht selbständiger Rechtsträger sein, aber es ist in der preußischen Rechtsprechung anerkannt, daß eine erlaubte Privatgesellschaft, d. h. die Gesamtheit ihrer Mitglieder als solche selbst oder durch Vertreter Besitz und Eigentum erwerben kann und daß dieser Erwerb (gleich dem Erwerbe des nicht rechtsfähigen Vereins: Planck, Anm. 3 f. zu § 54 BGB.) als Eigentum der jeweiligen Mitglieder der Gesellschaft anzusehen ist, sei es als Miteigentum zur gesamten Hand, sei es als durch die Zwecke des Vereins gebundenes Sondervermögen, an welchem den ausgeschiedenen Mitgliedern ein Anteil nicht zusteht (Striethorst **2** 259, **68** 341; v. Rönne, Ergänzungen [7] Anm. 2 zu den §§ 13, 14 Teil II Tit. 6 ALR.).

4. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 139. In Preußen kann auch die Firma des Einzelkaufmanns als Berechtigte in das Grundbuch eingetragen werden, wenn auch von Anträgen nach dieser Richtung wegen der späteren Schwierigkeiten aus dem Über- oder Untergange der Firma und in Erbfällen dringend abzuraten ist. § 4 Vf. vom 20. November 1899 enthält nur eine Beispielsaufzählung, aber kein Verbot der Eintragung anderer Träger von Rechten. Wenn in seiner Aufzählung der zulässigen Eintragungen ein Verbot anderer läge, so ist nicht ersichtlich, warum die nicht aufgezählten Eintragungen für „die unbekannten Abkömmlinge oder Erben des N. N." oder die unbekannten Beteiligten an dem Nachlasse des N. N." zulässig sein können, wie Rechtsprechung und Praxis annehmen. — S. jedoch **RG. 72** 40 und Güthe GBO.[2] 1506. Das RG. hält jedoch an sich die Einzelfirmen dort für eintragungsfähig, wo kein Verbot besteht.

5. KGJ. **42** 179 (KG.). Unter „Stand" im Sinne der PrMinVf. vom 20. November 1899 zur Ausführung der GBO. ist weder der Familienstand noch der Stand im Sinne der älteren, noch vom PrALR. anerkannten Ständegliederung (Bauer-, Bürger-, Adelsstand), sondern der soziale Stand, die Stellung im bürgerlichen Leben zu verstehen. Die Angabe „Graf" oder „Gräfin" ist danach keine ausreichende Standesbezeichnung.... Die Frau teilt den Beruf des Mannes im Rechtssinne nicht.... Die Ehefrau teilt dagegen den sozialen Stand des Ehemanns.... Übt der Ehe-

mann einen Beruf aus, so wird hiernach der Stand der Ehefrau gekennzeichnet durch den Hinweis auf den Beruf des Ehemanns.

6. ElsLothNotZ. **12** 24 (LG. Straßburg). Da die Eintragung in das Grundbuch bezweckt, die Person des Eingetragenen unzweideutig festzustellen, hat dieser kein Recht, die Eintragung des in seiner Geburtsurkunde eingeschriebenen französischen Vornamens zu verlangen, wenn diesem ein allgemein gebrauchter, bestimmter deutscher Vorname entspricht. Ist dies aber nicht der Fall und wird wegen Häufigkeit des Zunamens der französische Vorname auch stets im Verkehre zur Personbezeichnung gebraucht, so hat dessen Träger ein Recht, die Eintragung des französischen Vornamens zu verlangen.

7. **RG. 79** 74. Eine Hypothek ist, wie das RG. schon mehrfach ausgesprochen hat, nicht deshalb nichtig oder anfechtbar, weil der Gläubiger nicht ganz richtig bezeichnet, die Hypothek z. B. der Kürze halber für den Bevollmächtigten statt für den Geschäftsherrn oder nur für einen, statt, wie gewollt, für mehrere Gläubiger bestellt ist.

II. Der Schuldner. 1. Busch, ZBlFG. **12** 693 ff. (694). Schuldner der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung wird regelmäßig der Eigentümer des belasteten Grundstücks sein, doch ist dies kein begriffliches Erfordernis der Hypothek, diese kann vielmehr vom Eigentümer auch für die Schuld einer anderen Person bestellt werden.

2. BadRpr. **12** 251 (Karlsruhe). Durch unrichtige Angabe des Schuldgrundes und durch Nichtangabe des richtigen Schuldners bei der Hypothekenbewilligung wird die eingetragene Hypothek nicht unwirksam.

III. Der Zinssatz. 1. Eberhard, GruchotsBeitr. **56** 30 ff. (32): Das Entstehen einer Zinsforderung ist von dem Bestehen einer Hauptforderung abhängig. Wo keine Hauptforderung ist, gibt es auch keine Forderung auf Zinsen, und mit dem Erlöschen der Hauptforderung erlischt die Möglichkeit, daß fernerhin Zinsen zur En stehung gelangen (vgl. jedoch die positive Ausnahme des § 803 BGB.). . . . (33): Ist aber die Zinsforderung entstanden, so hat sie juristisch eine vollkommen selbständige Existenz und eigene Lebenskraft, wie jede andere Forderung auch. . . . (35): Insoweit Zinsen für die künftige Zeit zu leisten sind, ist eine Forderung noch nicht vorhanden, aber der Grund für die Entstehung einer solchen ist bereits gelegt, es bedarf nur des momentanen Verstreichens der Zeit, und sie gelangt auf Grund der Zinsbestimmung zur Entstehung. Diese demnächstige Forderung ist jedoch im Verhältnisse zur ursprünglichen Zinsforderung nicht eine selbständige mit selbständigem Entstehungsgrunde, sondern nur ein Bestandteil der einen einheitlichen Zinsforderung, die mit dem Inkrafttreten der Zinsbestimmung entsteht und mit dem weiteren Verlaufe der Zeit nur inhaltlich wächst. . . . Dadurch, daß die ursprüngliche Zinsforderung getilgt wird, erlangt die demnächst entstehende Zinsforderung, die ohne die Tilgung der ursprünglichen Zinsforderung nur ein Teil dieser sein würde, im Verhältnisse zu ihr volle Selbständigkeit, und die Rechtslage ist jetzt genau dieselbe, wie wenn die Bestimmung erst im gegenwärtigen Zeitpunkt in Kraft getreten wäre. . . . (36): Auf dieser Teilbarkeit der Zinsforderungen beruht der Unterschied zwischen fälligen, laufenden und künftigen Zinsen. Um nämlich in dies ungehemmte Fortwachsen der einen Zinsforderung Ordnung und Gliederung zu bringen und um der Zinsforderung im Wirtschaftsleben praktische Brauchbarkeit und Verwendbarkeit zu verleihen, wird die eine Zinsforderung durch die schöpferische Kraft des menschlichen Willens von vornherein in eine Reihe von Zinsforderungen zerlegt, indem bestimmt wird, daß die Zinsen nur bis zu fest bestimmten, regelmäßig wiederkehrenden Zeitpunkten anwachsen sollen, und daß mit jedem dieser Zeitpunkte eine neue Zinsforderung entstehen soll. . . . (48): In der Belastung des Hauptforderungs-

rechts liegt nicht eine Abtretung der einzelnen Zinsforderungen, sondern diese werden mit ihrer Entstehung infolge der Belastung des Hauptforderungsrechts, ohne durch die Person des Hauptgläubigers hindurch zu gehen, sofort in der Person des Inhabers des belastenden Rechtes existent. Sie sind bei dem ersteren niemals vorhanden gewesen, sondern sind mit ihrer Entstehung sofort von letzterem erworben und zwar auf Grund seines Rechtes originär durch Separation, in der gleichen Weise wie sie vom Gläubiger der Hauptforderung ohne die Belastung erworben sein würden. . . . (49): Es ist weiter die Frage zu beantworten, von welchem Zeitpunkt an die Zinsforderungen durch die Belastung des Hauptforderungsrechts ergriffen werden. In dieser Hinsicht gilt dasselbe wie bei der Abtretung, es entscheidet also grundsätzlich der Moment des Eintritts der Belastung. Die nach diesem Zeitpunkt entstehenden Zinsforderungen, also insbesondere der für den künftigen Rest der laufenden Zinsperiode geschuldete Teil der laufenden Zinsen und die künftigen Zinsen wachsen dem Inhaber des belastenden Rechtes zu. Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Verwillkürung wird auch, wie sich aus den bei der Abtretung dargelegten Gründen ergibt, anzunehmen sein, daß der Inhaber des belastenden Rechtes auch den zur Zeit der Belastung bereits entstandenen Teil der Forderung auf laufende Zinsen als Gläubiger erhalten soll. Es liegt dann in Ansehung dieses Teiles konstruktiv eine Abtretung vor.

2. Busch, ZBlFG. **12** 693 ff. (708). Einzutragen ist gemäß § 1115 BGB. der Zinssatz der Hypothek. Zinssatz ist nach der Ausdrucksweise des BGB. gleichbedeutend mit Zinsfuß. Unter Zinsfuß versteht man das Verhältnis der Zinsen zu der Kapitalsumme, von welcher die Zinsen zu entrichten sind. Dieses Verhältnis wird regelmäßig auf die Kapitaleinheit von 100 berechnet und der Zins hierfür (genannt Prozent = für 100) auf die Dauer eines Jahres bestimmt. Doch ist nicht unbedingt notwendig, daß der Zinssatz in Prozenten des Anlagekapitals ausgedrückt wird. Es genügt, wenn in der Schuldurkunde der Betrag der in bestimmten Zeitabschnitten als Zinsen zu entrichtenden Geldsumme angegeben und demgemäß der Eintrag im Grundbuche bewirkt wird (20 000 M. Darlehen mit einer Zinsvergütung von jährlich 1000 M. zahlbar in gleichen Teilen von 250 M.).

3. Busch, ZBlFG. **12** 710. Die Haftung des Grundstücks für die Hypothekenzinsen ist zeitlich nicht beschränkt. Eine Grenze dieser Haftung bildet allerdings die Verjährung. Ansprüche auf Rückstände von Zinsen verjähren nach § 197 BGB. in vier Jahren. Die Verjährung beginnt gemäß § 201 BGB. mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die Zinsen fällig geworden sind. Mit der Verjährung der Zinsen hört nach § 223 Abs. 3 BGB. auch das Recht des Gläubigers auf, Befriedigung wegen der Zinsen aus dem verhafteten Grundstücke zu suchen. Aber die Verjährung tritt nur ein im Verhältnisse zwischen Hypothekengläubiger und Eigentümer. Sie ist ein Recht des Eigentümers, das ohne Geltendmachung nicht berücksichtigt wird.

4. KGJ. **42** 248 (KG.). Das BGB. enthält eine Reihe von Vorschriften, die sich mit den rückständigen Hypothekenzinsen befassen. Es sind dies § 902 Abs. 1 Satz 2, § 1145 Abs. 2 § 1159, § 1160 Abs. 3 und § 1178, dazu treten noch der § 830 Abs. 3 und der § 837 Abs. 2 ZPO. . . . Das Grundstück, das mit einer Hypothek belastet wird, haftet nicht nur für die Hauptforderung, sondern auch für die Zinsen der Forderung. Dies bringt das Gesetz dadurch zum Ausdrucke, daß es im § 1115 Abs. 1 BGB. im Falle der Verzinslichkeit der Forderung die Eintragung des Zinssatzes vorschreibt und im § 1118 BGB. bestimmt, daß kraft der Hypothek das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung haftet. Diese Haftung bleibt auch dann, wenn die Zinsen rückständig geworden sind, bestehen, bis entweder die Hypothek für die Hauptforderung aufgehoben und gelöscht ist — dies

folgt aus dem Grundsatze der Abhängigkeit der Zinsforderung von der Hauptforderung (s. KG. 15. 1. 12, 1. X. 461/11) —, oder bis die Hypothek für die Rückstände sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, also namentlich von dem Eigentümer bezahlt wird (§ 1178 Abs. 1 BGB.) oder durch Verzicht des Gläubigers erlischt (§ 1178 Abs. 2 BGB.). Besteht hiernach zwar das dingliche Recht für die rückständigen Zinsen ebenso weiter, wie es für die künftigen Zinsen, d. h. für das Zinsrecht als solches (s. **RG. 74** 80, KGJ. **40** 143) von vornherein bestanden hat, so folgt daraus doch keineswegs, daß die Rechtslage für die rückständigen Zinsen auch in allen sonstigen Beziehungen die gleiche ist wie die Rechtslage für das Zinsrecht als solches. Vielmehr wird durch die für die rückständigen Zinsen gegebenen, oben angeführten Sonderbestimmungen eine Reihe von Abweichungen geschaffen. . . . . Allen diesen Vorschriften liegt ein einheitlicher Gedanke zugrunde. Dieser geht dahin, daß das Grundbuch zwar über das Zinsrecht im ganzen, nicht aber über die einzelnen Zinsbeträge von dem Augenblick ihrer Fälligkeit ab, d. h. über die einzelnen rückständigen Zinsbeträge Auskunft gibt und Auskunft zu geben bestimmt ist. Darum hindert der Umstand, daß die rückständigen Zinsen dinglich gesichert bleiben, nicht ihre Verjährung, darum richtet sich die Abtretung, Pfändung und Überweisung von Zinsrückständen und der Verzicht auf sie nicht nach grundbuchrechtlichen Grundsätzen, darum findet der § 892 BGB. auf sie keine Anwendung, darum können sie nicht Gegenstand der Eigentümerhypothek sein, und darum haben für sie der Hypothekenbrief und die Urkunden des § 1155 BGB. keine Bedeutung. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß jener Grundgedanke in gewissem Gegensatze zu dem oben entwickelten Rechtssatze der dinglichen Weiterhaftung des Grundstücks für die rückständigen Zinsen steht. Indes hat der Gesetzgeber diesen Widerspruch offenbar mit Rücksicht auf die praktischen Erwägungen in Kauf genommen, die für die von ihm gewählte Regelung sprechen. Denn es würde die Gefahr einer erheblichen Überfüllung und Unübersichtlichkeit des Grundbuchs entstehen, wenn das Vorhandensein und die rechtlichen Schicksale jedes einzelnen Zinsrückstandes zum Gegenstand einer Eintragung gemacht werden dürften. Es könnte alsdann das Grundbuch dazu benutzt werden, bei jeder Hypothek oder Grundschuld die nicht rechtzeitige Bezahlung jedes fälligen Zinsbetrags, die Abtretung, Pfändung und Überweisung dieses Zinsbetrags und seine spätere Tilgung durch Bezahlung, Aufrechnung, Verzicht usw. oder seinen Übergang auf den Eigentümer im Falle des § 1178 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu vermerken. . . . Aus diesen Gründen ergibt sich mit Notwendigkeit die Auffassung, daß die Abtretung von rückständigen Zinsen nicht in das Grundbuch eingetragen werden darf. . . . Aus den gleichen Erwägungen rechtfertigt sich auch die Annahme, daß der Rangrücktritt des Zinsrückstandes nicht eintragungsfähig ist.

5. Busch, aaO. 709. Der Angabe des Anfangstags der Verzinsung bedarf es nicht (**RG. 62** 379). . . . Ist der Anfangstag der Verzinsung überhaupt nicht eingetragen, so können Zinsen frühestens vom Tage der Eintragung aus dem Grundstücke gefordert werden.

6. a) ElsLothNotZ. **12** 337 (LG. Straßburg). Die Eintragung der bedungenen Zinsfußerhöhung im Falle des Zahlungsrückstandes, sei es der Zinsen oder der Hauptsache, in das Grundbuch ist zulässig. b) ElsLothNotZ. **12** 141 (LG. Straßburg). Die Bestimmung in einer Hypothekbestellung, daß der vereinbarte Zinsfuß für den Fall der nicht pünktlichen Zahlung auf einen bestimmten Betrag sich erhöht, muß, wenn ihre Eintragung bewilligt ist, in das Grundbuch eingetragen werden.

7. Busch, ZBlFG. **12** 729 ff. (733). Über die Rechtsnatur der Strafzinsen hat die Rechtsprechung des KG. geschwankt. In der Entscheidung vom 21. Mai 1900 (ZBlFG. **1** 197 ff., RJA. **1** 79) ist die erhöhte Zinsverpflichtung nicht als Nebenleistung, deren Geldbetrag nach § 1115 BGB. im Grundbuch anzugeben ist, sondern als eine den Zinssatz betreffende Veredung aufgefaßt worden.

Unter dem 22. März 1906 dagegen (ZBlFG. 7 171 ff., RJA. 7 154, OLG. 14 97) hat das KG. die Strafzinsen für Konventionalstrafen erklärt, nur daß diese in einer Erhöhung des Zinsfußes ausgedrückt sind. Deutlicher noch ist der zweite Standpunkt, vertreten in der Entscheidung vom 8. Februar 1906 (OLG. 12 284, ZBlFG. 6 905 Nr. 937), die ausspricht, daß sich der Charakter der Strafzinsen als Vertragsstrafen nicht dadurch ändert, daß ihre Höhe in Prozenten des angelegten Kapitals ausgedrückt wird. Praktische Bedeutung hat die Streitfrage nach der Rechtsnatur der Strafzinsen für den Fall, daß nachträglich die Erhöhung der festgesetzten Zinsen vereinbart wird. Sind die Strafzinsen Nebenleistungen, so findet auf sie § 1119 BGB. keine Anwendung, nach welchem ohne Zustimmung der nachberechtigten Hypothekengläubiger Erhöhung der ursprünglich bedungenen Zinsen bis zu 5 pCt. zulässig ist. Es müßten also die Nachgläubiger jeder späteren Erhöhung der Strafzinsen, auch wenn diese den Betrag von 5 pCt. nicht erreicht, zustimmen. Wegen der ungewöhnlichen Rechtsfolge ist wohl richtigerweise anzunehmen, daß die Strafzinsen lediglich als eine Erweiterung der Zinspflicht aufzufassen sind (s. hierzu die Abhandlung in DJZ. 08 585). Auch sind die Strafzinsen nichts anderes als eine für einen bestimmten Fall bedingte Erhöhung der gewöhnlichen Zinsen (RG. 37 276), und aus dieser Auffassung heraus folgt, daß, wenn sie auch Strafeigenschaft haben, doch diese nur den Zweck ihrer Festsetzung, nicht aber ihre rechtliche Natur berührt.

8. Busch, ZBlFG. 12 693 ff. (709). Durch Bezeichnung der Grenzen der Zinsverpflichtung ist auch möglich die Eintragung der Verbindlichkeit des Schuldners, ein Darlehen zum jeweiligen Bankdiskont zu verzinsen, deren ausdrückliche Aufnahme im Grundbuche wegen Unbestimmtheit des Zinssatzes infolge dauernden Wechsels des Diskonts nicht gestattet ist.

9. HansGZ. 12 Beibl. 217, BayNotZ. 12 390 (Hamburg). Wenn sich auch die Bewilligung einer Erhöhung der Zinsen einer Hypothek und der Antrag auf Eintragung dieser Erhöhung ins Grundbuch, allgemein gesprochen, ohne Zweifel als eine Verfügung über das Grundstück darstellt, so ist es doch der richterlichen Auslegung mitnichten verwehrt, zu fragen, ob jene Akte als eine Verfügung über das Grundstück im Sinne des § 1445 BGB. anzusehen sind. Die Entscheidung des OLG. Hamburg vom 8. März 1909 gelangt dazu, diese Frage für den Regelfall zu verneinen. Sie führt aus, daß §§ 1444—1446 Ausnahmen von dem dem Manne und der Witwe durch §§ 1443 u. 1487 gewährten Recht der Verwaltung des Gesamtguts und der Verfügung über dieses sind und daß diesen Ausnahmen gemeinsam ist, daß sie Geschäfte im Auge haben, die einerseits regelmäßig nicht zur laufenden Verwaltung gehören und andererseits für die übrigen Beteiligten der Gütergemeinschaft leichter von erheblicher Bedeutung sein können. Bei der Zinserhöhung sei dies regelmäßig nicht der Fall. Es handele sich nicht um eine Belastung mit einem neuen Rechte, sondern um die Erweiterung und Änderung eines bestehenden Rechtes im Rahmen der laufenden Verwaltung. Daher rechtfertige es sich, als Regel festzustellen, daß es bei der Hypothek für die Eintragung einer Zinserhöhung der Zustimmung der Abkömmlinge nicht bedürfe. An dieser Entscheidung ist festzuhalten.

10. ElsLothNotZ. 12 260 (Colmar). Die in einem Annuitätendarlehnsvertrage zugunsten einer Kreditanstalt von dem Schuldner übernommenen Verpflichtungen, in bestimmten Jahren einen erhöhten Zins zu bezahlen und im Falle von verspäteten oder vorzeitigen Zahlungen bestimmte Beträge zu entrichten, sind nur dann hypothekarisch gesichert, wenn die Zinsfußerhöhungen und die Nebenleistungen der Eintragungsbewilligung entsprechend in das Grundbuch eingetragen sind. Bezüglich der Nebenleistungen genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, wenn sie satzungsgemäß zu ent-

richten sind und die Satzung von der zuständigen Behörde bekannt gemacht und dies dem Grundbuchamte nachgewiesen ist.

11. Westheimer, JW. **12** 505. Die selbständige Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des Zinsgenußrechts, sowie die Zulässigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs im Zinsgenußrecht ist zu bejahen. ... Die Abtretung noch nicht fälliger Zinsen richtet sich nach den für die Abtretung der Hauptforderung geltenden Regeln (**RG. 72** 364). Gemäß § 1154 ist also bei der Briefhypothek, außer schriftlicher Abtretungserklärung (die zweckmäßig mit Rücksicht auf § 1155 BGB. zu beglaubigen ist) oder deren Ersatz durch Grundbucheintrag, entweder der Stammbrief zu übergeben und Mitbesitz daran einzuräumen (**RG. 69** 39, RJA. **2** 85, **6** 64) oder ein Teilhypothekenbrief (§ 61 GBO.) zu übergeben, der über das abgetretene Zinsrecht hergestellt wird. Nur die Übertragung von Zinsrückständen bestimmt sich gemäß § 1159 Abs. 1 nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Zur Abtretung des Zinsrechts bei der Buchhypothek genügt Einigung und Eintragung (§§ 1154 Abs. 3, 873). Für die Pfändung des Zinsgenußrechts gelten gemäß § 830 ZPO. entsprechende Regeln.... Ist ein Nießbrauch am Zinsrecht oder der verzinslichen Hypothekenforderung bestellt (§§ 1073, 1076), so vollzieht sich die Pfändung — die gemäß § 1059 BGB., § 857 Abs. 3 ZPO. nur das Recht auf Ausübung ergreift — zwar lediglich außerhalb des Grundbuchs durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Hypothekengläubiger. Mit der herrschenden Meinung ist davon auszugehen, daß die Pfändung nicht den Nießbrauch, sondern nur deren Ausübung ergreift (vgl. die in **RG. 74** 84 zitierte Literatur). Immerhin genügt die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Hypothekengläubiger weder bei der Buchhypothek noch bei der Briefhypothek zur wirksamen Durchführung der Pfändung. An den Nießbraucher ist das Gebot zu richten, sich jeder Verfügung über das gepfändete Zinsrecht zu enthalten (§§ 857 Abs. 1, 829 ZPO.). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ermöglicht es aber dennoch dem Schuldner, sein Recht durch Aufgabeerklärung gemäß §§ 1072, 1064 BGB. oder Löschungsbewilligung aufzuheben. Das gerichtliche Verfügungsverbot ist demgemäß bei der Buchhypothek wie bei der Briefhypothek im Grundbuch einzutragen (§§ 135, 136, 892 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

12. Die Entsch. des KG. JFR. **10** zu § 1115 Ziff. II 1 a auch OLG. **24** 2.

IV. Nebenleistungen. 1. Busch, ZBlFG. **12** 729 ff. Gegenstand von Nebenleistungen können nur Geldforderungen sein. Dies folgt schon aus der Bestimmung des Gesetzes, daß ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden muß. Die Rechtsprechung des KG. hat auch daran festgehalten, daß rein persönliche Verpflichtungen des Grundstückseigentümers anderer Art nicht als Nebenleistungen eintragsfähig sind, selbst wenn sie dazu bestimmt sind, dem Interesse der Hypothek zu dienen. Die in den Schuldurkunden vielfach üblichen, entweder vom Gesetz als dinglich überhaupt nicht anerkannten Verpflichtungen (wie z. B. der Nachweis über die fortgesetzte Feuerversicherung des Grundstücks durch Einsendung des Versicherungsscheins) oder gesetzlich anderweit der dinglichen Sicherung fähigen Verbindlichkeiten (wie z. B. die Gestattung des Zutritts des Gläubigers behufs jederzeitiger Besichtigung des Grundstücks) dürfen nicht zu einem unselbständigen Bestandteile der Hypothek gemacht werden. Zulässig ist es aber, diese bloß persönlichen Verpflichtungen des Eigentümers für den Fall ihrer Nichteinhaltung als Fälligkeitsbedingungen der Hypothek auszustatten und auf die Weise ihre Eintragbarkeit herbeizuführen.

2. KGJ. **42** 256 (KG.). Der Geldbetrag der Nebenleistung einer Hypothek kann nicht nur durch Angabe einer Anzahl von Währungseinheiten, sondern auch durch die Angabe der Umstände bestimmt werden, aus denen eine solche Zahl sich berechnen läßt. Im zweiten Falle müssen im Grund-

buche die einzelnen maßgebenden Umstände ausdrücklich, also nicht durch Bezugnahme, eingetragen werden.

3. Busch, ZBlFG. **12** 729 (731). Wie es gestattet ist, durch Erhöhung des Zinsfußes den Umfang der Hypothekenbelastung zu erweitern, so ist auch eine Erweiterung der Hypothekenhaftung durch nachträgliche Festsetzung anderer nicht in Zinsen bestehenden Nebenleistungen statthaft. Hierzu wird grundbuchmäßig außer der Einwilligung des Eigentümers und des Gläubigers die Zustimmung der gleich- und nacheingetragenen Berechtigten gefordert, wenn die nachträglich bedungenen Nebenleistungen den Rang der Hypothek teilen sollen.

4. Zuschußdarlehen (s. JDR. **10** zu § 1115 Ziff. III 1). a) **RG.** 22. 3. 12, **79** 124. Das Zuschußkapital nebst Zinsen stellt nicht einen Teil des allein im Grundbuch eingetragenen Pfandbriefdarlehens, vielmehr neben diesem ein zweites selbständiges, von dem Pfandbriefdarlehen unabhängiges Darlehen dar. Es wird daher von der hypothekarischen Eintragung des Pfandbriefdarlehens nicht mit umfaßt, kann vielmehr nur durch Eintragung an besonderer Stelle im Grundbuche hypothekarisch gesichert werden. . . . Das Pfandbriefdarlehen bedarf für sich allein seiner Natur nach zu seiner vollen Sicherung der Eintragung einer Hypothek in Höhe des Nennbetrags der Pfandbriefe, so daß die Eintragung dieses Nennbetrags selbst dann nicht zur Sicherung des Zuschußdarlehens bestimmt ist, wenn in einem gegebenen Zeitpunkte der Kurswert der Pfandbriefe deren Nennwert nicht erreicht. . . . Es kann dahingestellt bleiben, ob die auf Tilgungszuschußdarlehen zu zahlenden Jahreszahlungen als Nebenleistungen des Pfandbriefdarlehens angesehen werden können (KGJ. **33** A 248, 249). Denn auch wenn sie als solche angesehen werden, so bedarf es doch zu ihrer hypothekarischen Sicherung gemäß § 1115 Abs. 1 BGB. der Eintragung ihres Geldbetrags in das Grundbuch. Die Bezugnahme auf die Satzung der Landschaft gemäß § 1115 Abs. 2 BGB. genügt hier, wo lediglich ein Pfandbriefdarlehen eingetragen ist, nicht, weil die hier fraglichen Jahreszahlungen nicht für jedes Pfandbriefdarlehen festgesetzt sind, sondern lediglich für den Fall, daß die nach der Satzung nur zulässige Gewährung eines Kursdifferenzzuschusses tatsächlich erfolgt ist, so daß jene Jahreszahlungen sich nicht aus der Satzung als solcher als Leistungen des Schuldners des Pfandbriefdarlehens ergeben. . . . Wenn der § 60 Abs. 3 der Satzung der Landschaft bestimmt, daß, solange der gewährte bare Zuschuß noch ungetilgt ist, „die völlige Abtragung des Pfandbriefdarlehens nur erfolgen darf, sofern auch dieser Zuschuß nebst den Zinsen bis zum Zahlungstage bar gezahlt wird", so ist diese Bestimmung nicht infolge der Eintragung des Pfandbriefdarlehens gegen jeden Grundstückseigentümer wirksam geworden. Sie enthält nicht eine bloße Rückzahlungsbedingung des Pfandbriefdarlehens, die schon durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung dingliche Wirksamkeit erlangen könnte. Sie legt vielmehr dem Schuldner des Pfandbriefdarlehens, der dieses Darlehen abtragen will, eine Mehrleistungspflicht auf, durch die ihm das aus dem Wesen jenes Darlehens an sich folgende Recht, es durch Rückzahlung lediglich des seinen Gegenstand bildenden Betrags zum Erlöschen zu bringen, beschränkt wird. Seine Mehrleistung besteht darin, daß seine Befreiung von der Haftung für das Pfandbriefdarlehen durch dessen Abtragung abhängig gemacht wird davon, daß er auch den Betrag des Zuschußkapitals nebst Zinsen, also ein zweites selbständiges Darlehen der Landschaft zurückzahlt. Wäre jeder Eigentümer eines lediglich mit dem Pfandbriefdarlehen belasteten Grundstücks zu jener Mehrleistung verpflichtet, so käme dies einer bedingten Haftung des Grundstücks für das Zuschußkapital nebst Zinsen gleich. Eine solche Haftung kann aber, wie bereits erwähnt, nur durch hypothekarische Eintragung des Zuschußdarlehens an besonderer Stelle im Grundbuche herbeigeführt werden. Als satzungsgemäß zu entrichtende Nebenleistung des Pfand-

briefdarlehens, die nach § 1115 Abs. 2 BGB. durch bloße Bezugnahme auf die Satzung der Landschaft schon durch die Eintragung des Pfandbriefdarlehens dinglich gesichert werden könnte, kann die Zurückzahlung eines weiteren Darlehnskapitals nebst Zinsen keinesfalls angesehen werden, wenn sie nicht allmählich in Prozenten des Pfandbriefdarlehens, sondern auf einmal erfolgen soll (KGJ. **16** 136, 137, OLG. **5** 157). **b)** **RG.** SchlHolstAnz. **12** 233. Auf Grund der Eintragung einer Hypothek für ein Pfandbriefdalehen haftet das Grundstück noch nicht für ein neben dem Kapital gewährtes Kursdifferenzzuschußdarlehen. Es bedarf hierzu vielmehr auch noch der Eintragung einer Hypothek für dieses zweite Darlehen.

V. Zahlungsbedingungen. 1. Busch, ZBlFG. **12** 795. Wenig häufig sind in den Hypothekenschuldurkunden die Zahlungs- und Rückzahlungsbedingungen. Im allgemeinen genügen die gesetzlichen Vorschriften. Nach § 269 BGB. ist der Erfüllungsort für die Verpflichtung des Hypothekenschuldners zur Zahlung der laufenden Zinsen und zur Zurückgewährung des Kapitals der Wohnort des Hypothekenschuldners zur Zeit des Abschlusses des Darlehnsvertrags. Nur ist der Hypothekenschuldner gemäß § 270 BGB. verpflichtet, das Geld auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnort zu übermitteln. Bei Hypothekendarlehen und öffentlichen Kassen pflegt die Bestimmung getroffen zu werden, daß die Zahlung im Kassenlokale zu leisten ist. Öfters wird auch dem Gläubiger vorbehalten, die Wahl zu treffen, wo der Schuldner die Zahlung zu leisten hat, ob an dem Wohnorte des Gläubigers oder an einem anderen dem Gläubiger genehmen Orte. Auch die Zahlungszeit bestimmt sich ohne weiteres nach den gesetzlichen Vorschriften (§§ 271 u. 609 BGB.). Regelmäßig ist die Zeit der Leistung kalendermäßig festgelegt (Zinsen) oder kalendermäßig zu berechnen (Ablauf der Kündigungsfrist bei der Kapitalkündigung).

2. PosMSchr. **12** 36 (KG.). Der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks kann die späteren Eigentümer nur dann mitverpflichten, wenn diese Verpflichtung in der Form eines dinglichen Rechtes erfolgt. Sonst kann er nur sich persönlich verbinden, die fragliche Verpflichtung nicht nur während seiner Eigentumszeit selbst zu erfüllen, sondern auch dafür einzustehen, daß seine Rechtsnachfolger im Eigentume des Grundstücks die Verpflichtung ihrerseits erfüllen. Eine persönliche Verpflichtung zu Lasten Dritter zu begründen, widerspricht dem obersten Grundsatze des Rechtes der Schuldverhältnisse, d. h. dem Grundsatze, daß ein Schuldverhältnis nur zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner Rechtsbeziehungen schafft. Einer persönlichen Verpflichtung zu Lasten Dritter kann daher auch nicht durch Eintragung Rechtswirksamkeit verschafft werden, soweit nicht das Gesetz hierfür die Form eines dinglichen Rechtes, also namentlich die Form der Reallast, zur Verfügung stellt. Hierdurch wird die auf die Verletzung einer solchen persönlichen Verpflichtung sich stützende Zahlungsbedingung nicht wertlos. Denn da, wie bemerkt, der Eigentümer, der die Verpflichtung für sich begründet, damit zugleich verspricht, dafür einzustehen, daß auch seine Rechtsnachfolger im Eigentume des Grundstücks die Verpflichtung erfüllen, so tritt die Zahlungsbedingung auch dann in Kraft, wenn einer dieser Rechtsnachfolger die Verpflichtung nicht erfüllt. Darin zeigt sich die dingliche Bedeutung der Zahlungsbedingung. Ein weiteres Interesse hat der Hypothekengläubiger als dinglich Berechtigter nicht. Ob der Rechtsnachfolger des persönlichen Schuldners im Eigentume des Grundstücks auch persönlich für die Verpflichtung des Schuldners haftet — eine solche Haftung kann nur durch Schuldübernahme begründet werden —, betrifft nur die persönlichen Beziehungen zwischen dem Darlehnsgläubiger und dem Rechtsnachfolger, ist also namentlich für die Entstehung von Schadensersatzansprüchen von Bedeutung, hat dagegen für das dingliche Recht keinerlei Interesse.

3. Busch, ZBlFG. 12 779. Die fristlose Kündigung (sofortige Fälligkeit) wird namentlich für folgende Fälle vereinbart: Unpünktliche Zinszahlung, Versicherungsgefährdung, Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks, Konkurs des Eigentümers des belasteten Grundstücks, Nichtanzeige der Schuldübernahme bei Grundstücksveräußerung, Grundstücksverschlechterung.

4. KGJ. 42 261 (KG.). Die Vollstreckbarkeit einer Urkunde der im § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. bezeichneten Art bestimmt sich allerdings allein nach ihrem Inhalte. Trotzdem kann, wenn durch eine neue Urkunde der gleichen Art die Fälligkeitsbedingungen geändert werden, durch die bloße Eintragung der neuen Bedingungen zum Ausdrucke gebracht werden, daß die Unterwerfungsklausel sich auch auf die Fälligkeitsbedingungen der neuen Urkunde erstreckt. ... Wenn eine Urkunde der im § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. bezeichneten Art durch Festsetzung neuer Fälligkeitsbedingungen in dem Sinne geändert wird, daß die Vollstreckbarkeit sich auch auf die neuen Bedingungen beziehen soll, so bedarf aber die neue Urkunde gleichfalls der im § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. vorgeschriebenen Form, d. h. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der neuen Fälligkeitsbedingungen und der auch für den Fall ihres Eintritts erfolgten Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. Denn sie bildet alsdann mit der alten Urkunde zusammen die vollstreckbare Urkunde.

VI. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Busch, ZBlFG. 12 693 ff. (704). Immer muß die Bezugnahme im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung stattfinden, eine Bezugnahme auf die Schuldurkunde genügt nicht, es sei denn, daß die Schuldurkunde durch Verweisung auf sie in der Eintragungsbewilligung zu deren Bestandteile geworden ist. Ordnungsgemäß hat aber das Grundbuchamt die Bezugnahme auf die Bewilligung, nicht etwa auf die Urkunde über die Schuld mit ihrer näheren Bezeichnung zum Ausdrucke zu bringen.

§ 1116. KGJ. 41 243, RJA. 11 283, R. 12 Nr. 2671 (KG.). Die Hypotheken des früheren nassauischen Rechtes sind als Buchhypotheken anzusehen.

§ 1117. 1. **RG.** R. 12 Nr. 1623. Es genügt nicht, daß der Abtretende den Hypothekenbrief dem beurkundenden Notar als Treuhänder zur Verwahrung für beide Teile übergibt. Verwahrte der Notar den Brief als Treuhänder für beide „Parteien", d. h. für den Abtretenden und den Abtretungsempfänger, so durfte er den Brief auch nur mit beider Zustimmung aus seiner Verwahrung herausgeben und die Verfügung darüber einem von ihnen nur mit Zustimmung des anderen überlassen. Dies schließt aber die Annahme aus, daß der Notar die Briefe als Vertreter des Klägers in Empfang genommen habe. Will man darin die Einräumung eines mittelbaren Mitbesitzes finden, so erfüllt diese doch nicht das Erfordernis der Übergabe. Nur im Falle der Abtretung eines Teiles einer Briefhypothek kann der Einräumung des Mitbesitzes die Bedeutung der Übergabe des Hypothekenbriefs zukommen.

2. **RG.** WarnE. 12 325, GruchotsBeitr. 56 980, R. 12 Nr. 1797 ff. Bei einer Teilabtretung genügt die im § 1117 Abs. 2 BGB. vorgesehene Vereinbarung nicht für sich allein, den Übergang der abgetretenen Teilhypothek auf den Erwerber zu bewirken, vielmehr muß zum mindesten noch die tatsächliche Einreichung des über die ganze Post gebildeten Hypothekenbriefs beim Grundbuchamte hinzukommen. ... Da aber die Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 zum Inhalte hat eine Ermächtigung, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, und eine Aushändigung durch das Grundbuchamt nur stattfinden kann, wenn dieses im Besitze des Hypothekenbriefs ist, so ist zur Annahme einer der Übergabe gleichstehenden Sachlage, mit deren Eintritt die Vereinbarung die vorbezeichnete Wirkung erlangt, zu erfordern, daß der Hypo-

thekenbrief dem Grundbuchamte vorgelegt und dieses dadurch in den unmittelbaren Besitz des Briefes gelangt ist. Im Falle der Teilabtretung also muß zu der Vereinbarung über die Ermächtigung des Erwerbers, sich den zu bildenden Teilhypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, die Einreichung des Stammhypothekenbriefs an das Grundbuchamt behufs Bildung des Teilhypothekenbriefs hinzukommen. . . . Rechtsirrig ist, daß es zum Übergange der Teilhypothek genüge, wenn das Grundbuchamt irgendwie die Verfügungsmacht über den Stammhypothekenbrief erlangt habe, und es nicht darauf ankomme, von wem der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt worden sei, namentlich nicht darauf, daß die Vorlegung mit dem Willen des Abtretenden erfolgt sei. Da zu der Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 BGB. eine der Übergabe gleichstehende Sachlage in vorerörterter Richtung hinzukommen muß, die Übergabe aber von dem Abtretenden durch Übertragung des Besitzes an dem Hypothekenbrief auf den Erwerber zu bewirken ist, so muß, damit die Vereinbarung die vorbezeichnete Wirkung erlangt, erfordert werden, daß der Stammhypothekenbrief von dem Abtretenden oder doch mit seinem Willen dem Grundbuchamt eingereicht und so in den Besitz des Grundbuchamts gebracht wird. Wenn der Hypothekenbrief ohne oder wider Willen des Abtretenden dem Grundbuchamte vorgelegt wird, kann die Vereinbarung, weil eine solche Vorlegung hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Übertragung keine rechtliche Bedeutung hat und somit die Vereinbarung als für sich alleinstehend anzusehen ist, nicht den Übergang der Teilhypothek auf den Erwerber bewirken. Allein wenn der Abtretende, wie vorliegend, in der Abtretungsurkunde den Antrag an das Grundbuchamt richtet, den abgetretenen Teil der Hypothek im Grundbuch auf den Erwerber umzuschreiben, einen Teilhypothekenbrief zu bilden und diesen an den Erwerber auszuhändigen, und er demnächst die Abtretungsurkunde dem Erwerber übergibt, so bringt er dadurch zum Ausdruck, es sei sein Wille, daß der Erwerber dem Grundbuchamte die Abtretungsurkunde und den Stammhypothekenbrief einreiche, damit die Teilhypothek umgeschrieben, ein Teilhypothekenbrief gebildet und dieser dem Erwerber ausgehändigt werde. Reicht hierauf der Erwerber die Abtretungsurkunde und den Hypothekenbrief dem Grundbuchamt ein, so hat die Einreichung als mit dem Willen des Abtretenden geschehen zu gelten.

3. **RG. 77** 106. Nach §§ 1117, 1192 BGB. hatte die Klägerin die beiden in Rede stehenden Grundschulden nur dann erworben, wenn der Gemeinschuldner als Eigentümer der belasteten Grundstücke ihr die vom Grundbuchamte vor der Konkurseröffnung bereits ausgefertigten Grundschuldbriefe übergeben oder mit ihr die Vereinbarung getroffen gehabt hätte, daß sie berechtigt sein solle, sich die Briefe vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (vgl. **RG.** JW. **08** 547 Nr. 5). Übergeben sind die Briefe nicht; sie befinden sich noch auf dem Grundbuchamte. Der vom Gemeinschuldner beim Grundbuchamt gestellte Antrag, die Grundschuldbriefe ihm zugehen zu lassen, ersetzte die Übergabe nicht. Er war nur eine einseitige Bestimmung des Eigentümers über die Aushändigung der Briefe gemäß § 60 GBO. Zwar soll nach der Behauptung der Klägerin auf Grund allgemeiner Übung im Verkehre mecklenburgischer Anwälte es ein feststehender Grundsatz sein, daß der die Übertragung von Hypotheken oder Grundschulden vermittelnde Anwalt die Hypotheken- oder Grundschuldbriefe als Bevollmächtigter des künftigen Gläubigers in Empfang nehme, und soll dies auch vorliegend gelten, weil der Gemeinschuldner zur fraglichen Zeit Rechtsanwalt war. Aber selbst wenn dies richtig wäre und daraus zu folgern sein würde, daß der Gemeinschuldner als zur Empfangnahme der Grundschuldbriefe für die Klägerin bevollmächtigt zu gelten hatte, würde doch der Übergang der Grundschulden auf die Klägerin nicht durch den genannten Antrag des Gemeinschuldners, die Eintragung der Grundschulden und die Ausfertigung der Grundschuldbriefe, sondern erst dann sich vollzogen haben, wenn die

Grundschuldbriefe dem Gemeinschuldner als Vertreter der Klägerin vom Grundbuchamt ausgehändigt worden wären (**RG. 66** 100).

4. **RG.** R. **12** Nr. 1315. Hat der Grundstückseigentümer in der dem Grundbuchamte gegenüber ausgesprochenen Eintragungsbewilligung beantragt, den Grundschuldbrief unmittelbar dem Gläubiger auszuhändigen und hat darauf der Gläubiger die Grundschuld weiter abgetreten, so kann darin eine Vereinbarung im Sinne des § 1177 Abs. 2 gefunden werden. Unerheblich ist, ob das Grundbuchamt den Grundschuldbrief wegen Kostenrückstände noch zurückbehalten hat.

5. HessRspr. **13** 275 (LG. Darmstadt). Zur Begründung des Pfandrechts an einem Hypothekenbrief ist Übergabe des Briefes oder Wegnahme im Wege der Zwangsvollstreckung erforderlich. . . . Die Ersatzmittel der Übergabe, wie sie das Mobiliarpfandrecht vorsieht, insbesondere die Übertragung des mittelbaren Besitzes an der Urkunde oder die Abtretung des Herausgabeanspruchs an den Gläubiger (§§ 1205, 1206 BGB.) sind hier nicht zugelassen. Der Übergabe bedarf es nur dann nicht, wenn der Gläubiger bereits im unmittelbaren Besitze der Urkunde ist. Die Pfändung des Herausgabeanspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung, ebenso die Übergabe des Briefes an das Grundbuchamt durch einen Dritten genügen also nicht zur Entstehung des Pfandrechts an der Hypothek. Der Gläubiger muß vielmehr auf Grund der einstweiligen Verfügung oder des Pfändungsbeschlusses sich den unmittelbaren Besitz der Urkunde durch den Gerichtsvollzieher verschaffen.

§ 1118. Busch, ZBlFG. **12** 821. Zu den Kosten im Sinne des § 1118 BGB. gehören: Die Aufwendungen des Gläubigers für das Kündigungsschreiben an den Eigentümer (nicht auch an den vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner bei Auseinanderfall von persönlicher und dinglicher Haftung s. Dernburg, Sachenrecht Note 1 zu § 225), die Kosten, welche dem Gläubiger durch Beauftragung eines Rechtsanwalts mit dem Ausspruche der Kündigung erwachsen (ZBlFG. **9** 334 Nr. 334 a). Ferner: die Kosten der dinglichen Klage, soweit sie der Eigentümer zu erstatten hat (Cassel 22. 1. 06, OLG. **13** 102), nicht aber die der bloß persönlichen Klage; doch ist zu berücksichtigen, daß bei Verbindung der persönlichen und dinglichen Klage auf erstere regelmäßig Mehrkosten nicht erwachsen. Wegen der rein persönlichen Klage siehe **RG. 1** 105. Etwaige Mehrkosten der persönlichen Klage fallen nicht unter § 1118 BGB. (Mot. z. BGB. III, 650). Ferner: Die Kosten der Einleitung und des Beitritts bei Zwangsversteigerung, die nach § 109 ZVG. nicht aus dem Versteigerungserlöse vorweg zu entnehmen sind. Wegen der Vertretungskosten eines Anwalts s. **RG. 22** 322. Weiter: Kosten der Teilnahme des nicht betreibenden Gläubigers am Versteigerungstermine. Unter Umständen auch Kosten einer ergebnislosen Zwangsversteigerung (Biermann zu § 1118 BGB.), doch in der Regel nicht Kosten für zurückgenommene Anträge auf Zwangsversteigerung (R. **02** 232). Streitig: Kosten der in der Zwangsvollstreckung entstehenden Prozesse, dafür Königsberg 23. 5. 06, ZBlFG. **7** 842 Nr. 792 (Vollstreckungsgegenklage) gegen Rostock 25. 10. 10, R. **11** Nr. 212 und ZBlFG. **11** 665 Nr. 648 c (Interventionsprozeß), weiter streitig: Kosten einer vorausgegangenen Mobiliarexekution, dafür ZBlFG. **11** 665 Nr. 648 d. . . . Als dem § 1118 BGB. nicht unterfallende Kosten kommen in Betracht: Aufwendungen des Gläubigers für nachträgliche Vermerke auf den Hypothekenbriefen, für Registerauszüge, Stempel und Taxen (KG. 11. 6. 00, ZBlFG. **1** 199 ff. u. 202, RJA. **1** 81 ff.). Ferner die in bezug auf das Darlehnsverhältnis, insbesondere durch Beurkundung, Sicherung, Vollzug, Verzinsung und Rückzahlung des Darlehens erwachsenden amtlichen und außeramtlichen Kosten, Stempel und Gebühren jeder Art (KG. 12. 11. 00, ZBlFG. **1** 745 ff., RJA. **1** 205 ff.). Ersatz von Auslagen des Gläubigers infolge Nichterfüllung von Verbindlichkeiten, denen der Schuldner nicht

rechtzeitig nachkommt (Versicherungsprämien); s. die eben angezogene Entsch. des KG. v. 12. 11. 00. Kosten für anwaltschaftliche Vertretung in einem Verfahren, in welchem der Gläubiger nicht der betreibende ist (KG. 11. 6. 00, ZBlFG. **1** 200). Kosten der Maßnahmen des Gläubigers zur Sicherung des Wertes des Grundstücks gemäß § 1134 BGB. (Breslau 14. 11. 08, OLG. **18** 163). Kosten des Rechtsstreits über den persönlichen Anspruch (Colmar 14. 4. 05, ZBlFG. **6** 349).

§ 1119. RJA. **11** 248, R. **12** Nr. 1620 (KG.). Amortisationsbeiträge sind keine Nebenleistungen; sie sind vielmehr, so wie sie hier vorgesehen sind, rechtlich Abschlagszahlungen auf die Hauptforderung. Ihre nachträgliche Einführung bei einer in das Grundbuch eingetragenen Forderung ist demgemäß als nachträgliche Änderung der ausgemachten und eingetragenen Zahlungszeit anzusehen. Sie bedarf daher nach § 1119 Abs. 2 BGB. nicht der Zustimmung der im Grundbuche nachstehenden Berechtigten. Dem steht auch die Bestimmung im § 10 Nr. 4 ZVG. nicht entgegen. Diese bezieht sich vielmehr allein auf den Fall der Zwangsvollstreckung. Sie kann möglicherweise, falls eine solche eintritt, die Wirksamkeit einer Abmachung der hier fraglichen Art im Vollstreckungsverfahren insofern beeinträchtigen, als die länger als zwei Jahre rückständigen Amortisationsraten nicht mit dem Range des Kapitals berücksichtigt und daher nicht in den bar zu zahlenden Teil des geringsten Gebots eingestellt werden. Über dieses Gebiet hinaus aber wirkt jene Sonderbestimmung nicht. Insbesondere läßt sich aus ihr eine Begrenzung der im Abs. 2 des § 1119 BGB. enthaltenen, hier — wie dargetan — anwendbaren Bestimmung nicht herleiten.

§ 1120. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1080. Die Zubehörstücke einer Fabrik werden durch die nach Aufgabe des Betriebs seitens des Konkursverwalters erfolgte Veräußerung von der Haftung für die Hypotheken des Fabrikgrundstücks nicht frei.

2. *Strucksberg, KGBl. **12** 16. Die Formulierung, die Beschlagnahme des Grundstücks umfasse von dem Zubehör diejenigen Stücke, die im Eigentume des Grundstückseigentümers stehen, ist nicht richtig; aus §§ 1120 BGB. ff. ergibt sich, daß, wenn Zubehörstücke einmal in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind, ihre bloße Veräußerung nicht genügt, um sie von der Pfandhaftung zu befreien. Veräußerung und Entfernung ist zum Erlöschen der Haftung nötig; beides muß in ursächlichem Zusammenhange zueinander stehen.

3. HansGZ. **12** Beibl. 65, OLG. **24** 247, R. **12** Nr. 2251 (Hamburg). Die „Hypothek erstreckt" sich nach § 1120 BGB. auf das Zubehör, soweit es in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt ist, aber natürlich nur auf dasjenige Zubehör, das zur Zeit der Hypothekbestellung Zubehör ist oder später wird, nicht aber auf dasjenige, was es früher mal gewesen ist. Die Beschlagnahme wirkt also hinsichtlich der Gegenstände der Haftung in demselben Umfange, wie eine zu gleicher Zeit neu bestellte Hypothek und kann demgemäß nur diejenigen Gegenstände als Zubehör umfassen, die es noch zur Zeit der Beschlagnahme sind oder später werden.

4. v. Ziegler, BayRpflZ. **12** 169. Die Zwangsversteigerung erstreckt sich nicht auf die im Miteigentume stehenden Zubehörstücke, wenn der nichtschuldnerische Miteigentümer die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich dieser Stücke erwirkt hat. Daraus muß gefolgert werden, daß sich die Hypothek auch selbst nicht auf im Miteigentume stehende Zubehörstücke erstrecken kann, denn es fehlte dem Hypothekengläubiger die Möglichkeit, diese Pfandhaftung durch Zwangsversteigerung zu verwirklichen. ... Beim Miteigentume zur gesamten Hand kann sich die Hypothek auf gar keinen Fall auf die mit dem Nichtschuldner im Gesamthandeigentume stehenden Zubehörstücke erstrecken.

§ 1123. 1. KGBl. **12** 104 (KG.). Die Beschlagnahme von Mietzinsen kann nur durch den Antrag auf Zwangsverwaltung und durch Forderungspfändung geschehen.

2. Goldschmidt, JW. **12** 1016. Die Verpachtung eines Zinshauses vor der Beschlagnahme durch den Hypothekengläubiger.

3. Lindemann, R. **12** 694. Hypothekengläubiger und Mietzins.

§ 1124. BayNotZ. **13** 324, JW. **12** 558. Zur Wahrung der Rechte der Hypothekengläubiger an Miet- und Pachtzinsen haben die Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin am 15. April 1912 eine Eingabe an das Reichsjustizamt gerichtet. . . . (331): Der § 1124 Abs. 1 soll dahin geändert werden: Wird der Miet- oder Pachtzins eingezogen, bevor er zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen ist, so ist die Einziehung ihm gegenüber wirksam. Auch andere Verfügungen vor der Beschlagnahme sind ihm gegenüber wirksam, soweit der Miet- oder Pachtzins vor der Beschlagnahme fällig geworden ist. Besteht die Verfügung in der Übertragung auf einen Dritten, so erlischt insoweit die Haftung; erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht er insoweit vor. S. dazu BayRpflZ. **12** 279, DJZ. **12** 746.

§ 1127. RG. **78** 23, JW. **12** 198, SeuffA. **67** 277, R. **12** Nr. 433. Der Kläger hat zwar geltend gemacht, § 1127 Abs. 2 BGB. setze voraus, daß der versicherte Gegenstand vollständig wieder hergestellt und voller Ersatz für die hypothekarische Sicherheit geschaffen sei, im vorliegenden Falle aber sei dies nur teilweise der Fall gewesen, da nach der Feststellung der Feuersozietät nur in Höhe des hinterlegten Teilbetrags der Brandentschädigung, dagegen nicht in Höhe des weiteren Betrags von 4337,71 M. Wiederherstellung erfolgt sei. Für seine Ansicht kann sich der Kläger auf Planck, Anm. 3 a zu § 1127 BGB. berufen; überwiegend (vgl. Turnau-Förster, Bem. 4 zu § 1127 BGB.; v. Staudinger, Ziff. II 2 b zu § 1127; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht II, 182 b Anm. 91) aber nimmt man an, daß auch bei teilweiser Wiederherstellung ein entsprechendes Erlöschen der Haftung eintritt. Dem ist beizutreten.

§ 1128. Kiesow, R. **12** 197. Eine Verschlechterung der Stellung des Hypothekengläubigers durch das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. S. dagegen Josef ebenda 262.

§ 1132. I. KGJ. **41** 243, RJA. **11** 283, R. **12** Nr. 2671 (KG.). Die von der herrschenden Meinung gemachte Unterscheidung zwischen der Belastung der einzelnen Miteigentumsanteile und der Belastung des ganzen Grundstücks läßt sich nicht halten. Denn es läßt sich kein Unterscheidungsmerkmal dafür finden, wann der eine und wann der andere Fall vorliegt. Insbesondere kann das entscheidende Gewicht nicht darauf gelegt werden, ob die Belastung der mehreren Anteile gleichzeitig oder nacheinander erfolgt. Dies nimmt die herrschende Lehre selbst nicht an (s. Komm. v. RGR., § 1132 Anm. 1, 4). Eine solche Annahme würde sich auch mit dem RG. in Widerspruch setzen, weil dieses selbst für den Fall, daß die Eintragung der Hypothek auf Grund gemeinschaftlicher Verfügung der Miteigentümer erfolgt, eine selbständige Belastung jedes einzelnen Anteils als entstanden ansieht (JW. **10** 473). Schließlich würde auch sachlich ein Unterschied zwischen der gleichzeitigen und der nach und nach erfolgenden Belastung nicht zu finden sein. Ob zwei Miteigentümer erklären: Wir belasten das Grundstück mit einer Hypothek, oder ob jeder von ihnen in derselben Urkunde erklärt: Ich belaste meinen Bruchteil mit der Hypothek, das kann auf den Inhalt der Hypothek nicht von Einfluß sein. Denn beide Erklärungen besagen inhaltlich ein und dasselbe. Ist das aber richtig, so kann es auch keinen Unterschied ausmachen, ob die Miteigentümer in der gleichen Urkunde oder in verschiedenen Urkunden ihre Anteile belasten. Durch jede dieser Erklärungen wird das Miteigentumsrecht des Erklärenden belastet. Es liegt also auch von dem Augenblicke an, in dem sämtliche Bruchteile mit demselben Rechte belastet sind, weiter nichts als eine gleichartige Belastung aller Anteile vor (KGJ. **30** A 258). Diese Auffassung stimmt, wie bemerkt, auch mit der des RG.

überein. Wenn das RG. trotzdem in dem angeführten Urteile die Meinung vertritt, daß durch die Belastung der sämtlichen Miteigentumsanteile mit derselben Hypothek keine Gesamthypothek entstehe, so ist daraus nicht zu folgern, daß nicht die eine oder die andere der für die Gesamthypothek gegebenen Vorschriften auf den Fall des Miteigentums entsprechende Anwendung finden dürfte.

II. 1. SächsOLG. **33** 320 (Dresden). Zum Begriffe der Gesamthypothek gehört nicht, daß die Hypothek, wie der Beschwerdeführer meint, an allen Grundstücken für die Forderung des Gläubigers im vollen Umfange bestellt sei; vielmehr liegt eine solche auch dann vor, wenn nur ein Grundstück mit der ganzen Forderung belastet ist, während die Haftung der anderen Grundstücke sich auf Teilbeträge der Forderung beschränkt. Auch in einem Falle dieser Art haften die sämtlichen Grundstücke für die ganze Forderung, d. i. für jeden Teil der Forderung, nur ist die Haftung der bloß mit einem Teile der Forderung belasteten Grundstücke auf den betreffenden Betrag beschränkt.

2. a) RJA. **11** 246, R. **12** Nr. 1621 (KG.). Es ist unmöglich, daß die Gesamthypothek trotz ihrer Löschung auf dem einen belasteten Grundstück auf dem anderen belasteten Grundstücke fortbestehen kann. Das widerspricht der Einheitlichkeit der Hypothek und der Erwägung, daß eine verschiedene Gestaltung der für eine Forderung haftenden Hypotheken zu den verschiedensten, dem Willen des Gesetzes nicht entsprechenden und für den Rechtsverkehr höchst bedenklichen Folgen führen könnte und würde. ➠ Red. Eine zweifellos unrichtige Entscheidung, da die Einheitlichkeit der Gesamthypothek sich lediglich auf den Inhalt, nicht aber auf den Umfang des Gesamtsrechts bezieht (JDR. **10** zu § 1132 Ziff. 1). ⟵ Gegen das KG. auch **b)** Lehmann, BayNotZ. **13** 296. Die Löschung einer Gesamthypothek, die auf mehreren Grundstücken desselben Eigentümers eingetragen ist, darf nicht auf sämtlichen Grundstücken erfolgen, wenn die Löschung nur in bezug auf ein Grundstück bewilligt und beantragt war.

3. ElsLothNotZ. **12** 256, OLG. **25** 212 (Colmar). Bei einer Gesamthypothek kann die Haftung einzelner Grundstücke auf einen Teil der Forderung beschränkt und ebenso die Haftung für Nebenleistungen in verschiedener Weise bei den einzelnen belasteten Grundstücken geregelt sein.

III. 1. **RG. 77** 175, BayNotZ. **13** 39, JW. **12** 38. Die Bestellung einer Gesamthypothek in der Weise, daß das eine Grundstück mit einer Buchhypothek, das andere mit einer Briefhypothek belastet wird, ist unzulässig.

2. Die Entsch. des RG. in JDR. **10** zu § 1132 Ziff. 2 a auch **RG. 77** 175.

IV. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 179. Die völlige Abtretung oder Pfändung (Verpfändung) einer Gesamthypothek mit oder ohne Brief muß auf Antrag an sich zwar auf allen Grundbuchblättern eingetragen werden. Unterbleibt dies jedoch versehentlich bei einem oder mehreren Blättern, so gilt der nur auf einem Blatte eingetragene, die ganze Hypothek betreffende Vermerk auch bezüglich seines Ranges für die anderen Blätter mit und kann dort jederzeit mit demselben Range nachgeholt werden, auch wenn schon andere Eintragungen bei derselben Hypothek auf allen oder einzelnen Blättern erfolgt sind. — AM. für Buchhypotheken KGJ. **39** A 248, **RG. 63** 74. Verkannt wird von diesen zunächst die Wirkung der Einheitlichkeit der Hypothek! Ferner daß die Eintragung auf jedem Blatte die Mithaft aller Blätter erkennen läßt, und daß das Grundbuch eines jeden Blattes mit seinen Eintragungen in diesem die ganze Hypothek betreffenden Falle auch als „Grundbuch" für die ganze Hypothek mit allen seinen Wirkungen anzusehen ist. Daß keinesfalls nach und nach erfolgende Verfügungen und Eintragungen für die verschiedenen Blätter gewollt sind! Daß die Eintragung auch nur auf einem Blatte gegen jeden wirkt! Daß von diesem jedes Blatt eingesehen werden muß und eine Unterlassung von ihm zu vertreten ist. Daß endlich das Vor-

handensein eines Briefes an dem Charakter und der Wirkung der ersten Eintragung auf nur einem Blatte nichts zu ändern vermag! Durch die entgegenstehende Ansicht werden ohne Not wohlerworbene Rechte vernichtet, statt erhalten!

V. **RG.** R. 12 Nr. 2949. Die Ausübung der Rechte des Gesamtgläubigers kann regelmäßig keine Rechtsverletzung der Nachhypothekare enthalten, auch wenn diese dadurch zu Schaden kommen.

§ 1133. 1. *Eckstein, KGBl. 12 41. Muß der Hypothekengläubiger Umbauten und Neubauten dulden? Dem Hypothekengläubiger steht ein Einspruchsrecht nur zu, wenn entweder die geplante bauliche Veränderung nicht die Gewähr einer Werterhöhung des Grundstücks in sich trägt oder wenn der Grundeigentümer für die Fertigstellung des geplanten Baues nicht hinreichend kapitalkräftig ist.

2. *Wurzer, R. 12 157. Hat im Falle der Gefährdung der Hypothekensicherheit durch Verschlechterung des Grundstücks der Gläubiger dem Eigentümer eine Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmt und hat der Eigentümer die Frist verstreichen lassen, so ist er zur nachträglichen Beseitigung nicht mehr berechtigt.

3. Goldschmidt, KGBl. 12 60. Es wird dem Eigentümer, der das auf seinem Grundstücke befindliche Gebäude zwecks Errichtung eines Neubaues abbrechen will, in der Regel nichts anderes übrig bleiben, als sich vorher der Zustimmung seiner Hypothekengläubiger zu versichern. Dies ist auch bisher in der Praxis meist so gehalten worden. Sollte aber einer der Gläubiger diese Zustimmung verweigern, so wird der Eigentümer zur Abwendung der den Hypothekengläubigern nach §§ 1133, 1134 BGB. zustehenden Rechte denjenigen Gläubigern, deren Hypothek durch die Abtragung des Gebäudes in ihrer Sicherheit gefährdet ist, entsprechende Sicherheit zu leisten haben. Naturgemäß wird die geleistete Sicherheit in dem Augenblicke frei, in dem der Neubau in den vollen Wert der gefährdeten Hypothek hineingewachsen ist.

§ 1134. 1. Goldschmidt, KGBl. 12 129. Die Schutzmittel des Hypothekengläubigers gegen den Abbruch des anf dem Pfandgrundstück errichteten Gebäudes sind vollkommen ausreichend. Dagegen wird es zweckmäßig sein, eine Ergänzung des preuß. Baurechts im Sinne des Hamburger BauPolGes. v. 22. Juni 1883 (§ 11) herbeizuführen. Darin wird bestimmt, daß 8 Tage vor dem Abbruche von Gebäuden eine Anzeige an das Baupolizeibureau zu richten und ihm auf Erfordern ein Nachweis darüber zu bringen ist, daß die Hypothekengläubiger von dem Abbruch unterrichtet sind. Durch eine solche Bestimmung wird vermieden, daß die Hypothekengläubiger von dem Abbruch erst erfahren, nachdem er bereits erfolgt ist. Doch wird auch heute schon in den meisten Fällen der Eigentümer den Abbruch nicht ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger beginnen, da er sonst mit der einschneidenden Maßregel der Zwangsverwaltung zu rechnen hat.

2. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 163 ff.: Vgl. oben Ziff. 1 zu § 1004 BGB. — Besonderheit hier, daß die Klage auf Unterlassung einer Unterlassung gerichtet sein kann — und allgemein die Bemerkungen zu § 241 Ziff. 2 BGB. sowie die dortigen Verweisungen.

§ 1136. 1. **RG.** WarnE. 12 95, GruchotsBeitr. **56** 600, JW. 12 145, R. 12 Nr. 594. Wenn andere Interessen maßgebend sind, z. B. ein Verkauf unter einschränkenden Bedingungen vorliegt, kann der zufällige Umstand, daß ein Teil des Kaufpreises hypothekarisch sichergestellt wird, die Anwendung des § 1136 BGB. nicht begründen (**RG. 55** 78, 80). . . . . Keinem Zweifel unterliegt es ferner, daß § 1136 BGB. nicht gegen dingliche Veräußerungsverbote (vgl. § 137 BGB.) sich richtet und deren Eintragung unwirksam machen will, sondern daß er gerade das obligatorische Rechtsgeschäft trifft. Es ergibt dies schon der Wortlaut des § 1136 und ist in den Motiven zu § 1077 Entw. (III, 682) ausdrücklich ausgesprochen.

2. **RG. 77** 419. Ein von einem Nationalpolen dem Käufer seines in den ehemals polnischen Landesteilen des preußischen Staates belegenen Gutes bei Vermeidung einer Vertragsstrafe auferlegtes Verbot, das Gut an einen anderen als einen Nationalpolen zu verkaufen, verstößt nicht wider die guten Sitten.

3. KGJ. **42** 280 (KG.). Die Bestellung einer unverzinslichen, für den Gläubiger unkündbaren Grundschuld mit der Maßgabe, daß die Grundschuld ohne Kündigung fällig wird, sobald das belastete Grundstück ganz oder teilweise ohne Genehmigung des Gläubigers an einen Polen veräußert, verpachtet, vermietet oder sonst überlassen oder sobald es von einem Polen durch Erbgang oder Zwangsversteigerung erworben wird, widerspricht weder dem § 137 noch dem § 1136 BGB. und ist daher zulässig. . . . Der Inhalt der Bestimmung läuft also nicht auf eine rechtliche Beschränkung der Befugnis der Grundstückseigentümer, über das Grundstück frei zu verfügen, hinaus, sie hat vielmehr nur die Bedeutung einer Fälligkeitsbedingung. Gegen die Zulässigkeit einer derartigen Fälligkeitsbedingung bestehen aber keine Bedenken. Dies ist für das frühere Recht in der Entsch. KGJ. **9** 80 ausgesprochen worden und folgt für das jetzige Recht aus §§ 1191, 1192, 1115 BGB. (KG. OLG. **3** 232, Königsberg OLG. **4** 485).

§ 1137. BadRpr. **12** 13 (Karlsruhe). Der Anspruch des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist keine Nachlaßverbindlichkeit, auf die eine beschränkte Erbenhaftung Anwendung finden könnte; er wendet sich nicht gegen den Erben, sondern gegen den Eigentümer. Der Eigentümer kann nun allerdings auch Einreden gegen die der Hypothek zugrunde liegende Forderung vorbringen. Aber gerade die Einrede der beschränkten Haftung entzieht sich dieser Geltendmachung, da sie nicht die Forderung an sich, sondern deren Deckung im allgemeinen betrifft, während es sich bei der Hypothek um eine besonders geregelte Deckung handelt. Es kann dahingestellt bleiben, ob § 1137 Abs. 1 Satz 1 BGB. auch auf den Fall zu beziehen ist, daß Eigentümer und persönlicher Schuldner die nämliche Person ist, jedenfalls gilt dies für § 1137 Abs. 1 Satz 2, und auch ohne ausdrückliche Bestimmung ergibt sich die Unmöglichkeit der Berufung des Eigentümers auf die beschränkte Haftung des Schuldners aus der Bedeutung der hypothekarischen Haftung.

§ 1138. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2950. Bei Einreden gegen die dem dinglichen Hypothekenrechte zugrunde liegende Forderung findet der Grundsatz Anwendung, daß der gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs selbst bei voller Kenntnis der Tatsachen nicht ausgeschlossen ist, wenn der Erwerber sich glaubhafterweise im Rechtsirrtume befunden hat (**RG. 78** 33).

2. *Boehmer, ABürgR. **37** 205—236. § 1138 eröffnet die Möglichkeit einer Trennung der rechtlichen Schicksale von Hypothek und persönlicher Forderung. Die Publizitätswirkungen des Grundbuchs werden auf die Forderung nur insoweit erstreckt, als es sich um Bestand und Inhalt der Hypothek handelt; für die Forderung selbst bleiben abgesehen von den §§ 1153, 1154, 1161 die Vorschriften des Schuldrechts bestehen. Ist z. B. ein Buchpfandgläubiger auf Grund nichtigen Testaments als Erbe eingetragen, so wirkt eine Zahlung des Grundeigentümers an ihn nach §§ 1138, 893 nur für die Hypothek befreiend (§ 1163 Abs. 1 Satz 2), nicht für die Forderung. Eine Zession des Scheingläubigers überträgt nach § 892 nur das Grundpfandrecht, nicht auch die Forderung. Die hierdurch für den Eigentümer entstehende Gefahr doppelter Zahlungslast kann nur durch eine ausdehnende Anwendung des § 409 vermieden werden: Der Zessionsanzeige durch den Zedenten muß die amtliche Benachrichtigung durch das Grundbuchamt (§ 55 GBO.), der Vorlegung der Zessionsurkunde die Einsicht des Grundbuchs gleichgestellt werden. Dann gewährt § 409 dem Eigentümer für die persönliche Forderung den wesentlich gleichen Schutz, den §§ 1138, 892, 893 für das Grundpfandrecht enthalten.

3. Kuttner, JheringsJ. **61** 109. (160): Was die Frage anbetrifft, wie sich die Beweislast verteilt, wenn beim Streite über das Bestehen der durch Eintragung einer Verkehrshypothek gesicherten Forderung zwischen Hypothekengläubiger und Grundstückseigentümer einerseits feststeht, daß die Forderung im Zeitpunkte der Eintragung noch nicht entstanden war, die Hypothek also damals noch dem Eigentümer zustand (§ 1163 Abs. 1 BGB.), andererseits aber von seiten des Hypothekengläubigers die Behauptung aufgestellt wird, daß die Forderung nachträglich doch noch entstanden sei und gegenwärtig im Einklange mit der Grundbucheintragung bestehe, so trifft die volle Beweislast den Grundstückseigentümer; er muß die Unrichtigkeit des vom Hypothekengläubiger behaupteten nachträglichen Entstehungsgrundes beweisen. Denn die aus der Grundbucheintragung sich ergebende Rechtsvermutung (§§ 1138, 891 BGB.) streitet nicht für die Entstehung der Forderung zur Zeit ihrer Eintragung, sondern allein für ihren gegenwärtigen Bestand, und so gehört es zur Widerlegung dieser Vermutung, daß auch ihr Nichtbestehen auf Grund des vom Hypothekengläubiger behaupteten nachträglichen Entstehungsgrundes zur Gewißheit gemacht werde; der Hypothekengläubiger kann sich wie der § 1184 BGB. sagt, „zum Beweise der Forderung auf die Eintragung berufen".

4. SeuffA. **67** 435 (Dresden). Die vertragswidrige Abtretung einer nicht valutierten Hypothek verpflichtet den Gläubiger zur Zahlung der Valuta.

§ 1141. 1. RG. DJZ. **12** 633. Aus mehrjähriger Duldung unpünktlicher Zinsenzahlung ist zu folgern, daß nach Treu und Glauben der Gläubiger erst den Schuldner es wissen lassen müsse, daß er nicht mehr gleiche Nachsicht üben wolle.

2. SchlHolstAnz. **12** 161 (Kiel). Wenn die Kündbarkeit einer Hypothek von der nicht rechtzeitigen Zahlung der Zinsen abhängig gemacht ist, so bedarf es zum Eintritte der Kündbarkeit noch eines Verzugs des Schuldners. Es genügt dafür die Tatsache der Nichtzahlung der Zinsen nicht.

3. *Aubele, BayNotZ. **12** 370. Die Bestimmung eines Kaufvertrags, daß der Kaufpreisrest „erst nach Umfluß von 10 Jahren zahlbar sei, sofern bis dahin pünktlich, das ist innerhalb 2 Wochen nach Fälligkeit geleistete Zinszahlung erfolge", ist nicht so auszulegen, daß der Gläubiger nach 10 Jahren das Kapital erst kündigen muß. Der erste Teil der Vertragsbestimmung besagt klar, daß der Kaufpreisrest „erst nach Umfluß von 10 Jahren zahlbar" sei. Das diesem Teile der Vertragsbestimmung folgende Wort „insofern" leitet eine Festsetzung einer Ausnahme ein, einer Ausnahme von dem vorher fixierten Zahlungstermine nach Ablauf von 10 Jahren. Solange nicht ausdrücklich etwas anderes als gewollt bezeichnet ist, ist nicht ersichtlich, warum nach Fixierung des Zahlungstermins nach 10 Jahren eine vereinbarte Ausnahme hiervon etwas anderes als wiederum eine Feststellung eines Zahlungstermins sein sollte. Damit steht fest, daß mit der bezeichneten Vertragsbestimmung die Verfallklausel gemeint ist dahingehend, daß der an sich gestundete Kaufschilling in Haupt- und Nebensache sofort fällig sein soll, wenn die Zinszahlung nicht pünktlich, d. i. innerhalb 2 Wochen nach Fälligkeit des Zinses erfolge. Es bedarf daher nicht mehr einer befristeten oder unbefristeten Willenserklärung, daß der Gläubiger die Fälligkeit der Hauptsache für gegeben erachte und deshalb deren sofortige Zahlung begehre.

4. Busch, ZBlFG. **12** 777. Ist die Hypothek gekündigt, so ist diese Kündigung auch von Wirksamkeit gegenüber späteren Erwerbern des Grundstücks. Über den Fälligkeitsstand einer Hypothek hat sich jeder Erwerber eines Grundstücks zu vergewissern, das Grundbuch schützt ihn auch bei gutem Glauben nicht. Demgemäß wirkt auch ein in Ansehung der Hypothek ergehendes Urteil gegen jeden Erwerber des Grundstücks unter allen Umständen

(§ 325 Abs. 3 ZPO.). Gegen ihn kann Vollstreckungsklausel bei Nachweis der Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO. ohne weiteres erteilt werden. Das gleiche gilt, wenn ein Urteil nicht erwirkt ist, aber auf Grund vollstreckbarer Urkunde Vollstreckungsklausel gegen den Erwerber des Grundstücks begehrt wird, nachdem dem früheren Eigentümer die Hypothek rechtmäßig gekündigt ist.

5. Froeb, R. **12** 160. Kündigungsrecht des Hypothekengläubigers bei Schuldübernahme des Grundstückserwerbers.

§ 1142. SächsOLG. **33** 430, OLG. **25** 186 (Dresden). Drittschuldner im Sinne der §§ 829, 830 ZPO. ist der persönliche Schuldner auch dann, wenn er nicht der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks ist. Da jedoch bei einer durch Hypothek gesicherten Forderung neben dem persönlichen Schuldverhältnisse der dingliche Anspruch aus der Hypothek einhergeht, ist zugleich der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer in gewisser Beziehung als Drittschuldner anzusehen. Denn wenn die Hypothek auch keine Zahlungspflicht des Eigentümers des belasteten Grundstücks begründet, sondern sich begrifflich in der Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen der Forderung erschöpft, so geschieht doch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen, und der Eigentümer ist deshalb unter den im § 1142 BGB. bestimmten Voraussetzungen berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen.

§ 1143. Strohal, JheringsJ. **61** 59. Auffallend ist, daß das Hypothekenrecht des BGB. eine Bestimmung nicht enthält, die den gesetzlichen Eintritt des den Gläubiger befriedigenden Hypothekbestellers, der zur Zeit dieser Befriedigung Eigentümer des haftenden Grundstücks nicht ist, in den Anspruch gegen den Hauptschuldner regelt (vgl. § 1143). In den seltenen Fällen, wo ein solcher Eintritt von praktischer Bedeutung ist, dürfte aber einer analogen Anwendung von § 1225 kein Bedenken entgegenstehen.

§ 1144. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 987. § 1144 BGB. begreift mit dem Worte „Befriedigung" ebenso, wie der mit ihm auch inhaltlich im Zusammenhange stehende § 1142, alle Arten freiwilliger Tilgung, namentlich auch die durch Hinterlegung.

2. PosMSchr. **12** 79 (Posen). Der Eigentümer eines belasteten Grundstücks ist nach §§ 1144, 273 BGB. nur verpflichtet, einen hypothekarisch gesicherten Anspruch Zug um Zug gegen Einwilligung in die Löschung der Hypothek zu erfüllen, und demgemäß berechtigt, seine Leistung bis zur Aushändigung der zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden zurückzubehalten (vgl. Komm. v. RGR. BGB. § 1144 Anm. 2, SeuffA. **65** Nr. 114). Dieses Zurückbehaltungsrecht gewährt dem Grundstückseigentümer jedoch nur eine im Prozesse geltend zu machende verzögerliche Einrede gegen den Anspruch selbst mit der Wirkung, daß der Grundstückseigentümer nicht zur Leistung schlechthin, sondern nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt wird. Darum kann der Grundstückseigentümer aus dem Fehlen eines dahingehenden Anerbietens in der Zahlungsklage des Hypothekengläubigers Einwendungen nicht herleiten; denn zur Begründung der Klage gehört die Verpflichtung des Hypothekengläubigers zur Zugumzugleistung der löschungsfähigen Quittung nicht.

§ 1145. **RG.** R. **12** Nr. 878. Ist eine Hypothekenforderung zum Teil durch Aufrechnung getilgt, so kann auch gegenüber dem Anspruch auf Zahlung der Restforderung der Eigentümer wegen seines Anspruchs auf löschungsfähige Quittung und auf Aushändigung des Hypothekenbriefs ein Zurückbehaltungsrecht ausüben mit der Wirkung, daß er nur zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen ist.

§ 1147. 1. Busch, ZBlFG. **12** 693 ff. (695). Kraft der Hypothek haftet der Eigentümer dem Gläubiger auf Rückgewähr des Darlehens nur mit dem Grundstücke. Eine Zahlungspflicht liegt ihm nicht ob, er hat nur

die Zwangsvollstreckung in das Grundstück behufs Befriedigung des Gläubigers zu dulden. Infolge der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung ist er aber persönlich auch verpflichtet, den Gläubiger aus seinem Vermögen zu befriedigen. S. JDR. **10** zu § 1113 Ziff. I 1.

2. Eckstein, BuschsZ. **43** 110. Der hypothekarische Anspruch stützt sich weder auf eine obligatorische noch auf eine dingliche Schuld. Sein Inhalt ist ein Befriedigungsrecht des Gläubigers, das durch Zahlung einer fremden Schuld vom Eigentümer abgewendet werden kann. Der eigentliche Inhalt des Urteils aus der hypothekarischen Klage ist nicht Feststellung, daß das Recht besteht (obgleich diese Feststellung in dem Urteile mitenthalten ist); die Klage geht auf nichts als auf Ausfertigung eines Urteils, welche dem Klagenden die zwangsweise Befriedigung ermöglichen soll, gerade so wie die Erbunwürdigkeitsklage auf Ausspruch der Erbunwürdigkeit geht. Dementsprechend würden gerade so wie bei der Erbunwürdigkeitsklage auf Erbunwürdigkeit die hypothekarische Klage etwa zu richten sein auf „Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung" (noch korrekter, im Anschluß an das Gesetz auf „Zwangsvollstreckung"; aber das gibt zu Mißverständnissen Anlaß, da hier das Wort Zwangsvollstreckung nicht im technischen Sinne gebraucht ist, sondern als Gesamtausdruck für „Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung"). Das Urteil würde lauten, daß der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung stattzugeben ist.

3. Busch, ZBlFG. **12** 806 ff. Die Durchführung des Anspruchs aus der Hypothek.

§ 1150. BayObLG. **13** 354 (BayObLG.). Unter einem „Rechte an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung" versteht der § 268 BGB. nur ein dingliches Recht; die Abtretung der Mietzinsen eines Grundstücks schaft kein solches Recht.

§ 1153. BayRpflZ. **12** 23 (BayObLG.). Richtig ist, daß die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann (§ 1153 Abs. 2 BGB.) und somit die Übertragung der Hypothek allein eine Rechtsnachfolge weder an der Forderung noch an der Hypothek begründet. Was für die Übertragung bestimmt ist, gilt auch für die Pfändung mit der Überweisung zur Einziehung. Jedoch ist zu prüfen, ob im einzelnen Falle die Pfändung sich in Wirklichkeit nur auf die Forderung oder die Hypothek allein beschränken sollte. Wenn die Beschränkung nicht ausdrücklich erklärt wurde, ist durch Auslegung der Wille zu erforschen, welcher der Pfändung zugrunde liegt; dabei ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB.). Meistens wird sich zeigen, daß nur eine falsche Bezeichnung vorliegt; insbesondere ist zu erwägen, daß unter Hypothek landläufig die Hypothek und die Forderung zusammengefaßt werden.

§ 1154. I. Die Abtretungserklärung. 1. **RG. 78** 26, JW. **12** 233. § 1154 verlangt die Erteilung der Erklärung an den Gläubiger, und dieses ist besonders bedeutsam. Erst die erteilte Urkunde kann wirksam werden; mit der Erteilung gibt der Schuldner seinem Willen, die Hypothek zu verpfänden, den deutlichsten tatsächlichen Ausdruck, und sie beseitigt die etwa möglichen Bedenken über die Art des Zustandekommens der Urkunde und wegen ihrer früher einmal etwa bestandenen Ungültigkeit. Als wieder in Kraft gesetzte Urkunde ist sie ausgehändigt und angenommen worden. Im jetzigen Streitfalle steht fest, daß eine zuvor angeblich wirkungslos gewordene, aber zu dem beabsichtigten neuen Verpfändungsgeschäft ihrem Inhalte nach genau passende Urkunde dem Gläubiger „erteilt" worden ist, damit wurde dem ersten Erfordernisse des § 1154 Genüge getan. Hieran kann auch der ganz nebensächliche Umstand nichts ändern, daß die in der Urkunde angegebene Zeit ihrer Niederschrift, das Datum vom 22. Februar 1904, zu der Zeit der zweiten Hingabe des Schriftstücks (Februar 1905) an

sich nicht stimmt. Erst die Hingabe selbst war das Entscheidende; wie in vielen anderen ähnlichen Fällen kam es auf die Zeit der Niederschrift hier nicht an.

2. **RG.** JW. **12** 681, BayNotZ. **12** 389, BayRpflZ. **12** 257, NaumbAK. **12** 90, WarnE. **12** 325, R. **12** Nr. 1622. Eine gesetzliche Bestimmung, die der Anwendbarkeit der §§ 158, 163 bei der Abtretung einer Forderung oder einer Hypothek, wie bei gewissen anderen Rechtsgeschäften, z. B. der Aufrechnung oder der Auflassung (s. §§ 388, 925 Abs. 2 BGB.) entgegenstünde, gibt es nicht. Namentlich ergibt sich die Unanwendbarkeit oder eine Beschränkung der Anwendbarkeit der §§ 158, 163 bei der Abtretung von Hypotheken nicht aus dem § 1154. Indem dieser Paragraph verfügt, daß zur Abtretung der Hypothekenforderung Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich sei, schließt er die Hinausschiebung des Eintritts der Wirkung der Abtretung durch Setzen einer aufschiebenden Bedingung oder eines Anfangstermins ebensowenig aus, wie der § 929 die Hinausschiebung des Überganges des Eigentums an einer beweglichen Sache mittels einer Bedingung oder eines Anfangstermins durch seine Bestimmung ausschließt, daß zur Übertragung des Eigentums erforderlich sei, daß der Eigentümer die (bewegliche) Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Insofern der VII. Zivils. in seinem Urt. vom 15. Juni 1906 (VII. 51/505) einen abweichenden Standpunkt vertritt, vermag ihm der erkennende Senat nicht zu folgen.

3. **RG.** 8. 10. 10, RheinA. **109** 374. Die Abtretung einer Hypothek durch den Vater an seine minderjährigen Kinder ohne Mitwirkung eines Pflegers ist auch dann unwirksam, wenn die Kinder durch die Abtretung nur einen Vorteil erlangen würden.... Die durch den Zwischensatz: „soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist" gegebene Ausnahme bezieht sich auf eine Gestattung durch Vertrag oder Gesetz (**RG. 68** 175, **71** 165). Von einer Gestattung durch Vertrag kann da, wo es sich um eine gesetzliche Vertretung handelt, keine Rede sein, und eine gesetzliche Vorschrift, die dem gesetzlichen Vertreter die Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen dann gestattet, wenn jenem daraus Rechte oder Vorteile erwachsen können, oder aus der sich auch nur ein betreffender gesetzgeberischer Wille entnehmen ließe, gibt es nicht.

II. Die Übergabe des Hypothekenbriefs. **RG.** 30. 3. 12, NaumbAK. **12** 90. Ermächtigt bei der Übertragung einer Hypothek der Übertragende — ohne daß eine die Übergabe ersetzende Vereinbarung im Sinne des § 1117 Abs. 2 BGB. vorliegt — das Grundbuchamt zur Herausgabe des Briefes an den neuen Gläubiger, so geht die Hypothek auf diesen erst über, wenn ihm der Brief vom Grundbuchamt ausgehändigt wird.

III. Die Abtretung des Zinsrechts. Eberhard, Gruchots Beitr. **56** 30 ff. (43): Auch wenn der Zinsen in der Abtretungserklärung nicht gedacht ist, werden die nach der Abtretung entstehenden Zinsforderungen doch vom neuen Gläubiger erworben, eine Frage, die besonders bei der Umschreibung von Hypotheken usw. im Grundbuche von Bedeutung ist.... (45): Hiernach muß z. B. auch ein Grundbuchrichter, wenn in einer zum Zwecke der Umschreibung einer Hypothek vorgelegten Urkunde der Zinsen keine Erwähnung getan ist, dennoch mit „den laufenden Zinsen" umschreiben. Allerdings muß der Wille der Beteiligten in Grundbuchsachen einen bestimmten, deutlichen, einer Auslegung nicht bedürftigen Ausdruck finden (**RG. 70** 249), und es würde sich fragen, ob dem im hier besprochenen Falle genügt ist. Diese Frage ist indessen zu bejahen. Denn die Verkehrsüblichkeit, die laufenden Zinsen und zwar ganz mit zu zedieren, ist eine so allgemeine, und die Gewohnheit, Abweichungen in dieser Hinsicht durch ausdrückliche Willenserklärungen

festzulegen, eine so feststehende, daß dann, wenn der Zinsen in der Abtretungsurkunde nicht gedacht ist, stets anzunehmen ist, daß die Parteien die Forderung mit den ganzen laufenden Zinsen haben abtreten wollen. ... (46): Der Mitübergang der Zinsen braucht bei der Umschreibung von Hypotheken usw. im Grundbuche nicht vermerkt zu werden. ... (54): Es können die fälligen und rückständigen Zinsforderungen sowohl allein als auch mit der Hauptforderung zusammen abgetreten werden. Im ersten Falle bestehen, da sich die *fälligen* Zinsforderungen rechtlich und wirtschaftlich von der Hauptforderung abgetrennt und verselbständigt haben, keinerlei Bedenken. Was die zweite Eventualität anlangt, also die gemeinsame Abtretung der Hauptforderung und der Forderung auf fällige oder rückständige Zinsen, so folgt aus der Abtretung der Hauptforderung keineswegs auch die Abtretung der fälligen oder rückständigen Zinsforderungen. Es bedarf daher eines besonderen, auf letztere gerichteten Abtretungsvertrags, der indessen auch stillschweigend geschlossen sein und sich aus den Umständen ergeben kann. In gleicher Weise kann auch die Forderung auf *laufende* Zinsen als solche abgetreten werden. Denn da diese mit dem Beginne der neuen Zinsperiode zur Entstehung gelangt ist, so ist sie ein gegenwärtig vorhandenes Recht, das wie jedes andere in seinem Bestande von der Person des jeweiligen Rechtsinhabers unabhängige Recht übertragen werden kann. ... (55): Was die *künftigen* Zinsen anlangt, so wird hier die Frage praktisch, *inwieweit Verfügungen über künftige Rechte zulässig sind*, eine Frage, die bekanntlich sehr bestritten ist. Hier ist zunächst hervorzuheben, daß eine derartige Verfügung über künftige Zinsen sich nicht als eine Übertragung eines Rechtes auf Verzinsung darstellt, denn ein derartiges selbständiges, neben der Hauptforderung bestehendes Recht auf Verzinsung, das Gegenstand dinglicher oder obligatorischer Verträge sein könnte, besteht nicht. Vielmehr handelt es sich um Verfügungen über die einzelnen demnächst entstehenden Zinsforderungen, und diese sind in gewissen Grenzen für zulässig zu erachten. ... (64): Wenn der bisherige Gläubiger die Hauptforderung abtritt, *aber den Übergang der Zinsen ausschließt*, so handelt es sich juristisch-konstruktiv entweder um die Übertragung aller künftigen Zinsforderungen oder um die Belastung der Hauptforderung mit einem Nießbrauche. Eine dritte Möglichkeit besteht nicht. Im ersteren Falle ist aber der Zessionar der Hauptforderung Zedent der Zinsforderungen, und umgekehrt der Zedent der ersteren Zessionar der letzteren. Diese Konstruktion wird indessen regelmäßig daran scheitern, daß die Abtretung aller künftigen Zinsforderungen unwirksam ist. Der durch den Zinsvorbehalt bezweckte wirtschaftliche Erfolg wird daher regelmäßig juristisch dadurch erreicht, daß man den Zinsvorbehalt als eine deductio usus fructus (Lex 3 § 1 Dig. VII 2 de usufr. accrescendo), also als eine Belastung der Hauptforderung mit einem Nießbrauche konstruiert. ... (65): Es bedarf in Ansehung des Nießbrauchs der Eintragungsbewilligung des neuen Gläubigers ... wenn der bisherige Gläubiger die Hauptforderung zu einem niedrigeren Zinsfuß abtritt, als wie dieser zwischen ihm oder seinem Rechtsvorgänger und dem Schuldner festgesetzt ist. ... (66): Es wird der Fall meist so liegen, daß der bisherige Hypothekengläubiger mit dem Eigentümer formlos die Herabsetzung des Zinsfußes vereinbart hat, daß es aber aus irgendeinem Grunde (und zwar regelmäßig dem der Bequemlichkeit) unterblieben ist, die Herabsetzung im Grundbuche vermerken zu lassen. ... (67): Der Sinn der Abtretung der Hypothek mit einem herabgesetzten Zinsfuße kann indessen auch der sein, daß für den bisherigen Gläubiger ein beschränkter Zinsvorbehalt gemacht wird; es wird sich dann regelmäßig darum handeln, daß für den bisherigen Gläubiger ein auf gewisse Zinsprozente beschränkter Nießbrauch bestellt wird.

IV. *Die fiduziarische Abtretung.* **RG.** JW. **12** 135. Durch den fiduziarischen Vertrag wird ein Recht auf Rückgewähr des zur Sicherung Über-

eigneten nur und erst für den Fall begründet, daß die zu sichernde Forderung erlischt (s. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 374 und **54** 1176). . . . Ist ein Recht auf Rückabtretung der Grundschuld oder eines Grundschuldtitels selbst jetzt noch nicht entstanden, so kann ein solches Recht auch durch Abtretung nicht verletzt sein.

V. Besondere Fälle. 1. **RG.** WarnE. **12** 11. Wäre der Schadensersatzanspruch des früheren Grundstückseigentümers, dem eine Eigentümergrundschuld gehört hatte, aus ihrer unbefugten Löschung als Bestandteil der Eigentümergrundschuld aufzufassen, so hätte er auch nur in denselben Formen wie diese abgetreten werden können (vgl. **RG. 70** 280). Ist er aber, wie nicht zweifelhaft ist, ein besonderer Anspruch, so muß er auch besonders abgetreten werden.

2. BayObLG. **12** 463 (BayObLG.). Wenn die zwei Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft vereinbaren, daß der eine Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet und daß der andere das ganze Geschäft mit Aktiven und Passiven und dem Rechte zur Fortführung der Firma übernimmt, so geht damit das Alleineigentum an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden einzelnen Gegenständen von Gesetzes wegen, ohne daß es besonderer Übereignungsgeschäfte bedürfte, auf den übernehmenden Gesellschafter über. Es bedarf deshalb namentlich zum Übergange der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Hypothekenforderungen auf den Übernehmenden nicht einer Abtretung des dem ausscheidenden Gesellschafter daran zugestandenen Anteils.

3. MecklZ. **30** 273 (Rostock). Veräußert der Erwerber von rechtsunwirksam abgetretenen und auf ihn umgeschriebenen Grundschulden diese weiter an einen gemäß § 892 BGB. geschützten Dritten, so ist er nach § 816 BGB. zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet.

§ 1160. 1. *Walsmann, Der Verzicht 270. Nach § 1115 wird bei der Eintragung der Hypothek in wichtigen Punkten auf die Forderung Rücksicht genommen. Der Inhalt des Schuldverhältnisses wird damit bis zu einem gewissen Grade in den Hypothekeninhalt hineingezogen. Es betrifft dieser Teil des Inhalts insbesondere die rechtliche Beziehung des Gläubigers zum Eigentümer, also das relative obligationsartige Verhältnis, das zwar auch gegen Dritte wirkt, aber solche Wirkung nur im Falle der Rechtsnachfolge, ähnlich wie eine actio in rem scripta äußert. In dieses Gebiet schlägt § 1160. Eine Abänderung der Bestimmung ist demnach Änderung jenes Schuldverhältnisses zwischen Gläubiger und Eigentümer, das Wirkung gegen Rechtsnachfolger durch die Eintragung erlangt.

2. Busch, ZBlFG. **12** 804. Ausschluß des Briefvorlegungszwanges bei Geltendmachung der Hypothek.

3. *Walsmann, Verzicht 268 ff. Die dem Eigentümer im § 1160 eingeräumten Rechte können von vornherein ausgeschlossen werden; das geschieht durch formlosen Vertrag, der zur Wirkung gegenüber gutgläubigen Dritten der Eintragung bedarf. Ist die Hypothek ohne diesen Ausschluß entstanden, so kann der Eigentümer durch formlose Erklärung gegenüber dem Gläubiger auf die Rechte aus § 1160 verzichten; zur Wirkung gegen gutgläubige Dritte bedarf der Verzicht der Eintragung. Über die Eintragungsmöglichkeit vgl. 269 f. daselbst.

§ 1163. I. Das Wesen der Eigentümerhypothek. Ebbecke, R. **12** 463. Die Eigentümerhypothek.

II. Nichtentstehung der Eigentümerhypothek. BayObLG. **13** 357 (BayObLG.). Im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung erloschene, wenn auch noch nicht gelöschte Hypotheken sind nicht Eigentümerhypotheken des BGB. geworden.

III. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek. 1. Der Fall der Nichtentstehung der Forderung. a) **RG.** JW. **12** 402. Zur Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek genügt nach

dem § 873 BGB. die dort vorgesehene Einigung und die Eintragung; die Entstehung des Hypothekenrechts für den Gläubiger aber setzt außerdem und abgesehen von dem für Briefhypotheken bestehenden Erfordernisse der Übergabe des Hypothekenbriefs (§ 1117) noch die Entstehung der durch sie zu sichernden Forderung voraus. Solange und soweit diese nicht entstanden ist, steht die Hypothek dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu (§§ 1163, 1177). Dies gilt für alle Hypotheken, nach dem vom erkennenden Senat nach Schwankungen in dem Urt. **RG. 75** 250 Nr. 60 eingenommenen Standpunkt auch für Höchstbetragshypotheken und jedenfalls für andere für künftige Forderungen bestellte Hypotheken (vgl. **RG. 51** 10). . . . Daß der § 161 sich nur auf eine eigentliche (rechtsgeschäftlich gesetzte) Bedingung bezieht, ist klar. Die Entstehung der durch eine Hypothek zu sichernden Forderung aber ist, insoweit davon die Entstehung des Hypothekenrechts abhängt, keine solche Bedingung, sondern ein zum gesetzlichen Entstehungstatbestande dieses Rechtes gehöriger Umstand. Bevor dieser Umstand verwirklicht wird, besteht nur eine — wennschon vom Willen des Eigentümers unabhängige — Möglichkeit des Erwerbes. . . . Wenn auch nur einer der mehreren zum gesetzlichen Entstehungstatbestand eines Rechtes gehörenden Umstände erst nach der Konkurseröffnung verwirklicht wird, so findet der Erwerb erst nach diesem Zeitpunkte statt und findet deshalb der § 15 KO. Anwendung. **b)** *Kuttner, JheringsJ. **61** 160. Wenn feststeht, daß zur Zeit der Eintragung der Hypothek die Forderung nicht bestand und der Hypothekengläubiger behauptet, die Forderung sei nachher entstanden, so trifft den Grundstückseigentümer die volle Beweislast für die Unrichtigkeit des vom Hypothekengläubiger behaupteten nachträglichen Entstehungsgrundes.

2. Der Fall des § 932 ZPO. **a)** **RG.** 4. 3. 12, **78** 398, JW. **12** 645. Aus § 932 Abs. 2 ZPO. folgt, daß, wenn durch eine vollstreckbare Entscheidung der Arrestbefehl, sei es auf Widerspruch wegen Unrechtmäßigkeit des Arrestes (§ 925 Abs. 2 ZPO.), sei es wegen Nichterhebung der Klage in der Hauptsache (§ 926 ZPO.), oder wegen veränderter Umstände (§ 927 ZPO.) aufgehoben wird, der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Arresthypothek erwirbt. Vorliegend ist durch das vollstreckbare Urteil vom 7. Dezember 1908 der Arrest als ungerechtfertigt aufgehoben. Wäre daher die Klägerin zu dieser Zeit noch Eigentümerin der Grundstückshälfte gewesen, auf die für den Beklagten die Arresthypothek eingetragen worden war, so hätte sie die Hypothek erworben. Jedoch hatte der Beklagte schon vorher durch Zuschlagsbeschluß vom 6. November 1908 das Eigentum an der Grundstückshälfte erlangt. Trotzdem meint der Berufungsrichter, daß die Hypothek auf die Klägerin übergegangen sei. Dieser Ansicht ist, soweit sie sich auf die bezeichneten Vorschriften der ZPO. gründet, nicht beizutreten. Die Vorschrift des § 868 ZPO. ist der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 BGB. nachgebildet. Jedoch ist dies dahin einzuschränken, daß die Nachbildung nur den Satz 2 des § 1163 Abs. 1 betrifft. . . . (404): Entsprechend ist im § 868 ZPO. als Eigentümer derjenige als gemeint zu erachten, welcher zur Zeit des Eintritts der dort bezeichneten Tatbestände der Eigentümer des mit der Zwangshypothek belasteten Grundstücks ist. Dies ergibt sich auch, ebenso wie im Falle des Satzes 2 § 1163 Abs. 1 BGB. unmittelbar aus dem Wortlaute der Vorschrift. Denn soll sich durch den Eintritt der fraglichen Tatbestände der Erwerb der für den Gläubiger eingetragenen Hypothek für den Grundstückseigentümer vollziehen, so muß der Erwerbende Eigentümer des Grundstücks sein; wem früher das Grundstück gehört hat, ist zu der maßgebenden Zeit des Eintritts der Tatbestände nicht Eigentümer und kann daher die Hypothek nicht erwerben. . . . (405): Dies hat für sämtliche Fälle, also auch für den Fall der Aufhebung wegen mangelnder Rechtmäßigkeit,

zu gelten. . . . (406): In der Rechtslehre wird die Ansicht vertreten, daß eine Zwangshypothek nur nach Maßgabe des § 868 ZPO. zur Eigentümerhypothek werden könne und daß die aus dem BGB. sich ergebenden allgemeinen Gründe des Überganges einer Hypothek auf den Eigentümer, insbesondere die im § 1163 Abs. 1 BGB. vorgesehenen, auf die Zwangshypothek keine Anwendung finden. Wäre dies zutreffend, so müßte folgerichtig auch hinsichtlich der Arresthypothek angenommen werden, daß sie nur beim Eintritte der prozessualen Tatbestände, die den im § 868 ZPO. bezeichneten entsprechen, zur Eigentümerhypothek werde. Es ist jedoch der herrschenden Meinung beizutreten, wonach die materiell-rechtlichen Bestimmungen des BGB. über Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer von der Anwendung auf die Zwangshypothek nicht durch die Vorschrift des § 868 ZPO. ausgeschlossen sind, sondern neben dieser Vorschrift auch für die Zwangshypothek Geltung haben, und das Entsprechende ist auch bezüglich der Arresthypothek anzunehmen. . . . (407): Auch wenn ein Tatbestand vorliegt, der nach der ZPO. den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer herbeiführt, kann an sich die Anwendung der Vorschriften des BGB. über den Erwerb einer Eigentümerhypothek nicht ausgeschlossen sein, da die Tatsachen, mit deren Eintritt das BGB. den Erwerb der Eigentümerhypothek verbindet, anders geartet sind. Hierbei ist allerdings die Einschränkung zu machen, daß, nachdem sich durch jenen Tatbestand der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer vollzogen hat, für den späteren Erwerb einer Eigentümerhypothek nach den Vorschriften des BGB. kein Raum mehr ist; denn der Eigentümer ist dann eben bereits Inhaber der Hypothek. Anderseits ist aber, wenn bereits nach den Vorschriften des BGB. die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist, auch ausgeschlossen, daß durch den späteren Eintritt eines prozessualen Tatbestandes der fraglichen Art noch der Erwerb einer Eigentümerhypothek bewirkt wird. Denn im § 868 ZPO. wird, wie sich aus seinem Wortlaut ergibt, vorausgesetzt, daß die Hypothek dem als Gläubiger Eingetragenen wirklich zusteht und noch nicht auf den Eigentümer übergegangen ist. . . . (408): Die Meinung, daß die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. auf die Zwangshypothek und die Arresthypothek deshalb nicht anwendbar sei, weil die gesicherte Forderung nicht die ursprüngliche, sondern die durch den vollstreckbaren Schuldtitel oder den Arrestbefehl verkörperte Forderung sei, kann nicht gebilligt werden. Der vollstreckbare Titel und der Arrestbefehl ersetzen hier nur die nach § 873 BGB. zur Entstehung einer Hypothek erforderliche Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer, sowie die im § 19 GBO. bezeichnete Eintragungsbewilligung des Eigentümers (vgl. **RG. 61** 428). Das Wesen der Forderung wird dadurch nicht verändert, daß sie durch Eintragung einer Zwangshypothek oder einer Arresthypothek gesichert wird, und ihre rechtliche Beziehung zu der für sie eingetragenen Sicherungshypothek ist, wenn die Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung bewirkt worden ist, keine andere, als wenn die Eintragung auf vertraglicher Grundlage erfolgt ist. . . . Nach der demgemäß auf eine Arresthypothek anwendbaren Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. steht die Hypothek, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, dem Eigentümer zu. Dies hat, wie anerkannten Rechtens ist, die Bedeutung, daß die Hypothek im Falle des Nichtbestehens der gesicherten Forderung von dem als Gläubiger Eingetragenen überhaupt nicht erworben wird, sondern von vornherein dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung zusteht, und zwar gemäß § 1117 Abs. 1 BGB. als Grundschuld (vgl. **RG. 51** 43, **55** 220). Auch wenn demnächst das Eigentum an dem belasteten Grundstück auf einen anderen übergeht,

verbleibt das Gläubigerrecht an der zur Grundschuld gewordenen Hypothek, sofern nicht eine besondere Übertragung erfolgt, dem früheren Eigentümer (vgl. **RG.** 55 200). b) SeuffA. **67** 171 (KG.). Die Arrestsicherungshypothek steht nach Aufhebung des Arrestes dem Arrestbeklagten zu, auch im Falle eines Eigentumswechsels. Dieser Fall steht dem Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. gleich. Denn .... die Aufhebung des ungerechtfertigten Arrestes, mag sie wegen des Mangels der Bescheinigung der Forderung oder wegen des Mangels der Dringlichkeit erfolgen, wirkt ex tunc, mit Rückbeziehung auf den Zeitpunkt des Arrestes. Durch das Urteil, welches den Arrest aufhebt, ist festgestellt, daß er niemals gerechtfertigt war. Im § 945 ZPO. ist dieser Satz als richtig ausdrücklich vorausgesetzt: „Erweist sich die Anordnung eines Arrestes als von Anfang an ungerechtfertigt usw." Der Arrest kann nach § 927 auch nach der Bestätigung wegen veränderter Umstände aufgehoben werden, dann war er nicht von Anfang an ungerechtfertigt, sondern ist erst später infolge der Veränderung der Umstände ungerechtfertigt geworden. Ist aber der wegen Mangels der ursprünglichen Berichtigung aufgehobene Arrest „von Anfang an ungerechtfertigt", so steht durch das Urteil fest, daß die Arresthypothek für den Arrestkläger nicht hätte eingetragen werden dürfen, ... daß eine durch Sicherheitshypothek zu sichernde Forderung von Anfang an nicht vorhanden war.... Hiernach besteht im vorliegenden Falle die Voraussetzung des Satzes 1 des § 1163, dagegen ist die Voraussetzung des Satzes 2 nicht gegeben. Denn durch das Urteil, welches nicht konstitutiv wirkt, ist der Arrestanspruch nicht zum Erlöschen gebracht, sondern nur deklarativ festgestellt, daß eine Forderung des Arrestklägers nicht sofort zu sichern ist.

IV. Der Fall der Amortisationshypothek. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **56** 1157. Der vertragsmäßige Ausschluß des Guthabens der Veräußerer an dem Tilgungsfonds des Kur- und Neumärkischen Ritterschaftlichen Kreditinstituts ist als solcher nach der rechtlichen Natur dieses Fonds wirkungslos. Denn nach dem § 18 des für dieses Kreditinstitut geltenden Regulativs vom 15. März 1858 (GS. 73 ff.) ist dies Guthaben eine mit dem Gute untrennbar verbundene Forderung, die auf jeden neuen Erwerber des Gutes übergeht und ohne das Gut weder abgetreten oder Gegenstand einer Verfügung des Gutsbesitzers werden, noch von einem Dritten beansprucht oder mit Beschlag belegt werden kann.... Der aus den Mehrzahlungen zu bildende Amortisationsfonds hat derart eine gegenüber dem Gutsbesitzer selbständige rechtliche Existenz und steht derart im Eigentume der Landschaft, daß dem Gutsbesitzer auf Grund seiner Zahlungen nur der schuldrechtliche Anspruch zusteht, daß die gezahlten Beträge später, beim Eintritte gewisser Bedingungen, zur Tilgung der Pfandbriefschuld verwendet werden. Die Verwendung der Guthaben der einzelnen Güter am Tilgungsfonds zur Tilgung findet „auf Antrag des Gutsbesitzers" jedesmal statt, wenn ein Guthaben von mindestens zehn Prozent der auf dem Gute haftenden Darlehnsschuld aufgesammelt ist, jedoch alsdann nur in Raten, welche mit runden 1500 M. abschließen (§ 23). Bis zu dieser Verwendung des der Landschaft eigentümlichen Fonds besteht die Darlehnsschuld in voller Höhe weiter und ist in dieser Höhe auch zu verzinsen. Die Darlehnshypothek und das Guthaben am Fonds bilden hiernach zwei selbständig einander gegenüberstehende Schuldverhältnisse. Hinsichtlich der Hypothek ist die Landschaft Gläubiger, hinsichtlich des Guthabens der Gutsbesitzer, dieser derart, daß er bis zum Eintritte der Voraussetzungen des § 23 über das Guthaben in keiner Weise verfügen kann (§ 18). Die Verwendung setzt eine auf Aufrechnung gerichtete rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Gutsbesitzers, nämlich den im § 23 bezeichneten „Antrag" voraus.

2. OLG. **24** 247 (Marienwerder). Bei land(ritter)schaftlichen Kreditanstalten ist der Eigentümer zur Verfügung über den amortisierten Teil des

Darlehens vor völliger Tilgung oder der satzungsgemäß zugelassenen Aufrechnung nicht berechtigt. Die Tilgungsquoten werden angesammelt, ohne zur sofortigen Befriedigung der Gläubigerin zu dienen. Das Guthaben ohne Tilgungsfond bildet ein Zubehör des Grundstücks und ist im Gegensatze zur Eigentümerhypothek der Verfügungsgewalt des Tilgenden in wesentlichen Punkten entzogen. Anders verhält es sich bei den übrigen Amortisationshypotheken. Hier übt die Entrichtung von Teilbeiträgen auf den Bestand der Hypothekenforderung dieselbe Wirkung aus, wie jede andere auf das Kapital geleistete Abzahlung. Danach erwirbt der Eigentümer, soweit er die Forderung tilgt, kraft Gesetzes die Hypothek als Eigentümerhypothek oder, wenn er zugleich der persönliche Schuldner ist und demnach die Forderung erlischt, als Eigentümergrundschuld. Er behält sie selbst dann, wenn das Grundstück freiwillig einem anderen veräußert wird (vgl. PosMSchr. **09** 25/26).

3. Busch, ZBlFG. **12** 729 ff. (737). Die Entsch. des RG. (**RG. 55** 220) bezieht sich nur auf solche Tilgungshypotheken, bei denen nach der zwischen dem Gläubiger und Eigentümer getroffenen Verabredung die Amortisationsbeträge sofort zur Tilgung der Schuld gezahlt werden. Anders dagegen, wenn nach dem Darlehnsvertrage die Amortisationsbeiträge nicht zur alsbaldigen Tilgung der Hypothek dienen, sondern als besonderes Guthaben des Schuldners eine Zeitlang aufgesammelt werden. Hier tritt die Tilgung der Hypothek erst mit der Zeit der nachmaligen Aufrechnung ein (Posen 30. 1. 03, ZBlFG. **3** 740 Nr. 438 a; OLG. **6** 148; Stuttgart 2. 10. 03; DJZ. **04** 319, 320; KG. 11. 10. 06; ZBlFG. **7** 526 a. E.; vgl. auch KGJ. **20** A 208, **26** A 147). Ist diese Aufrechnung bis zur vollständigen Abtragung des Kapitals aufgeschoben, so entsteht die Eigentümerhypothek erst mit diesem Augenblicke (KGJ. **26** A 145 und die eben angezogenen Entsch.). Kann nach der Schuldurkunde der Eigentümer nur nach Zahlung eines bestimmten Teilbetrags der Hypothek (30 000 M. von 50 000 M.) Löschung des getilgten Teiles verlangen, so entsteht eine Eigentumshypothek nicht schon mit jeder beliebigen Zahlung, sondern erst dann, wenn der festgesetzte Betrag erreicht ist. Denn die Tatsache, daß erst bei Tilgung eines bestimmten Betrags eine entsprechende Abschreibung an der Hypothek zugelassen ist, weist darauf hin, daß bis zur Gewährung dieser Summe die Hypothek noch unvermindert verbleiben, die gezahlten Beträge noch nicht wirkliche Tilgung bedeuten sollen, sondern nur Rechnungsposten für die künftige Abrechnung (Dresden 8. 12. 05; OLG. **14** 117; ZBlFG. **7** 746 Nr. 681).

4. Busch, ZBlFG. **12** 729 ff. (738). Die Rechtsverhältnisse des Eigentümers zu dem Amortisationsfonds, wie sie bei Landschaften bestehen, können nur auf Grund des landschaftlichen Sonderrechts erwachsen. Bestimmungen anderer Kreditinstitute, insbesondere der Sparkassen und Hypothekenbanken, daß bei einer auf Tilgung gewährten Hypothek das Amortisationsguthaben dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zustehen solle, haben keine dingliche Wirkung (ZBlFG. **9** 745 Nr. 741).

5. BreslauAK. **12** 20 (Breslau). Auch die Amortisationshypotheken der Schlesischen Boden-Kredit-Aktien-Bank unterstehen der Regel des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. . . . An diesem Ergebnisse können auch die entgegenstehenden Bestimmungen der Bankstatuten nichts ändern.

V. Die Pfändung der Eigentümerhypothek. 1. **RG.** JW. **12** 297, WarnE. **12** 130, R. **12** Nr. 752. Die Anwartschaft auf eine (künftige) Eigentümergrundschuld ist an sich als pfändbar anerkannt (**RG. 51** 116, **56** 14, **61** 376, auch JW. **04** 365 Nr. 30). Bei der Pfändung einer jeden bedingten Eigentümergrundschuld aber bereitet die nach §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO. bei Buchgrundschulden erforderliche Eintragung im Grundbuche (**RG. 55** 378) Schwierigkeiten. Denn nach der Rechtsprechung des RG. (**RG. 72** 275, **61** 376,

56 14, **75** 250) sind bedingte Eigentümergrundschulden und Verfügungen darüber (Pfändungen) im Grundbuche nicht eintragbar.

2. HansGZ. **12** Beibl. 46, OLG. **23** 213 (Hamburg). Nach § 830 ZPO. ist zur Pfändung einer hypothekarischen Forderung die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich. Diese ist hier nach Aussage des Notars D. zu seinen Händen, und zwar zwecks Bildung eines Teilhypotheken- und Grundschuldbriefs erfolgt. Mit Unrecht bemängelt Klägerin, daß die Erlangung eines mittelbaren Besitzes den Vorschriften des § 830 nicht genüge, denn der Notar D. handelte nach seiner Aussage als Vertreter der Beklagten und war von ihr mit der Ordnung eben dieser Angelegenheit betraut. Richtig ist zwar, daß im Interesse der Verkehrssicherheit die Erlangung des Besitzes durch den Gläubiger erfordert wird, aber eine Gefährdung der Rechtssicherheit tritt nicht dadurch ein, daß der Gläubiger seinem Sachwalter, der für ihn mit der Angelegenheit befaßt ist, den Brief übergeben läßt. Die vom Vorderrichter zitierte Entsch. (**RG. 59** 318) betrifft einen ganz anders gelagerten Fall und ist daher hier nicht heranzuziehen. Noch weniger kann die Klägerin mit dem Einwande gehört werden, daß ein Grundschuldbrief noch nicht gebildet gewesen sei und ein solcher mithin sich im Besitze der Beklagten nicht befunden habe. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen es sich um den Teil einer eingetragenen Hypothek handelt, ist die Übergabe des Briefes, welche nach § 830 bei Pfändung der ganzen Hypothekenforderung erfolgen muß, als erforderlich und ausreichend anzusehen, sofern sie in der Absicht geschieht, gemäß § 1145 BGB. die Bildung eines Teilbriefs zu veranlassen. Dies ist hier geschehen.

§ 1164. **RG.** R. **12** Nr. 67. Für die Entscheidung der Frage, ob eine von dem persönlichen Schuldner geleistete Zahlung zwecks Tilgung oder zwecks Erwerbes einer Hypothek erfolgt ist, kann die zeitliche Aufeinanderfolge von Zahlung und Abtretung herangezogen werden.

§ 1165. Lippmann, AZivPr. **109** 219 (224). Planck (N. 1 zu § 1165) gibt zu, daß § 1165 im unmittelbaren Zusammenhange mit § 1164 stehe. Trotzdem behauptet er für § 1165 noch eine weitere Voraussetzung. Die Wirkung der Befreiung des persönlichen Schuldners solle nämlich dann nicht eintreten, wenn die Hypothek infolge ihres Ranges oder des geringen Wertes des Grundstücks dem persönlichen Schuldner keine Befriedigung für seine Ersatzforderung an den Eigentümer gewährt haben würde. Er will also dem persönlichen Schuldner auch noch den besonderen Beweis einer Sicherheit der Hypothek, wie sie vor der Disposition des Gläubigers war, auferlegen. Dies ist nicht haltbar. Hat denn im Falle des § 1164 der persönliche Schuldner gegen die Klage des Gläubigers auf Zahlung, um sich die Hypothek zu erhalten, noch den besonderen Nachweis einer Sicherheit durch Rang oder Wert zu führen? Nach § 1164 erwirbt er ohne weiteres die Hypothek, wie sie eben ist, mit ihren Vorzügen, ihren Gebrechen. Und auch im Falle des § 1165 können danach Vorzüge oder Gebrechen der Hypothek nicht weiter in Frage kommen.

§ 1166. 1. **RG.** WarnE. **12** 97, R. **12** Nr. 2252. Der § 1166 BGB. ist weder unmittelbar, noch entsprechend auf den Fall anwendbar, daß der Gläubiger verpflichtet sein soll, den Bürgen von einem gegen den Hauptschuldner eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren Nachricht zu geben (vgl. **RG. 65** 135 ff.).

2. Lippmann, AZivPr. **109** 219 (227). Was den Zusammenhang des § 1166 mit § 1165 vermittelt, ist der Gedanke, daß auch das auf Antrag des Gläubigers eingeleitete Zwangsversteigerungsverfahren eine Disposition ähnlich der im § 1165 ist. Und die Wirkung dieser Disposition ist die gleiche, wie die des § 1165. Mit durchgeführter Zwangsversteigerung ist die Hypothek verschwunden. Der Unterschied der Fälle liegt nun aber in folgendem: Gegen die Disposition des § 1165 hat der persönliche Schuldner überhaupt keine Macht. Er muß sie unbedingt respektieren. Aber eben deshalb wird er auch sofort und unbedingt frei. Im Falle des

§ 1166 kann der persönliche Schuldner die ihm nachteiligen Folgen einer Zwangsversteigerung allerdings in irgendwelcher Weise noch abwehren.

3. *Walsmann, Der Verzicht 271. Das Verweigerungsrecht des persönlichen Schuldners kann von vornherein durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen werden. Der Schuldner kann jedoch auch nachträglich, sobald das Einrederecht nach Eintritt der Voraussetzungen entstanden ist, durch einseitige formlose Erklärung gegenüber dem Gläubiger auf die Einrede verzichten. Eine Eintragung kommt nicht in Frage.

§ 1168. *Walsmann, Der Verzicht 265. Die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek zerfällt ihrem Wesen nach in zwei Arten, in die eigentliche Aufhebung der Hypothek schlechthin und in die Aufhebung der hypothekarischen Berechtigung lediglich in der Person des berechtigten Gläubigers. Ihrem Wesen nach sind beide Aufhebungsarten Verzicht: sie sind einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen zum Zwecke und mit dem Erfolge der Aufhebung eines Rechtes. Diese Wirkung tritt ipso jure ein. Daß bei der zweiten Aufhebungsart, die das BGB. im § 1168 allein als Verzicht bezeichnet, die Hypothek nicht zu existieren aufhört, sondern als Eigentümerhypothek auf den Eigentümer übergeht, ist in Hinsicht auf den Verzichtsbegriff gleichgültig. Denn dieser verlangt nur, daß der Wille des Berechtigten auf die Aufhebung seines Rechtes gerichtet ist und dieser Erfolg eintritt.... § 1168 findet keine Anwendung auf den Verzicht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse.

§ 1169. 1. Josef, AcivPr. **109** 187. Zu den Einreden, die der Eigentümer dem bösgläubigen Erwerber einer Hypothek entgegensetzen kann, gehört auch die Einrede, daß der Zedent nach einem mit dem Eigentümer getroffenen fiduziarischen Abkommen zur Abtretung der Hypothek nicht berechtigt gewesen sei. Da durch diese Einrede die Geltendmachung der Hypothek dauernd für den Erwerber ausgeschlossen ist, so ist er nach § 1169 verpflichtet, auf die Hypothek zu verzichten. Die gleiche Verpflichtung ergibt sich auch aus §§ 826, 249, wofern der Erwerber durch arglistiges, auf Schädigung des Eigentümers gerichtetes Zusammenwirken mit dem Zedenten die Hypothek erworben hat.

2. *Walsmann, Der Verzicht 272. Nach § 1169 kann der Eigentümer, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Das Recht des Eigentümers dient zur Klärung der Sachlage und ist demgemäß ähnlich wie der Berichtigungsanspruch Zustandsrecht. Ein Verzicht auf dieses Recht ist ausgeschlossen. Vielfach wird freilich dem Eigentümer freistehen, auf die zugrunde liegende Einrede zu verzichten und damit dem Rechte aus § 1169 den Boden zu entziehen.

§ 1171. BadNotZ. **12** 169 (GBA. Mannheim). Die Löschung einer Hypothek eines Gläubigers mit unbekanntem Aufenthalte kann auch auf Grund Hinterlegung des zu löschenden Betrags erfolgen.

§ 1172. *Walsmann, Der Verzicht 268. Der Gläubiger einer Gesamthypothek kann den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet. Auf diese Verteilung findet die allgemeine Vorschrift des § 875 Anwendung. Die Verteilung hat zwar zugleich als Rechtsfolge das Erlöschen der Hypotheken hinsichtlich des den anderen Grundstücken zugeteilten Betrags. Aber ein Verzicht liegt nicht vor. Denn dieses Erlöschen ist nur sekundäre Folge der auf positive Wirkungen gerichteten Verteilung. Diese Verteilung ist vielmehr die Ausübung einer besonderen im Rechte des Gesamthypothekengläubigers enthaltenen Gestaltungsbefugnis. Daß diese Verteilung nach der Struktur des BGB. vom teilweisen Verzichte, der seine Rege-

lung im § 1175 findet, zu unterscheiden ist, geht schon daraus hervor, daß sonst der Abs. 2 des § 1132 überflüssig wäre.

§ 1173. 1. KGJ. **41** 243, RJA. **11** 283, R. **12** Nr. 2671 (KG.). Bezahlt einer der Miteigentümer die auf dem ganzen Grundstücke haftende Hypothek, so erwirbt, wenn er namens aller Miteigentümer zahlt, jeder Miteigentümer einen der Höhe seines Miteigentumsanteils entsprechenden realen Teil der Hypothek. Zahlt der Miteigentümer nur im eigenen Namen, so erwirbt er die Hypothek in voller Höhe auf seinen Anteil und im Falle des Bestehens eines Rückgriffsrechts auch auf den Anteil des Rückgriffsverpflichteten.

2. Die Entsch. des RG. JDR. **10** zu § 1173 Ziff. 3a auch **RG. 77** 199, Schl. HolstAnz. **12** 10 und SeuffA. **67** 231.

3. Strohal, IheringsJ. **61** 59 (91). Die rechtliche Natur des im § 1173 verlangten Ausgleichungsverhältnisses besteht in einer schuldrechtlichen Beziehung zwischen dem Ausgleichungspflichtigen zu dem Ausgleichungsberechigten, vermöge deren jener diesem gegenüber in bestimmtem Umfange zur Befriedigung des Gläubigers persönlich verpflichtet ist. Diese Verpflichtung bleibt an demjenigen, in dessen Person sie entstanden ist, haften, auch wenn er das Eigentum an dem von ihm erworbenen Grundstück auf einen anderen übertragen hat, und an dem Bestande dieser Verpflichtung wird auch dadurch nichts geändert, daß der Gläubiger auf die Hypothek an dem dem Ausgleichungspflichtigen noch gehörenden oder von ihm auf einen Rechtsnachfolger übergegangenen Grundstücke verzichtet und den Eintritt des Ausgleichungsberechtigten in diese Hypothek dadurch vereitelt hat. Ein solches Verhältnis ist selbst dadurch noch nicht gegeben, daß jeder von mehreren Grundstückseigentümern für dieselbe ihm fremde Schuld auf seinem Grundstücke dem Gläubiger eine Hypothek bestellt.

4. Strohal, IheringsJ. **61** 93. Obschon der den Gläubiger befriedigende Eigentümer eines von mehreren mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke in Ansehung des durch den Wert des Grundstücks gedeckten Betrags in die Hypothek an dem Grundstück eines anderen Eigentümers nach § 1173 nur insoweit eintritt, als ihm gegenüber diesem oder gegenüber dessen Rechtsvorgänger ein Ausgleichungsanspruch zusteht, so ist damit doch noch nicht entschieden, daß dem die Durchführung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück durch vollständige Befriedigung des Gläubigers abwendenden Eigentümer der Eintritt in das zur Zeit der Zahlung noch vorhandene Recht des Gläubigers an den anderen Grundstücken auch in Ansehung des durch den Wert seines Grundstücks nicht gedeckten Betrags versagt sein soll. Für einen derartigen Eintritt spricht besonders, daß § 1173 der Befriedigung des Gläubigers durch einen Eigentümer den Fall der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Gläubigerrechts auf einen Eigentümer gleichstellt. Beispiel: Für eine Forderung von 10 000 haften drei Grundstücke, von denen eines den Anspruch des Gläubigers nur in Höhe von 2000 deckt. Der Eigentümer dieses Grundstücks erwirbt später das Forderungsrecht. Soll hier — wenn ein schuldrechtliches Ausgleichungsverhältnis unter den verschiedenen Eigentümern nicht besteht — der Erwerb der Forderung durch den Eigentümer wirklich zur Folge haben, daß die Hypothek an den anderen zwei Grundstücken vollständig erlischt. Eine Abhilfe wird jedoch durch die naheliegende Annahme gewonnen, daß § 1173 bei seinen Bestimmungen von der Voraussetzung ausgeht der Betrag der Forderung sei durch den Wert des dem zahlenden oder dem das Forderungsrecht erwerbenden Eigentümer gehörenden Grundstücks gedeckt. Soweit dies nicht zutrifft, würde dieser Eigentümer bezüglich des Eintritts in alle Rechte des befriedigten Gläubigers jedem anderen Interessenten gleichstehen, der zu einer Einlösungszahlung berufen ist.

§ 1175. **RG.** ZBlFG. **13** 397. Der Gesamthypothekengläubiger kann, wenn einzelne der verhafteten Grundstücke zur Zwangsversteigerung kommen, auf die Befriedigung aus diesen Grundstücken auch dann noch verzichten, wenn er im Verteilungstermine bereits liquidiert hat und der Betrag infolge Widerspruchs nacheingetragener Hypothekengläubiger hinterlegt worden ist. Die Hypothek bleibt insoweit auf den mitverhafteten Grundstücken bestehen.

§ 1177. Lurje, DJZ. **12** 1468. § 1177 Abs. 1 erfordert eine juristisch erhebliche Vereinigung. Es genügt nicht die tatsächlich eingetretene Vereinigung.

§ 1179. I. Wesen der Vormerkung. 1. Voß, LeipzZ. **12** 354. Geht man einmal von der Erwägung aus, daß die im § 1179 BGB. vorausgesetzte Löschungsverpflichtung den Zweck hat, eine rechtsändernde Anordnung nicht in Anlehnung an den Grundbuchstand zu bestimmen, wie es die im § 883 vorausgesetzten schuldrechtlichen Verpflichtungen tun, sondern vielmehr im Gegensatze zu der vom Rechte als Regel vorausgesetzten grundbuchmäßigen Verfügungsgewalt, dann muß man folgerichtigerweise den rechtsändernden Schwerpunkt in die Grundverpflichtung als Hauptverpflichtung legen. Die grundbuchmäßige Ausführung nimmt hiermit trotz ihres konstitutiven Ursprungs das Gepräge einer darstellenden Beurkundung an. Ihre Rechtmäßigkeit beurteilt sich allein danach, ob sie sich mit der Hauptverpflichtung in Übereinstimmung hält. Widerspricht sie dieser, so gewährt sie dem Verfügungsberechtigten einen Vorteil, auf den er dem Sicherungsberechtigten gegenüber keinen Anspruch hat. Sie bereichert den Urheber, wenn auch nicht unmittelbar aus dem Vermögen, so doch im Sinne des § 812 BGB. auf Kosten des anderen. Aus dem Ausgeführten ergibt sich, daß und weshalb die Vorschrift des § 24 KO. auf Löschungsverpflichtungen, die dem § 1179 BGB. folgen, nicht anwendbar ist. Der § 24 KO. bezieht sich, wie sein Wortlaut erkennen läßt, nur auf solche Ansprüche, die eine Änderung des materiellen durch das Grundbuch nachgewiesenen Rechtsstandes zum Gegenstande haben (§ 883 BGB.), während die Vormerkung aus § 1179 BGB. zur Sicherung einer Änderung in der formellen Darstellung des Grundbuchs gegeben ist. . . . (362): Es liegt kein Grund vor, die Vorschrift des § 1179 in einem Sinne einzuengen, der zur völligen Unterordnung der Vormerkung des § 1179 unter die Vormerkungen des § 883 führt. Eine solche Auslegung führt zu einer Einschränkung des Eigentümers, die seiner durch die Natur der Sache geforderten Bewegungsfreiheit widerspricht und die Grundbuchverfassung zu einer Fessel macht.

2. Voß, LeipzZ. **12** 277. Der § 1179 BGB. ist folgendermaßen auszulegen: Verzichtet der Eigentümer einem anderen gegenüber auf die Anwartschaft der künftigen Eigentümerhypothek und verpflichtet er sich demzufolge, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

II. Fälle der Vormerkung. 1. **RG.** WarnE. **12** 429, R. **12** Nr. 1802. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung einer Hypothek auch für den Fall der Nichtentstehung der Hypothekenforderung bestellt werden, da die Worte im § 1179 BGB. „wenn die Hypothek sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt" den Fall der Vereinigung zufolge Nichtentstehung der Forderung nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. mitumfassen (**RG. 52** 9, JW. **08** 275 Nr. 11, WarnE. **11** Nr. 193, 379). In einem solchen Falle . . . ist der Vormerkungsberechtigte, wenn ihm ein Anspruch auf Löschung wegen Nichtentstehung der Forderung gegen den Grundstückseigentümer zusteht, gegen Verfügungen, die seinen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden, nicht nur dann geschützt, wenn es sich um Verfügungen

des Grundstückseigentümers über die ihm wegen Nichtentstehung der Forderung gemäß §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 BGB. zustehende Grundschuld handelt, sondern auch dann, wenn die Verfügungen von demjenigen, der zwar als Gläubiger eingetragen, aber wegen Nichtentstehung der Forderung nicht wahrer Gläubiger ist, über die Hypothek getroffen sind. Diese Rechtsauffassung ist vom erkennenden Senate mehrfach ausgesprochen (vgl. JW. **08** 275 Nr. 11; WarnE. **11** Nr. 124, 184, 193, 379), und auch in der Rechtslehre wird sie vertreten (vgl. Staudinger [7/8] Anm. 1 k zu § 1179 BGB.).

2. **RG.** R. **12** Nr. 1803. Ist für einen nachstehenden Gläubiger eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung einer vorstehenden Hypothek eingetragen und kommt das Grundstück zur Zwangsversteigerung, bevor die vorstehende — nicht valutierte — Hypothek gelöscht ist, so kann der nachstehende Gläubiger den auf die nicht gelöschte Hypothek fallenden Erlösteil zur Befriedigung seiner Hypothek beanspruchen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1804. Die Löschungsvormerkung bei einer Baugeldhypothek hat den Sinn, daß Löschung der Baugeldhypothek erst dann verlangt werden kann, wenn und soweit bei Abwickelung des Kreditverhältnisses sich ergibt, daß eine Forderung des Geldgebers nicht besteht. Bis dahin ist auch eine mit Einwilligung des Grundstückseigentümers erfolgende Zession der Baugeldhypothek zulässig.

4. ElsLothNotZ. **12** 281 (LG. Straßburg). Eine Vormerkung des Anspruchs des Hypothekars auf Löschung seiner eigenen Hypothek, sobald und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, kann auf Grund der Bewilligung durch den Eigentümer eingetragen werden.

III. Wirkung der Vormerkung. 1. RJA. **11** 240, BreslauAK. **12** 12, R. **12** Nr. 1615 (KG.). Durch die Eintragung einer Vormerkung wird eine Sperre des Grundbuchs nicht herbeigeführt (KGJ. **33** A 293). Der Grundstückseigentümer ist daher trotz des durch eine Vormerkung aus § 1179 BGB. gesicherten Anspruchs eines Dritten auf Löschung der Eigentümerhypothek zu Verfügungen über diese befugt. Der Vormerkungsberechtigte wird durch die Vorschrift des § 888 BGB. geschützt. Dies muß auch gegenüber den hier fraglichen Rechtsakten gelten. Allerdings enthält sowohl die Ersetzung der Forderung durch eine andere wie auch die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek nicht oder wenigstens nicht notwendig eine Verfügung über eine bereits bestehende Eigentümerhypothek. Indessen liegt in der Zustimmung des Eigentümers zu den beiden genannten Rechtsakten eine Verfügung des Eigentümers über die Rangstelle, deren Beseitigung der Zweck der Vormerkung des § 1179 BGB. ist. Eine solche Verfügung ist daher nach § 883 Abs. 2 BGB. insoweit unwirksam, als sie den vorgemerkten Löschungsanspruch vereiteln und beeinträchtigen würde. Die Vormerkungsberechtigten sind also auch insoweit durch § 888 Abs. 1 BGB. geschützt. In der Rechtslehre (v. Staudinger, BGB. [5/6] III, 1133 Anm. 2 zu § 1186; Komm. v. RGR. I, 1133 Anm. 2 zu § 1186 BGB.; Güthe, GBO. II, 1633, 1634 Ziff. 8 a) wird denn auch die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten nur zu dem Zwecke gefordert, um die Unwirksamkeit gemäß § 883 Abs. 2 BGB. auszuschließen.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1794. Die §§ 883 Abs. 2 und 888 Abs. 1 gelten als für Vormerkungen allgemein gegebene Vorschriften auch für die Löschungsvormerkung.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1625. Auch dritte Realgläubiger sind berechtigt, sich zu ihrem Vorteil auf eine Löschungsvormerkung zu berufen.

IV. Eintragung der Vormerkung. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 168. Der Wortlaut und Sinn des § 1179 „einem Anderen gegenüber" rechtfertigt nicht die Ansicht des KGJ. **32** A 219, daß zur Erlangung der Löschungsvormerkung

zugunsten des jeweiligen Gläubigers einer anderen Hypothek die Bewilligungsformel einen bestimmten umständlichen Inhalt haben müsse wie: „Der Anspruch auf Löschung soll dem jetzigen Inhaber der Hypothek für die Dauer seiner Inhaberschaft uneingeschränkt, von dem Übergang auf einen anderen ab diesem und mit derselben Maßgabe dem jeweiligen Inhaber der Hypothek zustehen". Es genügt und sagt genau dasselbe der kurze Antrag, daß die Löschungsvormerkung zugunsten des jeweiligen Gläubigers der anderen Hypothek eingetragen werden soll. Jedoch ist bis zur Änderung der Ansicht des KG. die Aufnahme obiger Formel aus praktischen Gründen dringend zu raten.

V. Ähnliche Rechtslagen. 1. *Stillschweig, JW. **12** 713 ff. Da nach **RG. 78** 60 ff. die sog. nichtvalutierte Grundschuld (richtiger die zur Sicherung einer nichtvalutierten, d. h. durch Zahlung nicht zur Entstehung gelangten Forderung bestellte Grundschuld) nicht dem Eigentümer, sondern dem Grundschuldgläubiger zusteht, so ist die bei einer solchen Grundschuld nach § 1179 eingetragene Löschungsvormerkung, die ja eine dem Eigentümer zustehende Grundschuld zur Grundlage hat, für den Berechtigten wertlos. Während nach der früheren Rechtsprechung (**RG. 60** 251 f.) die Vormerkung in diesem Falle ohne Bedeutung und überflüssig war, da die nichtvalutierte Grundschuld bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ohnehin keinen Inhalt hatte, „ins Leere fiel", so kann sie jetzt dem Vormerkungsberechtigten nichts nützen. Das wirtschaftliche Ziel, die nichtvalutierte Grundschuld zum Fortfalle zu bringen, wird auf anderem Wege als durch die Löschungsvormerkung erstrebt werden müssen. So kann bei der in der Praxis häufigen Konstellation, daß der zur Sicherung einer Baugeldforderung eingetragenen Grundschuld seitens der Kaufgeldhypothek der Vorrang eingeräumt wird, vereinbart werden, daß der Vorrang der zurücktretenden Post wieder einzuräumen ist, wenn und insoweit der Grundschuldgläubiger Valuta nicht gezahlt hat. Diese Abrede kann durch Vormerkung gesichert werden, sie wird dann den Interessen aller Beteiligten gerecht.

2. Kriener, BayNotZ. **13** 214. Rangeinräumungsverzicht und Vormerkung nach § 1179 BGB.

§ 1180. 1. KGJ. **42** 268, SchlHolstAnz. **12** 217 (KG.). Wenn ein Gläubiger seine Hypothekenforderung mit den Zinsen seit dem 1. Oktober 1911 abtritt, so bedarf der neue Gläubiger zu der Ersetzung der Forderung durch eine andere auch dann nicht der Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers, wenn die neue Forderung mit den Zinsen seit dem 1. Juli 1911 in die dingliche Haftung eintreten soll. ... Denn dadurch, daß der Gläubiger der Hauptforderung die Hauptforderung von dem Grundstücke löst, wird kraft des Grundsatzes der Abhängigkeit der Zinsforderung von der Hauptforderung auch die Zinsforderung von dem Grundstücke getrennt, ohne daß die Zustimmung des Zinsberechtigten nötig wäre. Danach hat es der Gläubiger der Hauptforderung allerdings in der Hand, ohne Zustimmung des Zinsberechtigten die Zinsforderung ihrer dinglichen Wirksamkeit zu berauben, und dies gilt, da das Gesagte nicht nur für die rückständigen Zinsen sondern auch für das Zinsrecht als solches anwendbar ist, sogar auch dann, wenn der bisherige Hypothekengläubiger sich bei der Abtretung der Hypothek das Zinsrecht auf längere Zeit, z. B. auf Lebenszeit vorbehalten hat. Diese auch im Falle der Löschung eintretende Wirkung der Abhängigkeit der Zinsforderung von der Hauptforderung kann jedoch von dem Zinsberechtigten dadurch beseitigt werden, daß er sich ein Nießbrauchsrecht an der Hypothek bestellen läßt. Ein solches Recht, das übrigens unter Umständen bereits in dem Vorbehalte des Zinsrechts gefunden werden kann, verschafft dem bisherigen Hypothekengläubiger gleichfalls das Zinsrecht an der Hypothek (s. KGJ. **40** 275) und außerdem den Vorteil, daß eine Änderung seiner dinglichen Rechtsstellung gegen seinen Willen nicht erfolgen darf. Denn so-

wohl zur Aufhebung der Hypothek (§ 876 Satz 1 BGB.) als auch zur Auswechselung der Forderung (§ 1180 Abs. 2 Satz 2 in Verb. mit § 876 Satz 1 BGB.) ist die Zustimmung des Nießbrauchers erforderlich, und das gilt nach § 19 GBO. auch für das formelle Recht, soweit nicht aus § 23 GBO. Ausnahmen herzuleiten sind. . . . Ist hiernach die Zustimmung der bisherigen Hypothekengläubiger zu der Forderungsauswechselung nicht nötig, so fragt es sich weiter, ob die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten verlangt werden muß. Diese Frage ist für den Fall zu bejahen, daß durch die Forderungsauswechselung die dingliche Sicherung der Zinsen für eine Zeit herbeigeführt werden soll, für die die Zinsen bereits aus dem Grundstücke (§ 1147 BGB.) bezahlt sind. Denn alsdann würde die Möglichkeit einer doppelten Beitreibung der Zinsen für die gleiche Zeit bestehen und dazu ist nach § 1119 Abs. 1 BGB. die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten dann erforderlich, wenn die doppelten Zinsen den Zinssatz von 5 pCt. übersteigen.

2. R. **12** Nr. 1008 (Frankfurt a. M.). Diese Bestimmung setzt voraus, daß die Hypothek nicht zur Eigentümergrundschuld geworden ist; auf Grundschulden findet § 1180 keine Anwendung.

3. R. **12** Nr. 1009 (Frankfurt a. M.). Im Falle des § 1180 BGB. handelt es sich nicht um Übertragung der Hypothek ohne Forderung, sondern darum, daß die Belastung geändert wird, die Hypothek einen anderen Inhalt erhält.

4. RJA. **11** 240, BreslauAK. **12** 12, R. **12** Nr. 1615 (KG.). Daß der § 1180 BGB. auch auf Höchstbetragshypotheken anwendbar ist, hat das KG. (KGJ. **32** A 269) in Übereinstimmung mit dem RG. (**RG. 60** 259) bereits angenommen. . . . Nach § 1180 BGB. gehört zum Eintritte der neuen Forderung in die dingliche Belastung die Eintragung dieser Rechtsänderung. Da aber gleichzeitig mit dieser Eintragung die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek eingetragen und wirksam wird, so ist die Forderung von ihrem Eintritt in die dingliche Belastung an mit der Verkehrshypothek verbunden. Es handelt sich hier ebenso um einen einheitlichen Vorgang wie in dem Falle der Abtretung einer Eigentümergrundschuld unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Hypothek (KGJ. **39** A 240; insbesondere 245, 246). Der hier gewollte Rechtsvorgang ist daher nicht so zu denken, daß zunächst die neue Forderung an Stelle der alten Forderung in die Höchstbetragshypothek eintritt und dann erst diese in eine Verkehrshypothek umgewandelt wird. Die Beteiligten wollen vielmehr den Eintritt des neuen Gläubigers nicht ohne die Änderung der Belastungsform haben; ihre Absicht ist daher auf eine einheitlich zu bewirkende Rechtsänderung gerichtet. Diese Absicht zu verwirklichen wird durch die Vorschriften des § 1180 BGB. gestattet.

§ 1181. KGJ. **42** 274, RJA. **11** 302 (KG.). Wenn der Eigentümer, aus dessen Grundstück eine Hypothek befriedigt wird, nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, so geht die persönliche Forderung auf ihn über.

§ 1182. 1. KGJ. **42** 274, RJA. **11** 302 (KG.). Wenn der Eigentümer, aus dessen Grundstücke die Gesamthypothek befriedigt wird, durch die Befriedigung die persönliche Forderung erwirbt und diese sich gegen den Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einen Rechtsvorgänger dieses Eigentümers richtet, so liegt ein Fall des § 1182 BGB. vor.

2. SächsOLG. **33** 320 (Dresden). Ist mit der Möglichkeit eines Ersatzanspruchs zu rechnen, so ist die Zustimmung desjenigen zu erfordern, der die Hypothek in Höhe der Ersatzverpflichtung erworben haben würde.

3. KGJ. **42** 274, RJA. **11** 302 (KG.). Der § 1182 Satz 2 BGB. bezieht sich nur auf solche der Gesamthypothek im Range gleich- oder nachstehenden Rechte, die vor der zwangsweisen Befriedigung der Gesamthypothek eingetragen worden sind.

§ 1184. 1. BayNotZ. **13** 263, BayObLG. **13** 304, SeuffBl. **77** 656 (Bay. ObLG.). Die Eintragung einer Sicherungshypothek für eine Zuwachssteuerforderung ist zulässig.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1903. Ein Versäumnisurteil des Gläubigers der Sicherungshypothek gegen seinen Schuldner beweist nicht gegen Dritte (Nachhypothekare) unter allen Umständen den Schuldbestand.

3. **RG.** ZBlFG. **12** 636. Wenn die Mutter für Darlehen, die ihrem minderjährigen Sohne ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gegeben sind, Sicherungshypothek bestellt, so haftet diese Hypothek weder für die Darlehen noch für die Bereicherung des Sohnes. Auch eine Zurückhaltung kann gegenüber der Grundbuchberichtigungsklage nicht wegen dieser Bereicherung, sondern höchstens wegen eines durch arglistige Täuschung gegenüber der Mutter entstandenen Schadensersatzanspruchs ausgeübt werden.

4. ElsLothNotZ. **12** 342 (LG. Straßburg). Mit der Umwandlung der Sicherungshypothek in eine Eigentümergrundschuld sind die Nebenleistungen nicht erloschen, wenn für diese eine besondere Sicherungshypothek unter Angabe des Höchstbetrags eingetragen ist.

§ 1187. *v. Henle, R. **12** 79. Das Grundbuchamt, das den Hypothekenbrief über die Inhaberhypothek auszustellen hat, hat auch die dazu gehörenden Zinsscheine auszustellen.

§ 1189. 1. *Hengstberger, Stellvertretung und Treuhand im BGB. vorzüglich mit Rücksicht auf den § 1189 BGB. Nach einer Auseinandersetzung mit der herrschenden Ansicht und mit Schloßmann kommt der Verf. zu einer scharfen Trennung von Stellvertretung und Vertretungsmacht und stellt sich auf den Standpunkt, daß für die Beurteilung, ob Stellvertretung vorliegt oder nicht, lediglich das Handeln selbst, sein Inhalt, nicht seine Wirkung maßgebend sei. Deshalb wird auch die sog. mittelbare Stellvertretung als Vertretung überhaupt abgelehnt. Es genügt danach zur Konstatierung, ob Stellvertretung vorliegt, festzustellen, daß ein Handeln im fremden Namen stattgefunden hat. Nur für die Frage der direkten Wirkung fragt sich, ob die Vertretungsmacht vorliegt. Was diese und ihre rechtliche Bedeutsamkeit betrifft, so schließt sich der Verf. im wesentlichen Rosenberg an. Dann wird behandelt die römisch-rechtliche Treuhand; ein Aussonderungsrecht des Treugebers im Konkurse des Treuhänders wird nach eingehender Begründung abgelehnt. Die Konstruktion einer deutsch-rechtlichen Treuhand nach Alfred Schultze (JheringsJ. **43** 11 ff.) wird vor allem als gegen § 137 BGB. verstoßend abgelehnt. Bezüglich des Gläubigervertreters des § 1189 BGB. kommt der Verf. auf Grund seiner Untersuchung nach einer Auseinandersetzung mit den bisher vertretenen Auffassungen zu dem Ergebnisse: Der Vertreter ist gesetzlicher Vertreter. Sein Handeln ist ein stellvertretendes, es ist auf fremden Namen gestellt, seine einzige Legitimation ist das Grundbuch, dort ist er als Vertreter der Gläubiger, nicht als eigenberechtigt eingetragen. Seine Vertretungsmacht ist eine gesetzliche. Weder die Bestellung noch die Beendigung liegt ausschließlich in den Händen des Gläubigers. Seine Rechtsmacht erhält er durch die Eintragung im Grundbuche. Die einseitige Erklärung des Eigentümers bei der Hypothekenbestellung oder die gemeinsame Entschließung des Eigentümers und des Gläubigers bilden nur die rechtsgeschäftliche Grundlage, eine Voraussetzung dafür. Erst mit vollendetem Eintrag beginnt seine Dispositionsgewalt über die Hypothek und nur durch einen neuen Eintrag kann sie ihm wieder genommen werden, der Wille des Gläubigers ist nur mittelbar beachtlich, es ist ähnlich wie bei der Pflegschaft wegen Gebrechen, die nur mit Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet werden kann; hier bildet die Einwilligung nur die Unterlage für die Anordnung durch das Gericht. Dem entspricht die Eintragung durch den Grundbuchbeamten, die nur auf Grund des Gesetzes zu

erfolgen hat. Auf Grund dieser Ausführung weist der Verf. dem Treuhänder im Prozesse die Stellung zu, die der Pfleger einer prozeßfähigen Person hat; die möglicherweise bei der Kostenpflicht entstehenden Bedenken können bei sorgfältiger Ausarbeitung der Emissionsbedingungen in der vom Verf. vorgeschlagenen Weise umgangen werden.

2. **RG. 79** 121. Eine Hypothek kann gegen den eingetragenen Gläubiger nicht gepfändet werden, wenn sie diesem nur als dem Treuhänder von Baugläubigern zusteht.... Die Berechtigung des Treuhänders ist nur eine formale, der Wert der Hypothek gehört nicht zu seinem Vermögen, sondern zu dem der Kläger. Eine Verfügung über die Hypothek zu eigenem Vorteile wäre nicht eine befugte gewesen, sondern ein Mißbrauch der aus der Erteilung des angenommenen Auftrags fließenden Rechte.... Die Rechtslage der Beklagten als Pfändungsgläubigerin kann keine günstigere sein.

3. Krückmann, AcivPr. **108** 386. Trotz des Wortes „Vertreter" im § 1189 ist der Pfandhalter nicht Vertreter, sondern Rechtsbesitzer, zumal er eigene Parteistellung hat.

4. Die Entsch. d. KG. in JDR. **10** zu § 1189 auch RJA. **11** 228 und R. **12** Nr. 1626.

§ 1190. I. Die Forderung bei der Höchstbetragshypothek. 1. BayNotZ. **12** 373 (BayObLG.). Die Unzulässigkeit der Bestellung einer ungeteilten Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner wird vom RG. nicht auf eine entgegenstehende materiell-rechtliche Vorschrift, sondern darauf gestützt, daß die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für verschiedene Forderungen, die je gegen einen anderen Schuldner zustehen, unklare Verhältnisse schaffe. Im vorliegenden Falle soll eine Höchstbetragshypothek für die Forderungen bestellt werden, welche einer Bank gegen den Besteller der Hypothek und dessen (allgemeine) Rechtsnachfolger oder den Nachfolger im Eigentume des verpfändeten Grundstücks aus dem fortgesetzten Kreditverhältnisse zustehen. Die Forderungen, welche der Gläubigerin, der .... bank, gegen die Nachfolger des Bestellers der Hypothek erwachsen werden, beruhen allerdings rechtlich auf einem anderen Verpflichtungsgrunde als die Forderungen der Gläubigerin gegen den Besteller der Hypothek. Allein wirtschaftlich liegt derselbe Verpflichtungsgrund vor: das Kontokorrentverhältnis zur .... bank, in das die Nachfolger des Bestellers der Hypothek eintreten. Insofern beruhen die durch die Hypothek zu sichernden Forderungen auf einem einheitlichen Rechtsgrunde. Dadurch unterscheidet sich auch der vorliegende Fall von dem in dem erwähnten Beschlusse des RG. entschiedenen; gegenwärtig handelt es sich nicht um verschiedene, aus den beliebigsten Rechtsgründen entstandene Schuldverhältnisse, die neben- oder nacheinander durch die Hypothek gesichert werden sollen, sondern um das Schuldverhältnis, das aus dem Kreditverhältnisse zwischen der .... bank und dem Besteller der Hypothek sowie dessen allgemeinen Rechtsfolgern oder dessen Nachfolgern im Eigentume des belasteten Grundstücks entsteht. S. dazu JDR. **10** zu § 1113 Ziff. IV 1.

2. R. **12** Nr. 3204 (BayObLG.). Eine Sicherungshypothek für alle Ansprüche aus einem Kreditverhältnisse, gleichviel welchen Titels, gegen den Hypothekbesteller und dessen etwaige Besitz- oder sonstige Rechtsnachfolger ist gültig.... Die Hypothek sichert nicht beliebige Schulden des neuen Schuldners, sondern nur solche, die aus dem fortgesetzten Kreditverhältnis entstehen. Der Wechsel in der Person des Schuldners vollzieht sich sohin innerhalb eines und desselben Schuld- und Grundverhältnisses. Es ist also nicht zu besorgen, daß durch die Eintragung einer derart bestellten Hypothek unklare Verhältnisse geschaffen werden.... Der Ausdruck „Besitz- oder sonstige Rechtsnachfolger" läßt sich aus dem Zusammenhange mit dem übrigen Inhalte der Urkunde und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Hypothekbesteller unbedenklich

dahin auslegen, daß unter den „Besitznachfolgern" die Nachfolger im Eigentume des verpfändeten Grundstücks und unter den „sonstigen Rechtsnachfolgern" die allgemeinen Rechtsnachfolger zu verstehen sind. Damit ist auch die Voraussetzung, unter der die Nachfolge in das Grundverhältnis zu erfolgen hat, mit genügender Bestimmtheit bezeichnet.

3. Wöckel, BayNotZ. **13** 34. Bei der Höchstbetragshypothek, welche vorzugsweise dem wechselnden Kreditverkehre zu dienen bestimmt ist, wird allerdings eine Mehrheit von einzelnen Forderungen bis zum bestimmten Höchstbetrage durch die Hypothek gesichert. Aber auch bei dieser Hypothek muß die Einheitlichkeit des Forderungsverhältnisses wenigstens insofern gewahrt bleiben, als durch eine und dieselbe ungeteilte Hypothek mehrere Forderungen grundsätzlich nur dann gesichert werden können, wenn sie demselben Gläubiger gegen denselben Schuldner zustehen. Dagegen findet die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner im Gesetze keine Stütze.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1069, BayRpflZ. **12** 158. Zur Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek genügt nach dem § 873 BGB. die dort vorgesehene Einigung und die Eintragung; die Entstehung des Hypothekenrechts für den Gläubiger aber setzt außerdem und abgesehen von dem für Briefhypotheken bestehenden Erfordernisse der Übergabe des Hypothekenbriefs (§ 1117) noch die Entstehung der durch sie zu sichernden Forderung voraus. Solange und soweit diese nicht entstanden ist, steht die Hypothek dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu (§§ 1163, 1177). Dies gilt für alle Hypotheken, nach dem vom erkennenden Senate nach Schwankungen in dem Urt. **RG. 75** 250 Nr. 60 eingenommenen Standpunkt auch für Höchstbetragshypotheken, und jedenfalls für andere für künftige Forderungen bestellte Hypotheken (vgl. **RG. 51** 10).

5. Jung, BadNotZ. **13** 226. Schuldnerwechsel bei Höchstbetragshypotheken.

II. Umwandlung der Hypothek und Feststellung der Forderung. 1. BadNotZ. **12** 44 (LG. Heidelberg). Die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Sicherungshypothek mit festem Betrag erfordert den Nachweis, daß dem Hypothekengläubiger eine bestimmte (nach Betrag und Grund bezeichnete) Forderung wirklich zusteht.

2. Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte 123. Feststellung der Forderung bedeutet die vertrags- oder urteilsmäßige Erklärung, daß eine bestimmte Forderung durch die generelle Bezeichnung im Grundbuche getroffen wird und deshalb pfandgesichert ist; diese Feststellung kann in jedem Zeitpunkt erfolgen; aus dem Gesetz ergibt sich nicht der geringste Anhalt dafür, daß die Feststellung erst nach Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses erfolgen könne. Auch nach einer Feststellung können noch Forderungen gesichert werden, solange der Höchstbetrag noch nicht erreicht ist und die Forderungen unter die generelle Bezeichnung subsumiert werden können. Die irrtümliche Vorstellung, als ob die Feststellung nur nach Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses erfolgen könne oder wenigstens die Feststellung das zugrunde liegende Rechtsverhältnis beende und daß sie konstitutive Kraft habe, kann auch zu Schwierigkeiten führen, wenn die generelle Bezeichnung der Forderungen, welche pfandgesichert sein sollen, einen weiten Umfang hat. Sollen z. B. alle Forderungen des Gläubigers gegen den Eigentümer gesichert werden, so würde der Eigentümer eine Feststellung vor seinem Tode nicht verlangen können.

III. Übertragung der Höchstbetragshypothek. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 229, R. **12** Nr. 66. Der § 1190 Abs. 4 BGB. gestattet die Übertragung der Forderung ohne die Höchstbetragshypothek in formloser Weise nach § 398 BGB., also abweichend von den §§ 1153, 1154 BGB. Die beim Gläubiger zurückge-

bliebene Hypothek steht diesem nun für die übrigen bereits entstandenen und die künftig entstehenden Forderungen zu. Tritt der Gläubiger alle bereits entstandenen Forderungen ab und können künftige Forderungen für diesen Gläubiger nicht mehr entstehen, so ist die Rechtslage die gleiche wie im § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB., d. h. eine der Hypothek zugrunde liegende Forderung ist nicht mehr denkbar, und es fällt die zurückbehaltene Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zu.

2. **RG.** R. **12** Nr. 2548. Ist für die Forderungen aus einem Werkvertrag eine Höchstbetragshypothek bestellt und werden vor Fertigstellung des Werkes die gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus dem Werkvertrage mit dem Hypothekenrecht übertragen, so kann erst bei der demnächstigen Abrechnung festgestellt werden, welcher Betrag der nicht voll valutierten Hypothek beim Zedenten geblieben ist.

IV. Die Höchstbetragshypothek als Eigentümerhypothek. 1. **RG.** WarnE. **12** 129, R. **12** Nr. 752, JW. **12** 297. Die Frage, ob bei einer Höchstbetragshypothek von vornherein eine Eigentümergrundschuld im Sinne des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB., auflösend bedingt durch das Entstehen der Forderung des eingetragenen Gläubigers, vorliegt, oder ob die Eigentümergrundschuld erst mit der Feststellung der Forderung entsteht und bis dahin nur ein aufschiebend bedingtes Recht (eine Anwartschaft) vorhanden ist, hat in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung verschiedene Beantwortung gefunden. Während die Wissenschaft zu der ersten Annahme neigt (vgl. Planck, Anm. 4 a, b zu § 1190 BGB. und die dortigen Literaturnachweise), war in der Rechtsprechung früher die zweite Auffassung überwiegend vertreten (**RG. 51** 116, **56** 323, 325 f., **61** 374, JW. **05** 434 Nr. 14; andererseits **RG. 55** 220, 222, **49** 162; jetzt auch **RG. 75** 222, 249). S. JDR. **10** zu § 1190 Ziff. IV 1.

2. Bergk aaO. 117 ff. Aus § 1163 BGB. ist für die Maximalhypothek zu entnehmen: Solange eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, steht die Hypothek dem Eigentümer zu, mit der Entstehung von Forderungen wandelt sie sich sukzessive in eine Gläubigerhypothek um. Für die herrschende Meinung, wonach § 1163 unanwendbar sein soll, ist es unmöglich zu erklären, zu wessen Gunsten bis zur Feststellung der Forderung die Belastung besteht. Auch die zweite Ansicht, wonach bis zur Feststellung nur eine (suspensiv) bedingte Eigentümergrundschuld besteht, wird dem Satze, daß eine Belastung notwendig zugunsten einer Person bestehen muß, nicht ganz gerecht. . . . (125): Man kann das Wesen einer gegenüber einer Maximalhypothek bestehenden Eigentümerhypothek nicht schärfer erfassen als durch Annahme eines resolutiv bedingten Rechtes (Grundschuld). Bedingung für das Erlöschen oder die Herabsetzung der Eigentümerhypothek ist das Entstehen von Forderungen des eingetragenen Gläubigers, die unter die nach der Eintragung zu sichernden Forderungen fallen. Nicht die Annahme eines resolutiv bedingten dinglichen Rechtes, wohl aber die Annahme eines suspensiv bedingten dinglichen Rechtes verstößt gegen den Begriff des dinglichen Rechtes. Die Vorstellung eines suspensiv bedingten Hypothekenrechts müßte von einer (qualitativen) Teilung des Rechtes ausgehen: das ist wegen des umfassenden Inhalts des dinglichen Rechtes nicht möglich. Nicht so die Vorstellung eines resolutiv bedingten dinglichen Rechtes. Es wird damit nur von vornherein festgestellt, daß das Recht mit Eintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses endigt, ohne daß damit notwendig einem anderen Rechtssubjekt ein dingliches Recht zugebilligt würde. . . . Die Bestimmung des § 161 BGB. hat hiermit unmittelbar gar nichts zu tun; dort handelt es sich um bedingte Rechtsgeschäfte, hier um bedingte Rechte. . . . (126): Aus dem Gedanken des resolutiv bedingten Rechtes heraus folgt, daß der

Eigentümer in jedem Zeitpunkt über seine Eigentümerhypothek verfügen kann, daß die Verfügungen aber insoweit unwirksam werden, als sie die Erhöhung der Gläubigerhypothek durch Entstehung neuer Forderungen verhindern würden. Eine Verfügung über eine Eigentümergrundschuld, die bei der Maximalhypothek dem durch Forderungen des Gläubigers nicht gedeckten Höchstbetrag entspricht, ist eine Verfügung über ein bestehendes Recht.

3. *v. Henle, R. **12** 76. Die Ansicht, daß bei Höchstbetragshypotheken, nicht wer bei der Feststellung des Schlußguthabens der Eigentümer der belasteten Grundstücke ist, sondern wer dies zur Zeit der Eintragung der Hypothek war, in Höhe des Betrags berechtigt sein soll, mit dem die Forderung hinter dem Höchstbetrage bleibt, ist nicht unbedenklich und jedenfalls unrichtig, wenn der jeweilige Erwerber der Grundstücke in das der Höchstbetragshypothek zugrunde liegende Schuldverhältnis eingetreten war und der derzeitige Eigentümer das Schlußergebnis bewirkt hat. S. JDR. **10** zu § 1190 Ziff. IV 4.

4. Die Entsch. des **RG.** JDR. **10** zu § 1190 Ziff. IV 1 auch SeuffA. **67** 279.

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1192. I. Grundschuld und Forderung. Kretzschmar, ZBlFG. **13** 1 ff. (3). Bei der Grundschuld gehört die ihr zugrunde liegende Forderung, anders wie bei der Hypothek, nicht zu dem Inhalte des Rechtes, sondern sie bildet nur den Anlaß zu ihrer Bestellung. Andererseits darf der rechtliche Zusammenhang der persönlichen Forderung mit der Bestellung der Grundschuld nicht außer Betracht bleiben. Wenn daher auch die Grundschuld dem Eigentümer nicht um deswillen zusteht, weil die Forderung, zu deren Sicherung oder Berichtigung das Recht bestellt wurde, nicht zur Entstehung gelangt oder nichtig ist, so begründet dieser Umstand doch gemäß § 812 BGB. einen Anspruch des Bestellers auf Rückübertragung der Grundschuld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung und, wie die Rechtslehre annimmt, zugleich nach § 1157 Abs. 1, § 1169 BGB. eine Einrede des Eigentümers gegen die Grundschuld, auf Grund deren der Verzicht auf das Recht verlangt werden kann. Der Anspruch auf Rückübertragung kann durch Eintragung einer Vormerkung, die Einrede durch Eintragung eines Widerspruchs dinglich gesichert werden; gegen den bösgläubigen Erwerber wirkt die Einrede auch, ohne daß ein Widerspruch eingetragen ist (§ 1157 Abs. 2).

II. Die Eigentümergrundschuld. 1. **RG. 78** 60, JW. **12** 242. Eine Grundschuld kann auch für den Grundstückseigentümer nur dann bestehen, wenn sie rechtswirksam begründet worden ist (vgl. **RG. 70** 357).... Das Ausbleiben der sogenannten Valutazahlung für einen Teil der Grundschuld kann den rechtlichen Bestand dieses Teiles nicht berühren. Wenn man unter Valuta das Entgelt für die Bestellung einer Grundschuld versteht, ist es selbstverständlich, daß die Nichtgewährung dieses Entgelts auf die Rechtsgültigkeit der Grundschuld keinen Einfluß haben kann. Es verhält sich in dieser Hinsicht nicht anders, als wenn beispielsweise für einen Nießbrauch, eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast, die gemäß § 873 BGB. durch Einigung und Eintragung rechtswirksam bestellt sind, das festgesetzte Entgelt nicht gewährt wird. Das Entgelt ist Gegenstand des obligatorischen Grundgeschäfts, das den Anlaß zur Bestellung der Grundschuld gibt. Der rechtliche Bestand der Bestellung ist sachenrechtlich unabhängig von dem Grundgeschäft und dessen Erfüllung oder Nichterfüllung. Dabei ist zu bemerken, daß eine Grundschuld auch unentgeltlich, schenkungsweise, bestellt werden kann. Ferner braucht das Entgelt

nicht auf eine Leistung gerichtet zu sein. Beispielsweise kann eine Grundschuld an Erfüllungsstatt für eine geschuldete Leistung bestellt werden.... Bei der Hypothek hat die Nichtentstehung der Forderung, wofür die Hypothek bestellt ist, gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. allerdings die Wirkung, daß die Hypothek dem Grundstückseigentümer zusteht, und zwar nach § 1177 Abs. 1 BGB. nicht als Hypothek, sondern als Grundschuld. Daß aber diese Vorschrift auf Grundschulden keine Anwendung findet, ist in dem in **RG. 60** 251 abgedruckten Urteile des erkennenden Senats dargelegt worden. Diese Entscheidung ist zwar in der Rechtslehre angefochten, der erkennende Senat findet jedoch keinen Anlaß von seiner Rechtsansicht, die auch in der Rechtslehre die herrschende ist, abzugehen. Die Anwendung der genannten Vorschrift auf die Grundschuld kann nur dann in Frage kommen, wenn der rechtliche Grund für die Bestellung der Grundschuld die Sicherung einer Forderung ist. Der Wegfall dieses rechtlichen Grundes aber deswegen, weil die nach dem Grundgeschäfte durch die Grundschuld zu sichernde Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, vermag, ebensowenig wie dadurch der rechtliche Bestand der Grundschuld überhaupt berührt wird, den Übergang des Gläubigerrechts von dem eingetragenen Grundschuldgläubiger auf den Eigentümer zu bewirken. Daß bei der Hypothek die Nichtentstehung der gesicherten Forderung den Übergang des Gläubigerrechts auf den Eigentümer zur Folge hat, beruht darauf, daß die Forderung mit der Hypothek unmittelbar verknüpft ist, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt, zu deren Befriedigung nach § 1113 eine Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen und die gemäß § 1115 ins Grundbuch einzutragen ist. Nach § 1192 Abs. 1 aber finden die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur soweit entsprechende Anwendung, als sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Wenn im Falle einer zum Zwecke der Sicherung bestellten Grundschuld die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, hat der Grundschuldgläubiger die ihm bestellte Grundschuld ohne rechtlichen Grund erlangt. Der die Grundschuld bestellende Eigentümer kann daher auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden Vertrags oder gemäß § 812 BGB. die Übertragung der an sich rechtsbeständigen Grundschuld an ihn verlangen (vgl. **RG.** JW. **01** 465 Nr. 17). Macht der Grundschuldgläubiger die Grundschuld gegen ihn im Klagewege geltend, so steht ihm wegen seines Übertragungsanspruchs eine Einrede zu. Ob diese Einrede, wie in der Rechtslehre angenommen wird, unter § 1157 und § 1169 BGB. fällt und danach in Verb. mit § 1192 Abs. 1 der bestellende Eigentümer die Einrede auch gegenüber einem nicht gutgläubigen Erwerber der Grundschuld zu erheben, sowie von dem Grundschuldgläubiger Verzicht auf die Grundschuld zu verlangen berechtigt ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist, solange nicht die Übertragung bewirkt oder der Verzicht gemäß § 1168 Abs. 2 erfolgt ist, der als Gläubiger Eingetragene auch der wirkliche Gläubiger der Grundschuld.... (68): Dagegen ist die frühere Ansicht unrichtig, daß das aus dem Grundschuldteile sich ergebende Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös aufgehoben würde und demgemäß der auf den Grundschuldteil entfallende Erlösteil den nachstehenden Berechtigten zufiele. Der Fall des erwähnten Urteils des erkennenden Senats in der Entsch. des **RG. 60** 251 liegt in dieser Hinsicht völlig gleich. Dort ist ausgesprochen, der Grundstückseigentümer könne den vom Grundschuldgläubiger nicht liquidierten Betrag der Grundschuld nicht für sich liquidieren; in Höhe des nicht liquidierten Betrags werde vielmehr der Versteigerungserlös für die übrigen daran berechtigten Gläubiger frei, weil die Grundschuld insoweit ins Leere falle. Diese Rechtsauffassung kann nach nochmaliger Prüfung nicht aufrecht-

erhalten werden.... (70): Ob die §§ 1168, 1183 BGB. auf das Recht am Versteigerungserlös entsprechend zur Anwendung zu bringen sind, kann ebenso dahingestellt bleiben, wie, ob in einer etwaigen Erklärung des Gläubigers, er verzichte auf das Recht am Versteigerungserlös, ein Verzicht im Sinne des § 1168 mit der Wirkung des Überganges auf den Vollstreckungsschuldner als früheren Grundstückseigentümer zu finden ist, oder eine Aufhebungserklärung im Sinne der §§ 875, 1183 BGB. mit der Wirkung des Erlöschens des Rechtes. Denn es ist darin, daß der Grundschuldgläubiger für seine Grundschuld nur einen Teilbetrag auf den Versteigerungserlös mit dem Bemerken liquidiert, er habe hinsichtlich des weiteren Teiles Valuta nicht gewährt, überhaupt nicht eine rechtsgeschäftliche Erklärung zu erblicken, die auf eine Änderung des aus der Grundschuld sich ergebenden Rechtes am Versteigerungserlöse bezüglich des nicht liquidierten Teiles gerichtet wäre. Es liegt nichts weiter vor, als daß der Gläubiger nur einen Teilbetrag liquidiert und als Grund dafür, daß er nicht auch den anderen Teil liquidiert, angegeben hat, er habe auf diesen Teil keine Valuta gewährt.

2. a) **RG. 78** 60, JW. **12** 242. (67): Daß die Grundschuld, wenn der Grundstückseigentümer den Grundschuldgläubiger befriedigt, d. h. an ihn die Geldsumme leistet, auf deren Zahlung aus dem Grundstücke die Grundschuld gerichtet ist (§ 1191), auf den Eigentümer übergeht, folgt nicht aus § 1163 Abs. 1 Satz 2, sondern aus §§ 1142, 1143 in Verb. mit § 1192 Abs. 1. b) Kretzschmar, ZBlFG. **13** 6. Ebenso wie beim Nichtentstehen der Forderung verhält es sich bei dem Erlöschen der Forderung, so daß also insbesondere auch die Erfüllung der Forderung nicht von selbst den Erwerb der Grundschuld seitens des Eigentümers zur Folge hat; vielmehr erwirbt der Eigentümer die Grundschuld auch hier erst durch die Übertragung oder durch den Verzicht des Gläubigers. Dies ergibt sich daraus, daß die Grundschuld begrifflich nicht mit einer Forderung verbunden ist und daß deshalb das Erlöschen der Forderung das Recht des Gläubigers aus der Grundschuld nicht zum Erlöschen bringen kann..... Anders wie bei der Erfüllung der neben der Grundschuld einhergehenden persönlichen Forderung verhält es sich, wenn das Grundschuldkapital gezahlt und damit die Grundschuld selbst getilgt wird; durch die Erfüllung der Grundschuld als solcher geht, worüber allgemeines Einverständnis herrscht, das Recht auf den Eigentümer über, weil durch die Erfüllung der Grundschuld das Recht des Gläubigers erlischt. Man wird den Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer aus der Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu entnehmen haben. Das **RG. 78** 68 will ihn aus §§ 1142, 1143 gefolgert wissen.... Dies ist nicht zutreffend. Im § 1139 b des Redaktionskommissionsentwurfs hieß es: „Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld unbeschadet der — die Gesamtgrundschuld betreffenden — Vorschriften des § 1142 f auf ihn über." Eine solche Bestimmung enthält das Gesetz nicht; die §§ 1142, 1143 BGB. bestimmen nichts über den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer. Es bleibt also nur übrig, diesen Übergang aus § 1163 Abs. 1 Satz 2 abzuleiten. Zufolge der im § 1192 Abs. 1 bestimmten entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Hypothek tritt an die Stelle der Forderung der durch die Grundschuld begründete dingliche Anspruch des Gläubigers.... Auseinander zu halten ist deshalb bei der Befriedigung des Gläubigers die Grundschuld von der neben ihr einhergehenden persönlichen Forderung. Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner und wird er vom Gläubiger auf Zahlung in Anspruch genommen, so wird dies allerdings in dem Sinne geschehen, daß der Gläubiger nicht bloß die persönliche Forderung, sondern auch den dinglichen Anspruch geltend macht; infolgedessen wird auch die bewirkte Zahlung als Tilgung

der Grundschuld anzusehen sein. . . . Befriedigt dagegen der von dem Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht dadurch die Grundschuld weder auf den Eigentümer, noch, unter den Voraussetzungen des § 1164, auf den persönlichen Schuldner über, sondern sie verbleibt an sich dem Gläubiger, ein Übergang der Grundschuld kraft Gesetzes ist ausgeschlossen, weil das Erlöschen der persönlichen Forderung nicht das Erlöschen des durch die Grundschuld begründeten dinglichen Rechtes des Grundschuldgläubigers zur Folge hat. Jedoch wird auch hier der rechtliche Zusammenhang der persönlichen Forderung mit der Bestellung der Grundschuld von Bedeutung. Kann der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, vom Eigentümer Ersatz verlangen, oder ist er umgekehrt dem Eigentümer, falls dieser aus der Grundschuld in Anspruch genommen wird, zur Erstattung des Geleisteten verpflichtet (§ 1167), so begründet dies eine Einrede gegen die persönliche Forderung, mit der der Schuldner gegen Befriedigung des Gläubigers die Abtretung der Grundschuld oder den Verzicht des Gläubigers auf das Recht, sowie, wenn für die Grundschuld ein Brief erteilt ist, die Aushändigung des Briefes und der im § 1155 bezeichneten Urkunden verlangen kann. Diese Einrede verhindert, daß der Gläubiger, der die Grundschuld unter Zurückbehaltung der Forderung abgetreten und sich hierdurch bereits Befriedigung verschafft hat, doloserweise auch noch den persönlichen Schuldner in Anspruch nehmen kann. Entsprechendes würde nach § 1161 gelten, wenn der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, vom Gläubiger lediglich wegen der persönlichen Forderung in Anspruch genommen wird.

3. Kretzschmar, ZBlFG. 13 5. Es wird sich bezweifeln lassen, daß die Anwendung der Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf die Grundschuld durch das praktische Bedürfnis bedingt werde. Die Verwendung der Grundschuld beim Baugeldervertrag und dem Kontokurrentverkehre, die Oberneck hierfür anführt, ist geradezu als ein Mißbrauch zu bezeichnen. Für diese Zwecke stellt das Gesetz die Sicherungshypothek zur Verfügung. Überhaupt sollte eine Grundschuld nur bestellt werden, wenn von einer persönlichen Haftung des Schuldners abgesehen wird. Soll neben der Haftung des Grundstücks eine persönliche Haftung einhergehen, so ist die gegebene Form die Hypothek. Wird anstatt dieser die Grundschuld gewählt, so muß der Schuldner auch die Nachteile in Kauf nehmen, die sich für ihn daraus ergeben.

4. Kretzschmar, ZBlFG. 13 10. Keinem Zweifel kann unterliegen, daß der auf eine Grundschuld entfallende Betrag (ganz oder teilweise) dem Eigentümer (Besteller) zuzuteilen ist, wenn dieser der an den Gläubiger geplanten Zuteilung widerspricht und der Gläubiger den Widerspruch als begründet anerkennt. Dem steht es gleich, wenn die Beteiligten von vornherein über eine andere als die sich nach dem Stande des Grundbuchs ergebende Verteilung einverstanden sind und demzufolge der Gläubiger nur einen Teil der Grundschuld liquidiert, der Eigentümer (Besteller) aber im Verteilungsverfahren das Recht des auf die Grundschuld entfallenden Betrags in Anspruch nimmt. Es verbleibt sonach nur der Fall, wo der Eigentümer sich von dem Verteilungsverfahren fern hält, so daß nur die einseitige Erklärung des Grundschuldgläubigers vorliegt. Auch eine solche Erklärung ist vom Vollstreckungsgerichte zu berücksichtigen, weil sie von dem durch das Grundbuch ausgewiesenen Berechtigten und damit von derjenigen Person ausgeht, deren Erklärungen der Aufstellung des Planes unbedingt zugrunde zu legen sind, soweit sie einen Verzicht auf den an sich, d. i. nach dem Stande des Grundbuchs begründeten Anspruch aus dem Rechte auf eine Zuteilung enthalten. . . . Entsprechendes gilt, wenn bei der Verteilung des Erlöses für ein versteigertes Grundstück der Grundschuldgläubiger die Grundschuld nur teilweise liquidiert und dazu anführt, daß die ihr

zugrunde liegende Forderung nicht im vollen Umfange zur Entstehung gelangt sei. Eine solche Erklärung des Grundschuldgläubigers bietet eine ausreichende Grundlage für die Zuteilung des vom Gläubiger nicht in Anspruch genommenen Erlösteils an den Besteller der Grundschuld. Denn infolge der Nichtvalutierung der Grundschuld kann der Besteller vom Gläubiger die Übertragung eines entsprechenden Teiles der Grundschuld und demnach auch die Überlassung des auf den Teil entfallenden Teiles des Versteigerungserlöses verlangen. Da der Gläubiger seinerseits dieses Verlangen als berechtigt anerkennt, die Person des Bestellers der Grundschuld aber sich aus dem Grundbuch ergibt, ist der Sachlage durch die Zuteilung des betreffenden Betrags an den Besteller der Grundschuld Rechnung zu tragen. Man darf das nur nicht darauf stützen wollen, daß zufolge Rechtsanalogie der § 1168 BGB. anzuwenden sei. Die Anwendung dieser Vorschrift wird vom RG. mit Recht abgelehnt; sie würde nicht einmal zu dem richtigen Ergebnisse führen, wenn der Besteller der Grundschuld zur Zeit der Versteigerung des Grundstücks nicht mehr dessen Eigentümer ist. Die Zuteilung an den Besteller der Grundschuld ergibt sich vielmehr daraus, daß nach der Ausgestaltung des Verteilungsverfahrens die Erklärung des Grundschuldgläubigers bei der Aufstellung des Teilungsplans zugunsten des Bestellers berücksichtigt werden muß.

III. Grundschuld und Löschungsvormerkung. *Stillschweig, JW. **12** 713 ff. Wie sich nach der Entsch. des **RG. 78** 60 ff. (oben Ziff. II 1) das Verhältnis der Löschungsvormerkung aus § 1179 zur nichtvalutierten Grundschuld gestaltet, darüber s. § 1179 Ziff. V.

IV. Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 167. Vgl. oben Ziff. 2 zu § 1134 BGB. und zu § 241 Ziff. 2 BGB. sowie die dortigen Verweisungen.

§ 1193. SeuffA. **67** 400 (Rostock). Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Gläubiger und der Erwerber des belasteten Grundstücks eine Vereinbarung treffen können, wonach der Erwerber auf die vor der Eintragung als Eigentümer an ihn gerichtete Kündigung in dem folgenden Fälligkeitstermine die Grundschuld auszuzahlen hat. Eine solche Vereinbarung braucht nicht ausdrücklich getroffen zu werden, vielmehr kann auch das in der Kündigung liegende Verlangen des Gläubigers, von dem Erwerber des Grundstücks die Zahlung zu erhalten, von diesem stillschweigend gebilligt und angenommen werden.

§ 1194. PosMSchr. **12** 4 (Posen). Da ungeachtet der dem Schuldner obliegenden Geldübermittelungspflicht die Vorschriften über den Leistungsort unberührt bleiben (§ 270 Abs. 1 u. 4 BGB.), so beurteilt sich die Frage, ob rechtzeitig geleistet ist, nach der Zeit der Leistung am Leistungsort, und es kommt, sofern das hier rechtzeitig abgesandte Geld überhaupt bei dem Gläubiger eintrifft, auf den Zeitpunkt des Eintreffens nicht an.

§ 1198. KGJ. **41** 234, RJA. **11** 292 (KG.). Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Eigentümer und der Gläubiger befugt sind, in einer Urkunde die Grundschuld abzutreten und in einer späteren Urkunde die Grundschuld in eine Hypothek umzuwandeln. Sie können also, anders als der Eigentümer, der die zweite Urkunde ohne Mitwirkung des Gläubigers nicht ausstellen kann, die beiden Erklärungen in zwei selbständige Akte zerlegen. Das gleiche gilt auch für den Fall, daß die beiden Akte in ein und derselben Urkunde vorgenommen werden.

II. Rentenschuld.

§ 1199. SchlHolstAnz. **12** 250 (LG. Altona). Eine Rentenschuld ist unzulässig, wenn durch die Rente allmählich das Kapital getilgt werden soll.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§§ 1204 ff. *Littmann, Zur Frage von der Mobiliarhypothek, BankA. **11** 116 ff. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach dem BGB. ist für die Bedürfnisse des Verkehrs nicht ausreichend. Zur Hebung des Realkredits, insbesondere auch des Kleinkredits ist die Einführung einer Mobiliarhypothek zu empfehlen, durch die zugleich das Institut der Sicherungsübereignungen entbehrlich gemacht würde.

§ 1205. **RG.** 20. 9. 12, DJZ. **12** 1470. über die Bestellung eines Pfandrechts, wenn der Besitz der verpfändeten Sache erst längere Zeit nach der Einigung ergriffen wird.

§ 1209. **RG.** 22. 5. 12, GruchotsBeitr. **56** 995 ff. Das für eine künftige Forderung bestellte Pfandrecht an beweglicher Habe hat vor einem später, aber für eine bereits bestehende Forderung begründeten Pfandrecht auch dann den Vorrang, wenn die Entstehung jener Forderung vom Willen des Verpfänders abhing. Der Begriff „künftige" Forderung umfaßt im § 1209 ebenso wie im § 1204 Abs. 2 alle Forderungen, deren zukünftige Entstehung bei der Pfandbestellung in Aussicht genommen wurde. Daher sind auch solche nach der Pfandbestellung entstehende Forderungen, die ihren Entstehungsgrund nicht in einem zur Zeit der Pfandbestellung bereits abgeschlossenen, sondern in einem späteren Rechtsgeschäfte haben, künftige Forderungen im Sinne des § 1209, sofern nur ihre zukünftige Entstehung bei der Pfandbestellung in Aussicht genommen und für den Fall ihrer Entstehung ihre Pfandsicherung gewollt war.

§ 1217. Abs. 1. *Jacobsohn, Unterlassungsklage 116, 132 ff. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 550 und Ziff. 2 zu § 241.

§ 1223. HansGZ. **12** Beibl. 136 (Hamburg). Sind Eigentumsansprüche oder Ansprüche aus einem Lagervertrage gegen einen Dritten gepfändet, so ist damit der Anspruch auf den Überschuß, den der Lagerhalter beim Verkaufe der Sachen zur Deckung seiner Ansprüche erzielt, noch nicht ohne weiteres als mitgepfändet anzusehen.

§ 1227. *Jacobsohn, Unterlassungsklage 167. Vgl. oben Ziff. 1 a zu § 1004 und Ziff. 2 zu § 241.

§ 1228. KGJ. **42** 4 ff. (KG.). Der Pfandgläubiger, dem der Gläubiger den Anspruch aus einer vollstreckbaren Urkunde durch Vertrag verpfändet hat, kann, sofern seine Forderung gegen den Gläubiger fällig geworden ist, verlangen, daß die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde für ihn als Rechtsnachfolger des Gläubigers erteilt werde.

§ 1253. 1. **RG.** JW. **12** 459, SeuffA. **67** 317. Ist der Pfandgläubiger durch eine von dem Verpfänder zu vertretende Arglist zur Rückgabe des Pfandes veranlaßt worden, so ist der Verpfänder zur Neubegründung des Pfandrechts verpflichtet. Einer Rückgabe an den Verpfänder steht es gleich, wenn auf dessen Anweisung oder mit dessen Zustimmung die Pfandsache an einen Dritten ausgehändigt wird.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 559, BayRpflZ. **12** 256. Zum Erlöschen des Pfandrechts ist nicht erforderlich, daß die Rückgabe mit dem Willen, auf das Pfandrecht zu verzichten, erfolgt. Andererseits genügt aber nicht ein bloßer Verlust des Besitzes der Pfandsache, mag auch der Verpfänder den Besitz an der Pfandsache erlangt haben. Eine Rückgabe liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Pfandgläubiger den Besitz der Pfandsache aufgegeben und mit dem Willen der Besitzüberlassung die Pfandsache dem Verpfänder hingegeben hat (vgl. **RG. 57** 325; **67** 423).

3. **RG.** JW. **12** 911, BayRpflZ. **12** 419. Im § 1253 Abs. 2 ist, wie im § 1006 Abs. 2 BGB. zugunsten des früheren Besitzers hinsichtlich des Eigentums während der Zeit des früheren Besitzes, eine Vermutung auch für den Fall eines früheren

Besitzes des Verpfänders dahin aufgestellt, daß dieser den früheren Besitz der Pfandsache durch Rückgabe des Pfandgläubigers erlangt gehabt habe.

§ 1257. **RG.** R. **13** Nr. 58. In den Fällen einer Pfändung durch den Gerichtsvollzieher ist für eine Pflicht des Pfändungspfandgläubigers zur Verwahrung des Gepfändeten kein Raum, weil die Pfändung nicht zur Folge hat, daß die gepfändete Sache in seinen unmittelbaren Besitz kommt.

§ 1260. SeuffA. **67** 109 ff. (KG.) bereits JDR. **10**.

§ 1262. *K u t t n e r, JheringsJ. **61** 109 ff. vgl. zu § 15 HGB. und zu § 292 ZPO.

§ 1270. *T h i e ß e n, Person und Vermögen 48 ff. Gegenstand des Pfandrechts ist n i c h t die Forderung (nach BGB. ein „Recht"), sondern die Leistung, und zwar Leistung in einem ganz konkreten Sinne: im Sinne von Vermögensgegenstand. Es gibt ein Pfandrecht schlechterdings nur an Vermögensgegenständen, was das BGB. (§ 1274 Abs. 2) also ausdrückt: „Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden". — Rechte können überhaupt nicht „übertragen" werden, auch nicht „veräußert" oder „belastet", über Rechte kann ebensowenig „verfügt" werden. Verfügen kann man nur über G e g e n st ä n d e (45).

§ 1272. R. **12** 753 (KG.). Als Gläubiger eines Schiffspfandrechts kann nicht eine Reederei als solche in das Schiffsregister eingetragen werden; die Eintragung kann vielmehr nur für die einzelnen Mitreeder unter Angabe der Größe der ihnen gehörenden Schiffsparten erfolgen. Die Schiffspart ist bei ihrer Verpfändung nicht nach ihrem Werte, sondern nach dem auf sie entfallenden Miteigentumsbruchteil an dem Schiffe zu bezeichnen.

§ 1273. 1. *T h i e ß e n, Person und Vermögen 48 ff. Abs. 1: „Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein". Der Satz ist, wenn der Ausdruck „Recht" beide Male dasselbe bedeuten soll, falsch, weil ein „Recht an einem Rechte" nicht nur praktisch, sondern auch logisch ein Unding ist. Es muß heißen: Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein — Gegenstand (nämlich Vermögensgegenstand) sein; besser noch: n u r ein Gegenstand (s. oben zu § 1270).

2. *J a c o b s o h n, Die Unterlassungsklage 167. Vgl. oben Ziff. 1 a zu § 1004 und Ziff. 2 zu § 241.

3. **RG.** 2. 12. 11, **78** 27, JW. **12** 233, R. **12** Nr. 439. Die Verpfändung von Rechten für künftige Forderungen entbehrt der erforderlichen Bestimmtheit nicht, wenn die Verpfändung zugunsten aller Forderungen eines benannten Gläubigers an einen benannten Schuldner lautet (vgl. **RG.** JW. **07** 513).

§ 1274. **RG.** JW. **12** 233. Eine Hypothekenverpfändung in blanco ist zulässig. Ebenso ist die Verpfändung einer ungültig gewordenen Hypothekenverpfändungsurkunde für ein neues Verpfändungsgeschäft gestattet. Unerheblich ist, daß die in der Urkunde angegebene Zeit ihrer Niederschrift, das Datum, zu der Zeit der zweiten Hingabe des Schriftstücks nicht stimmt; erst die Hingabe selbst ist das Entscheidende.

§ 1277. FrankfRundsch. **46** 20 ff. (Frankfurt). Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus ihm verpfändeten Kuxen nur nach Maßgabe des § 1277 verlangen.

§ 1280. **RG.** 30. 4. 12, **79** 306 ff. Wenn der Pfandgläubiger die Verpfändungsurkunde dem Schuldner der verpfändeten Forderung vorlegt, so ersetzt dies nicht die von § 1280 geforderte Anzeige des Gläubigers an den Schuldner.

§ 1281. a) **RG.** JW. **12** 753, GruchotsBeitr. **56** 1066 ff., BayRpflZ. **12** 282. Die Meinung, daß § 1281 nur auf das vertragsmäßige und gesetzliche Pfandrecht anzuwenden sei und die Arrestpfändung infolgedessen nicht die Befugnis gewähre, die Forderung, sei es auch nur zum Zwecke der Hinterlegung, einzuziehen (so OLG. Colmar, ElsLothZ. **31** 35, JDR. **5** 454, Staudinger, BGB. § 1281 Anm. 8) ist nicht zu billigen. Richtig ist nur, daß es sich immer nur um eine entsprechende

Anwendung des § 1281 handeln kann. Diese Anwendung ist aber durchaus berechtigt. b) AM. OLG. **25** 228, HansGZ. **12** Beibl. 285 (Hamburg), weil nach den §§ 835, 836 ZPO. das Recht des Pfändungsgläubigers gegen den Drittschuldner auf Leistung von der Überweisung der gepfändeten Forderung abhängt. Damit ist unverträglich ein ihm ohne solche Überweisung nach § 1281 BGB. beschränkt, nach § 1282 unbeschränkt zustehendes Recht auf Leistung, besonders das letztere, das, da regelmäßig die Forderung des Pfändungsgläubigers fällig ist, allein in Betracht kommt. Kann aber der Gläubiger ohne Überweisung nicht Leistung verlangen, so kann er auch nicht „statt der Leistung" Hinterlegung beanspruchen.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1297. 1. Natur des Verlöbnisses (vgl. JDR. **4**, **5**, **6**, **10**). **RG.** 19. 9. 12, **80** 88 ff., JW. **13** 38. Der Verlöbnisvertrag ist nicht notwendig dadurch aufschiebend bedingt, daß die Heirat vom Eintritt einer Bedingung oder eines Termins abhängig gemacht ist. Denn der Inhalt und die rechtliche Bedeutung des Verlöbnisvertrags ist nicht unmittelbar die Verpflichtung zur Heirat, zur Begründung des Ehestandes, sondern die Willenseinigung über das gegenseitige Versprechen der künftigen Verheiratung und die behufs seiner Verwirklichung zunächst erfolgende Begründung des Brautstandes.

2. OLG. **24** 278 (KG.). Die unmittelbare Möglichkeit der Eheschließung unter den Verlobten ist allerdings nicht unbedingte Voraussetzung der Gültigkeit eines Verlöbnisses, so daß sich trotz des Vorliegens aufschiebender Ehehindernisse die davon Betroffenen wirksam verloben können. Indessen widerspricht es dem sittlichen Bewußtsein der Allgemeinheit, wenn ein verheirateter Mann, selbst wenn die Scheidung seiner Ehe in Aussicht steht, ein Verlöbnis eingeht; dieses steht außerhalb der Schranken der staatlichen Rechtsordnung und ist vor dem Gesetze nichtig.

§ 1298. 1. Irrtum über die Vermögensverhältnisse als wichtiger Grund (JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 2, **4** Ziff. 2b, **7** Ziff. 2a). SeuffA. **68** 26 (Hamburg) erklärt in einem Falle, in dem die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse für die Beteiligten eine Existenzfrage darstellten, den Rücktritt wegen Irrtums über die Vermögenslage des anderen Teiles für zulässig.

2. Über die Frage, ob ein Verlobter aus einem Verlöbnisbruch auch dann haftet, wenn sich die Verlobten die Heirat nur unter einer Bedingung oder Befristung zugesagt hatten, handelt **RG. 80** 88 ff. (vgl. Ziff. 1 zu § 1297).

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1304. BayObLG. **13** 191 ff. (BayObLG.). Ob die Eingehung einer Ehe im Interesse des Mündels liegt, hat das Vormundschaftsgericht unter Berücksichtigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden (Planck, BGB. Erl. 6 Abs. 2; Crome, System IV, 208 Anm. 12). Als zu berücksichtigende Umstände kommen insbesondere die körperliche Entwickelung, die Gesundheitsverhältnisse, das Vermögen, die Charaktereigenschaften, die Bildungsstufe, die Standes- und Erwerbsverhältnisse und die Neigungen der Brautleute in Betracht. Sprechen Umstände für und andere Umstände gegen die beabsichtigte Eheschließung, so müssen die verschiedenen Gründe gegeneinander abgewogen werden.

§ 1312. FischersZ. **41** 70 (SächsMin. d. J.). Das Ministerium gewährt eine Befreiung vom Ehehindernisse des Ehebruchs in der Regel nicht eher, als bis seit Rechtskraft des nach § 1312 BGB. ergangenen Scheidungsurteils ein Jahr verflossen ist.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1324. Abs. 2. Vgl. *Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne o. zu §§ 104 ff.

§ 1325. WürttJ. **24** 1 ff. (Stuttgart). Eine Nichtigkeit der Ehe wegen Geschäftsunfähigkeit eines Ehegatten ist nur gegeben, wenn der Dauerzustand geistiger Störung den Kranken in seinem auf die Eheschließung bezüglichen Denken, Wollen und Handeln beeinfluß hat.

§ 1329. *Meyer, Rechtsschein des Todes 8 ff., 54 f. Bei der nichtigen Ehe besteht nur der Rechtsschein der Ehe, der durch die Nichtigkeitserklärung mit rückwirkender Kraft gebrochen wird. Bestehen bleiben die auf Grund des Scheines entstandenen materiellen Rechtsverhältnisse (§§ 1344 ff.), zu denen insbesondere auch die Stellung der Kinder (§§ 1699 ff.) gehört.

§ 1333. 1. Vorehelicher Geschlechtsverkehr (JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 3 c, **4** Ziff. 2 c, **6** Ziff. IV 1, **8** Ziff. II 1, **7** u. **9** Ziff. 1). **RG.** 18. 12. 11, JW. **12** 244. Hatte der Ehemann vor der Eheschließung den Argwohn, daß die Ehefrau mit einem Dritten Geschlechtsverkehr gehabt habe, so rechnete er mit der Möglichkeit, daß ein solcher stattgefunden habe, und wenn er trotzdem die Ehe einging, so ergibt sich, daß er darauf kein entscheidendes Gewicht legte. Dann aber liegt ein nach § 1333 berechtigender Irrtum nicht vor.

2. Beischlafsvermögen (JDR. **5** Ziff. 1, **8** Ziff. II 2, **10** Ziff. 5). **a)** **RG.** 16. 10. 11, WarnE. **12** 36. Vaginismus, der seinen Grund in einer seelischen Störung hat, kann die Anfechtung einer Ehe nach § 1333 rechtfertigen. Nachträgliche Heilung kann die vorher wirksam geltend gemachte Anfechtung der Ehe nicht rückwärtshin wieder beseitigen. Höchstens kann nachträgliche Heilung die Annahme rechtfertigen, daß der Mangel im Sinne des § 1333 von vornherein kein erheblicher und deshalb die Anfechtung gar nicht wirksam gewesen ist. **b)** **RG.** 19. 2. 12, R. **12** Nr. 1184. Völlige geschlechtliche Empfindungslosigkeit des Ehemanns steht der Impotenz gleich.

3. **RG.** 9. 5. 12, GruchotsBeitr. **56** 998, DJZ. **12** 866. Eine überstandene Geisteskrankheit begründet keine persönliche Eigenschaft des Ehegatten im Sinne des § 1333.

§§ 1333, 1334. a) **RG.** 18. 1. 12, JW. **12** 393, PosMSchr. **12** 81. Ein Ehegatte, der die Ehe wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten hat, hat ein Berufungsrecht gegen ein Urteil, das die Ehe nur wegen Irrtums für nichtig erklärt. b) OLG. **24** 1 (Hamburg). Ähnlich wie bei verschiedenen Scheidungsgründen, so hat auch bei verschiedenen Anfechtungsgründen eine Partei nicht das Recht, zu bestimmen, über welchen Anfechtungsgrund in erster Linie zu entscheiden ist, vielmehr kann das Gericht, wenn ein Anfechtungsgrund festgestellt ist, die Ehe für nichtig erklären, ohne daß es auf den anderen, von der Partei in den Vordergrund gestellten Anfechtungsgrund ankommt.

§§ 1345, 1346. 1. **RG.** 8. 2. 12, **78** 369, JW. **12** 465, SeuffA. **67** 402. § 1345 enthält den allgemeinen Grundsatz, nach dem die nichtige Ehe auch nach der Nichtigkeitserklärung gewisse vermögensrechtliche Wirkungen äußern soll. Dieser Grundsatz ist in den §§ 1346, 1347 näher ausgestaltet. Insbesondere will der Satz 1 des § 1346 der aus § 1345 an sich abzuleitenden ungereimten Folgerung begegnen, daß der durch widerrechtliche Drohung zur Eingehung der Ehe gezwungene Ehegatte schutzlos zu lassen wäre, weil ihm dabei die Nichtigkeit der Ehe bekannt gewesen sei. Der Satz 2 beschäftigt sich mit dem Sonderfalle, daß sich die Ehe zweier beiderseits gutgläubiger Ehegatten wegen Irrtums des einen Teiles als anfechtbar herausgestellt hat und auf Betreiben eben dieses irrenden Teiles für nichtig erklärt worden ist. Damit ist der im § 1345 aufgestellte Grundsatz der besonderen Schutzbedürftigkeit des einseitig gutgläubigen Ehegatten nicht verlassen.

2. **RG.** 18. 1. 12, JW. **12** 393. Für die Frage, ob die Rechtsfolgen des § 1345 Abs. 1 oder des § 1346 Satz 2 eintreten, ist das die Nichtigkeit der Ehe aussprechende Urteil maßgebend, und es kann in dem Unterhalts- oder Auseinandersetzungsprozesse nicht mehr nachgeprüft werden, ob die Ehe nicht bloß wegen Irrtums, sondern auch wegen arglistiger Täuschung nichtig ist (vgl. auch **RG.** JW. **10** 393, **RG. 50** 416).

3. **RG.** 8. 2. 12, **78** 369, JW. **12** 465, SeuffA. **67** 402. Nach § 1345 kommt es nicht wie im § 1346 auf das Kennenmüssen, sondern auf die wirklich erlangte Kenntnis an. Sowenig aber der Nachweis fahrlässiger Unkenntnis von der Anfechtbarkeit der Ehe die Klage aus § 1345 stützen könnte, so wenig ist andererseits der Beklagte durch einen Sachverhalt, der an sich seine Unkenntnis entschuldigen würde, dann entlastet, wenn er dessen ungeachtet die entscheidende Kenntnis gehabt hat. Das eine schließt das andere nicht aus. — Die zur Erhebung des Anspruchs aus § 1345 nachzuweisende Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Ehe deckt sich nicht notwendig mit arglistiger Täuschung im Sinne von § 1334. Es sind vielmehr Fälle denkbar, in denen ein Ehegatte bei der Eheschließung von dem Irrtume des anderen Teiles unterrichtet ist, ohne daß ihm gerade arglistige Täuschung dabei vorzuwerfen wäre

Vierter Titel. Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

§ 1348. *Meyer, Rechtsschein des Todes 18 f., 37 ff., 53. Die Vermutung und der Rechtsschein der Todeserklärung (s. o. zu § 18) sind auch in Ansehung der Ehe wirksam. Es entsteht auch bei unrichtiger Todeserklärung der Rechtsschein der Eheauflösung. Haben die Gatten der neuen Ehe diesem Scheine getraut, so wird er zur Wahrheit. Dem § 1348 liegt wie dem § 2370 der Gedanke des Vertrauensschutzes zugrunde. Die Abweichungen erklären sich aus dem Wesen der Ehe. Für den Fall der Aufhebung des Scheidungsurteils nach Wiederverheiratung ist analoge Anwendung geboten. Hellwigs Theorie von den Grenzen der Rückwirkung bei Aufhebung eines konstitutiven Staatsakts ist als zu weitgehend abzulehnen, da nur bei Gutgläubigkeit ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegt und die Todeserklärung kein konstitutiver Akt ist. Der Rechtsschein der Eheauflösung ist auch insofern von Bedeutung, als, solange er besteht, kein Ehebruch des anderen Teiles möglich ist. Für die von der Frau des Verschollenen nach dem mutmaßlichen Todestage empfangenen und geborenen Kinder gilt nicht der Rechtsschein der Ehelichkeit nach den §§ 1591, 1593; daher Legitimation möglich (42 ff.). Auch bei den vor diesem Zeitpunkte geborenen Kindern ist Geltendmachung der Unehelichkeit nach § 1593 statthaft (57 ff.). Soweit Legitimation erfolgt ist, bleibt diese auch bei späterer Widerlegung der Todesvermutung wirksam, und zwar nicht nur als Rechtsfolge der Ehe, sondern auch bei deren Anfechtung gemäß §§ 1721, 1699 und bei Ehelichkeitserklärung (52 ff., 58 f.).

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Literatur: Reerink, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Verwandten und Ehegatten nach dem deutschen Rechte, GruchotsBeitr. **56** 709—757. — Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft in ihrem Begriffe, in ihren Gestaltungen und in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen. Halle a. S. 1912. — Walsmann, Der Verzicht. Leipzig 1912.

§ 1353. 1. Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft 38. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann nur angestrengt werden, wenn ein Verstoß gegen eine Verpflichtung personenrechtlichen Charakters vorliegt. Derartige Rechte und Verpflichtungen haben eine Leistung zum Inhalte, deren Gegenstand das Wollen unmittelbar ist, die mittelbare Beziehung auf ein Rechtsobjekt vermögensrechtlichen Charakters ist hier nicht gegeben, die Beziehung erschöpft sich vielmehr in der Be-

ziehung auf das Wollen; das Wollen, das hier in Frage steht, ist die ihm vom Gesichtspunkte des anderen aus aufgeprägte Richtung. Als solche personenrechtlichen Rechte und Pflichten, die von den persönlichen vermögensrechtlichen Rechten und Pflichten scharf zu scheiden sind, finden wir in §§ 1353 ff. die folgenden: 1. Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft. 2. Das Recht des Mannes auf Ehefolge (Entscheidungsrecht) und die Verpflichtung der Frau zur Ehefolge. 3. Das Recht und die Pflicht der Frau zur Leitung des gemeinsamen Hauswesens und zur Schlüsselgewalt, sowie die Verpflichtung des Mannes, jede Beeinträchtigung dieses Rechtes zu unterlassen. 4. Das Recht und die Pflicht der Frau den Namen des Mannes zu führen.

2. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage. Eine Unterlassungsklage wegen Ehebruchs aus materiell-rechtlichen Gründen ist undenkbar (vgl. unten zu § 1358). Allgemeines s. o. Ziff. 2 zu § 241 und Ziff. 4a zu §§ 823 ff.

3. *Walsmann, Verzicht 281, (vgl. auch 99). Die Rechte, die den Ehegatten gemäß §§ 1353 ff. in persönlicher Beziehung aus der Ehe gegeneinander erwachsen, sind nicht verzichtbar.

4. Rechtsmißbrauch. a) **RG.** 6. 11. 11, JW. **12** 75. Die Rückkehrweigerung darf weder auf nach § 616 ZPO. ausgeschlossene Gründe noch auf solche Behauptungen gestützt werden, denen bereits durch ein früheres Herstellungsurteil der Charakter eines Rechtsmißbrauchs abgesprochen ist. **b)** **RG.** R. **12** Nr. 3088. Kann der Ehemann die Mittel für eine häusliche Gemeinschaft nicht bieten, so stellt sich der Anspruch auf Herstellung des häuslichen Lebens als Rechtsmißbrauch dar. **c)** OLG. **24** 34 (Hamburg). Hat ein Ehegatte vorher unberechtigte Bedingungen für das Zusammenleben gestellt, so ist sein klagend geltend gemachtes Rückkehrverlangen als nicht ernstlich gemeint anzusehen. **d)** OLG. **24** 1 (Hamburg). Das Verlangen des Ehemanns, die Ehefrau solle die eheliche Gemeinschaft mit ihm in der Weise wieder herstellen, daß sie in die von ihm mit seiner Mutter und seinen sechs Geschwistern gemeinsam bewohnte Wohnung zurückkehre, stellte sich als Rechtsmißbrauch dar.

5. Mißbrauch durch Verhalten gegenüber den Kindern (JDR. **9** Ziff. II 3). **RG.** 25. 1. 12, JW. **12** 395. Dem Verlangen des Ehemannes auf Herausgabe eines Kindes kann die zum Getrenntleben berechtigte Ehefrau den Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegensetzen; sie kann ihn jedoch nicht auf Gründe stützen, die dem Gebiete der Fürsorge für die Person des Kindes angehören. — Ein Rechtsmißbrauch kann darin gefunden werden, daß bei dem leidenden Zustande der Frau die Trennung von dem Kinde eine erhebliche und dauernde Schädigung ihrer Gesundheit zur Folge haben würde.

6. **RG.** R. **12** Nr. 1185. Ein Abkommen über Regelung des Getrenntlebens ist rechtswirksam, wenn das Recht zur Absonderung bereits nach dem Gesetz bestand.

7. SchlHolstAnz. **12** 323 (Kiel). Nach den Grundsätzen des das internationale Privatrecht beherrschenden Personalstatuts ist es zulässig, in analoger Anwendung des Art. 29 EGBGB. gegen den keinem Staate angehörigen Beklagten auf Herstellung des ehelichen Lebens zu erkennen, wenn er sich grundlos von der Gemeinschaft der Klägerin fernhält.

§ 1354. Joerges, Eheliche Lebensgemeinschaft 79 ff. unterscheidet drei Arten der häuslichen Gemeinschaft: 1. Die häusliche Gemeinschaft mit Haushaltungsgemeinschaft. Dies ist der Normalfall, man hat sie die Vollgestalt der Ehe genannt. Wir nennen sie die vollkommene häusliche Gemeinschaft. 2. Die häusliche Gemeinschaft ohne Haushaltungsgemeinschaft. Dies ist das bloße räumliche Zusammenwohnen ohne eigene Haushaltung. Wir nennen sie die unvollkommene häusliche Gemeinschaft. 3. Die unterbrochene häusliche Gemeinschaft, in anderem Ausdrucke: das unterbrochene Zusammenleben. Wir nennen sie eine vollkommene,

wenn die Ehegatten trotz des Alleinlebens eine gemeinsame Wohnung haben, eine unvollkommene, wenn dies nicht der Fall ist.

§ 1357. 1. Haftung für ärztliche Behandlung der Ehefrau. (JDR. **5** u. **10** Ziff. I 1, sowie JDR. **9** Ziff. 2 zu §§ 1360, 1361). **a)** *Israel, Über den Honoraranspruch des Arztes. a) Wird der Arzt von der Ehefrau hinzugezogen, so wird nach § 1357 nur der Ehemann verpflichtet. Neben dem Ehemanne, mag er mittellos sein oder nicht, besteht keine Haftung der Ehefrau. Letztere liegt nur dann vor, wenn die Ehefrau ihren Willen, im eigenen Namen zu handeln, ausdrücklich erklärt hat, oder wenn dies aus den Umständen ersichtlich ist oder wenn der Ehemann die Schlüsselgewalt wirksam nach § 1357 Abs. 2 ausgeschlossen hat. Insbesondere ist die Ehefrau allein dann verpflichtet, wenn sie sich als unverheiratet ausgegeben und hierdurch ihren Willen, sich selbst zu verpflichten, kundgegeben hat, ferner z. B. auch dann, wenn sie den Arzt bittet, ihrem Manne von der Krankheit keine Mitteilung zu machen. b) Hat der Ehemann mit dem Arzte kontrahiert, so besteht grundsätzlich ein Honoraranspruch ebenfalls nur gegenüber dem Ehemann als der Vertragspartei, ohne Rücksicht darauf, ob er vermögend ist oder nicht. Es ist auch hier nicht angängig, neben der Haftung des Ehemanns noch ein Vertragsverhältnis der Ehefrau mit dem Arzte dann entstehen zu lassen, wenn erstere sich mit der Behandlung des von dem Ehemanne hinzugezogenen Arztes einverstanden erklärt. In beiden Fällen ist auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber der Ehefrau nicht begründet, da dieser zur Voraussetzung hat, daß die Vermögensverschiebung sich unmittelbar unter den Parteien — Ehemann und Arzt — vollzogen hat. In seltenen Fällen wird der Arzt seinen Honoraranspruch auf § 826 gründen können, wenn die besonderen Voraussetzungen hierfür vorliegen. — Der Schutz zur Erlangung des Honorars ist in diesen Fällen ungenügend. Es wäre angebracht, wenn auch bei uns eine Vorschrift bestehen würde, wie sie das SchweizZivGB. vom 10. Dezember 1907 im § 207 Ziff. 5 enthält: Für die Schulden, welche von dem Manne oder der Frau für den gemeinsamen Haushalt eingegangen werden, haftet die Frau soweit der Mann nicht zahlungsfähig ist (35 ff.). **b)** MecklZ. **30** 332 ff. (LG. Güstrow). Mit Warnatsch und Ullmann (DJZ. **03** 245' u. JW. **05** 520) ist davon auszugehen, daß die Annahme eines Arztes für die eigene Behandlung seitens der Frau ein Geschäft ist, das die Frau innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises für den Mann besorgt und bei dem sie ihn vertritt. Es wird mithin im Regelfalle nach § 1357 nur der Ehemann, nicht auch die Ehefrau, die nur als Vertreterin tätig geworden ist, dem Arzte verpflichtet. Vgl. auch HansGZ. **12** Beibl. 297 (Hamburg).

2. HansGZ. **12** 189 (Hamburg). Solange die Gatten noch in derselben Wohnung wohnen, kann der Ehefrau die Schlüsselgewalt nur aus wichtigen Gründen entzogen werden. Dagegen wird sie bei Trennung der Gatten gegenstandslos und ihre Entziehung durch den Ehemann ist dann kein Mißbrauch. Dabei ist es auch gleichgültig, ob die Frau dem Manne zur Trennung begründeten Anlaß gegeben hat oder nicht.

3. SeuffA. **67** 403 (Braunschweig). Der Mann hat seiner Frau für die zur Ausführung der Schlüsselgewalt nötigen Aufwendungen nach § 669 Vorschuß zu leisten [OLG. **5** 395 (Stettin); Opet, Bem. 2a zu § 1357]. Ein Anspruch der Frau auf Vorschußleistung ist jedenfalls für die mandatähnlichen Fälle anzunehmen, in denen andere Rücksichten in Frage kommen als das bloße Interesse des Auftraggebers. Es besteht die Sitte, daß der Mann seiner Frau je nach seinem Einkommen für eine Woche oder für längere Zeiträume eine feste Rente als Vorschuß für die Haushaltung zahlt. Es soll die Frau in den Stand gesetzt werden, die voraussichtlichen Ausgaben bar zu bezahlen und den Kredit des Mannes nicht mehr auszunutzen als üblich ist. Die Ausgaben sind aber ungleich und wechselnd. Dem kann nur die

vorschußweise Zahlung einer angemessenen Rente gerecht werden, und zwar einer solchen, die für größere Zeiträume zu zahlen ist, in denen sich die täglichen Ausgaben einigermaßen ausgleichen. Der kleinste Zeitraum, in welchem dies allenfalls möglich sein mag, ist aber die Woche.

4. SeuffA. **67** 102 (München) bereits JDR. **10** Ziff. II 1.

§ 1358. Nichtbestehen der Unterlassungsklage. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 13 f., 17 f. Das Eherecht kann seinem außerrechtlichen Wesen nach die einzelnen Handlungen nicht als willentliche erfassen; außerdem gewährt es kein Recht an einer fremden Person. Daher muß sowohl dem Ehegatten wie — Fälle der persönlichen Ehrverletzung abgesehen — Dritten gegenüber eine Unterlassungsklage verneint werden (vgl. oben Ziff. 2 zu § 241 und Ziff. 4 a zu §§ 823 ff.).

§ 1360. 1. *Reerink, GruchotsBeitr. **56** 722 ff. Das Charakteristische für die Gewährung des Unterhalts in der ehelichen Lebensgemeinschaft ist, daß hier eine unmittelbare Befriedigung der Lebensbedürfnisse stattfindet. Während bei den Verwandten die Erfüllung der Unterhaltspflicht in der Regel durch Zahlung einer Geldrente, mit welcher der Berechtigte seinerseits seinen Unterhalt zu bestreiten hat, erfolgt, hat im Falle des § 1360 der unterhaltspflichtige Ehegatte durch unmittelbare Befriedigung der Lebensbedürfnisse des unterhaltsberechtigten Ehegatten dahin zu wirken, daß es diesem an nichts gebricht, der Verpflichtete hat hier für die Erreichung des Unterhaltszwecks Gewähr zu leisten. Diese Gewährleistungspflicht äußert sich darin, daß dem unterhaltsberechtigten Ehegatten die Mittel zur unmittelbaren Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse in der Weise geboten werden müssen, daß sie für ihn erreichbar sind, und ferner — sofern der unterhaltspflichtige Ehegatte seine Unterhaltspflicht durch Zahlung von Barbeträgen erfüllt, oder zu erfüllen hat — darin, daß diese für eine angemessene Zeit vorauszuzahlen sind.

2. Joerges, Eheliche Lebensgemeinschaft 61. Der Aufwands- und der Beitragsanspruch haben das Vorhandensein von ehelichem Aufwande zur Voraussetzung, der Unterhaltsanspruch nicht. Zwar ist der Unterhalt in dem ehelichen Aufwand in der Regel enthalten, aber zu glauben, es sei immer der Fall, ist falsch. Setzen wir den Fall, kinderlose Ehegatten leben getrennt. Wo sind dann Kosten, die durch den Bestand der Ehe hervorgerufen werden? Die Frau hat den Unterhaltsanspruch aus § 1360, der Mann aber keinen Beitragsanspruch. Dies ist allerdings in der Regel nur im Güterstande der Gütertrennung von sichtbarer praktischer Bedeutung; am wenigsten hat es für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung Folgen; für die Gütergemeinschaften stellen sich eigenartige Rechtsverhältnisse heraus. Diese Regelung erscheint ohne Zweifel als nachteilig gegenüber der Frau; in der Regel werden bei Getrenntleben Gründe zur Änderung des Güterstandes vorliegen; somit ist der Unbilligkeit abzuhelfen. Andererseits wäre es im Güterstande der Gütertrennung unbillig, wenn der arme Mann der reichen Frau den Unterhalt gewähren müßte; hier hilft § 1361 Abs. 2.

3. **RG.** 7. 10. 12, R. **12** Nr. 3375. Der standesgemäße Unterhalt der Frau richtet sich auch dann nach den jetzigen Verhältnissen des Ehemanns, wenn die Eheleute schon seit vielen Jahren getrennt leben.

4. **RG.** 15. 1. 12, JW. **12** 352, BayRpflZ. **12** 192. Das Bestehen einer Mitgiftforderung der Frau befreit den Mann nicht von seiner Unterhaltspflicht.

5. OLG. **24** 2 (Hamburg). Nach §§ 1360, 1361 kann der Ehemann sich nicht von seiner Unterhaltspflicht durch die Behauptung befreien, daß er gegenwärtig so gut wie gar nichts verdiene. Denn nach dem Gesetze kommt es nicht auf sein gegenwärtiges Einkommen, sondern wesentlich auf seine Erwerbs- und Leistungsfähigkeit

an. Er hat seine Arbeitskraft derartig anzustrengen daß er damit auch den Unterhalt seiner Frau verdient.

§ 1361. 1. a) Joerges, Eheliche Lebensgemeinschaft 150. Der § 1361 ist in folgenden Fällen anwendbar: A. bei einseitig herbeigeführtem Getrenntleben: 1. wenn der zum Getrenntleben Berechtigte das Getrenntleben herbeigeführt hat, und zwar sowohl wenn er unterhaltsberechtigt als auch wenn er unterhaltspflichtig ist; 2. wenn der zum Getrenntleben nicht Berechtigte das Getrenntleben herbeigeführt hat, nur falls er unterhaltspflichtig ist; B. bei im Einverständnisse herbeigeführtem Getrenntleben, wenn einem der Ehegatten eine Berechtigung zum Getrenntleben zur Seite steht nach Maßgabe der Fälle unter A; C. bei unfreiwillig eingetretenem Getrenntleben aus demselben Grunde wie unter B. — Der § 1361 findet demnach keine Anwendung: 1. bei berechtigtem Getrenntleben, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte als ein nicht zum Getrenntleben Berechtigter es herbeigeführt hat; 2. bei einem für beide Ehegatten unberechtigten Getrenntleben. Dies gilt für jede Art des Getrenntlebens. **b)** Über den Begriff des Getrenntlebens führt Joerges, Eheliche Lebensgemeinschaft 95 ff. aus: Das Getrenntleben ist das Alleinleben, das ein Ehegatte, weil ihm gegenüber personenrechtliche Pflichten verletzt worden sind, gewählt hat. Das Alleinleben ist in diesem Falle um seiner selbst willen eingetreten. Wird das Alleinleben aber durch den Ehegatten eingeführt, der die personenrechtlichen Pflichten verletzt hat, und hat der verletzte Ehegatte nicht den Willen allein zu leben, so liegt trotzdem Getrenntleben vor, wenn der andere Ehegatte allein lebt um des Alleinlebens willen.

2. **RG.** SeuffA. **67** 404. Im gesetzlichen Güterstande kann der Mann seine mit Recht getrennt lebende Frau auf die Erträge ihrer Mitgiftforderung nicht verweisen.

3. **RG.** 6. 3. 11, SeuffA. **67** 67. Bei einer der Vorschrift des § 1361 entsprechenden Sachlage ist eine vertragsmäßige Einigung der Ehegatten über die Höhe des für die Zeit des Getrenntlebens zu gewährenden Unterhalts an sich rechtlich nicht zu beanstanden. Anders liegt die Sache freilich, wenn die Parteien zugleich, der im § 1353 Abs. 1 ausgesprochenen Verpflichtung zuwider, dauerndes Getrenntleben vereinbaren und die Einigung über die Höhe des Unterhalts gerade mit Rücksicht auf diese Vereinbarung erfolgt (vgl. **RG. 61** 50, GruchotsBeitr. **50** 378).

4. DJZ. **13** 175 (Posen). In dem Übergange vom Unterhaltsbegehren aus § 1361 zum Unterhaltsanspruch aus § 1578 ist eine Klagänderung zu erblicken, denn § 268 Abs. 3 ZPO. könne keine Anwendung finden. AM. OLG. Naumburg, JDR. **8** Ziff. 2 b.

§ 1362. 1. **RG.** 9. 7. 12, **80** 62, GruchotsBeitr. **56** 1000 ff. Aus dem Wortlaut und aus dem gesetzgeberischen Zwecke der Vorschrift, den Gläubiger des Mannes im Interesse der Verkehrssicherheit gegen die ihm aus absichtlicher oder unabsichtlicher Vermischung der Vermögen der Ehegatten drohende Gefahr zu schützen, ist zu entnehmen, daß die Vermutung nicht etwa lediglich eingreift, wenn ein Gläubiger des Mannes unmittelbar im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung wegen seiner Forderung aus bestimmten, im Besitz eines Ehegatten oder beider befindlichen beweglichen Sachen zu erlangen sucht, sondern auch dann, wenn der Mann einem Dritten als seinem Gläubiger zur Sicherstellung der Forderung an solchen, unter den § 1362 fallenden Sachen auf rechtsgeschäftlichem Wege ein dingliches Recht eingeräumt hat. Macht in einem solchen Falle der Gläubiger ein ihm bestelltes Faustpfandrecht geltend, so kann kein berechtigter Zweifel bestehen, daß er dies in seiner Eigenschaft als Gläubiger tut, daß er als Gläubiger im Sinne des § 1362 zu betrachten ist. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Mann es vorzieht, statt ein Pfandrecht zu bestellen, eine Sicherungsübereignung an bestimmten, in seinem oder seiner Frau Besitze befindlichen Gegenständen zugunsten eines Gläubigers vorzunehmen,

und dieser dann auf Grund dieser Eigentumsübertragung unter Darlegung des Sachverhältnisses Herausgabe der Sachen fordert.

2. Verhältnis des § 1362 zu § 1006 (JDR. **6** Ziff. II 4). SchlHolstAnz. **12** 242 (Kiel). Die Rechtsvermutung nach § 1362 Abs. 2, die gerade für den Fall der Auflösung der Ehe ihre hauptsächliche praktische Bedeutung gewinnt, geht der im § 1006 aufgestellten Vermutung vor.

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an Entscheidungen ist wieder verhältnismäßig gering, ebenso auch die Zahl der einschlägigen Aufsätze. Neu erschienen ist das Familienrecht von Martin Wolff und die Monographie von Joerges: „Die eheliche Lebensgemeinschaft in ihrem Begriff, in ihren Gestaltungen und in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen".

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 1363 ff. Joerges 161 ff. sieht den Zweck der Bestellung des Güterstandes in der Regelung der Kostentragung für den ehelichen Aufwand. Er scheidet die vermögensrechtlichen Veränderungen, welche infolge des Eintritts des Güterstandes und während des Bestehens und infolge des Bestehens sich vollziehen, in güterrechtliche Normen im weiteren Sinne und gewöhnliche Vermögensrechte. Die letzteren sind solche, welche auch unabhängig von dem Bestehen der Ehe entstehen können. Er teilt dann die güterrechtlichen Normen im weiteren Sinne, abweichend von der herrschenden Meinung, die güterrechtliche Normen mit Güterstandsnormen identifiziert, in güterständliche Normen und güterrechtliche Normen im engeren Sinne. Unter güterständlichen Normen versteht er diejenigen Rechte der Ehegatten, deren Aufhebung und Veränderung den Güterstand selbst aufhebt und verändert, unter güterrechtlichen Normen im engeren Sinne diejenigen, sich aus dem Güter, stand ergebenden Normen, deren Aufhebung und Veränderung diesen Einfluß nicht haben. Über die Durchführung dieses Unterschieds vgl. unten. Ziff. 1 zu §§ 1373 ff.

§ 1366. Wolff 165. Eine Forderung auf Lieferung einer zum persönlichen Gebrauche dienenden Sache ebenso wie das bedingte Eigentum der Frau an einem gleichen Gegenstand gehört zum Vorbehaltsgute, so daß § 1400 Abs. 2 unanwendbar ist. Gegen Wieruszowski II, 234, OLG. **4** 107.

§ 1367. 1. Wolff aaO. unterscheidet zwischen Erwerbsgeschäft und Geschäftsvermögen. Das Erwerbsgeschäft als solches soll Vorbehaltsgut sein, und deshalb darf der Mann es nicht in eigenen Betrieb nehmen. Das Geschäftsvermögen kann Vorbehaltsgut oder Eingebrachtes sein. Ist es Eingebrachtes, so kann der Mann es auf Grund des Verwaltungs- und Nutznießungsrechts an sich nehmen. Vorbehaltsgut ist das Geschäftsvermögen dann, wenn der Ehemann seiner Frau Eingebrachtes zur Verwendung im Erwerbsgeschäft ausdrücklich oder stillschweigend überläßt.

2. Mit Wieruszowski und Thiele (vgl. JDR. **3**) sieht Wolff den Erwerb der Ehefrau als Kommanditistin als ein selbständiges Erwerbsgeschäft an.

3. **RG.** R. **12** Nr. 3477. Ein Anspruch auf Rente wegen Erwerbsunfähigkeit der Ehefrau, die für den Fall des Todes und der Erwerbsunfähigkeit des Ehemanns gezahlt werden soll, gehört zum Vorbehaltsgute, weil Ersatz für die entgangene Möglichkeit des Erwerbes vom Vorbehaltsgute begehrt wird.

§ 1369. 1. **RG.** DJZ. **12** 531, JW. **13** 39. Eine Mitgift, die während der Ehe gegeben ist, kann nach § 1369 auch ohne Ehevertrag Vorbehaltsgut werden, selbst wenn sie nicht als Schenkung im Sinne des § 516 anzusehen ist. Unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 1369 ist jede Leistung, für die der Zuwendende keine oder keine gleichwertige Gegenleistung erhält.

2. Wolff 169 unterstellt gegen die herrschende Lehre auch den Erwerb vor der Ehe dieser Norm, für den Fall, daß die Vorbehaltsklausel für eine bestimmte Eheschließung ausgesprochen wird.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§§ 1373 ff. 1. Joerges 188 ff. sieht die Grenzen dieses Güterstandes in der theoretischen Möglichkeit der Bildung von Vorbehaltsgut und eingebrachtem Gute. Güterständliche Rechte sind die Anwartschaftsrechte auf Erwerb dinglicher Nutznießungsrechte bzw. die Anwartschaft auf Verwaltungsrechte. Es folgt daraus: ein Vertrag, daß alles Gut, welches nach gesetzlicher Bestimmung Vorbehaltsgut werden soll oder eine bestimmte Qualität solchen Gutes, eingebrachtes Gut werde, ist nichtig. Eingebrachtes Gut könne nur aus solchen Bestandteilen bestehen, die das Gesetz ihm zuschreibt. Güterrechtliche Rechte im engeren Sinne sind die erworbenen Nutznießungs- und Verwaltungsrechte. Daher bleibt die tatsächliche Umwandlung eingebrachter Vermögensstücke in Vorbehaltsgut und Umwandlung wirklichen Vorbehaltsguts in eingebrachtes Gut durch konkreten Vertrag wirksam. Das Verwaltungsrecht des Mannes gliedert Joerges nach den Zwecken: Erhaltung des Vermögens, Gewinnung der Nutzung, Verwertung des Vermögens, Geltendmachung der Vermögensrechte, insbesondere gerichtliche Geltendmachung. Das Recht des Ehemanns zur Prozeßführung bezüglich der in Betracht kommenden Vermögensrechte macht lediglich Rechte der Frau geltend (gegen Planck und Staudinger 203). Ein Teil des Verwaltungsrechts ist auch die Befugnis zur Verfügung bezüglich der Verwertung der in Betracht kommenden Vermögensrechte. Die güterständlichen Rechte der Frau bestehen in dem Anwartschaftsrecht auf Bestreitung des ehelichen Aufwandes gegen den Mann und dem Anwartschaftsrecht über das ihr verbleibende Verwaltungsrecht und dem Anwartschaftsrecht auf die Verpflichtung des Mannes nach §§ 1385—1387. Die Rechte auf Erfüllung der konkreten einzelnen Verpflichtungen sind güterrechtliche Rechte der Frau im engeren Sinne.

2. Krafft, BayRpflZ. **12** 272 ff. Der Ehemann einer in der Immobiliar-Zwangsversteigerung beteiligten Ehefrau ist nicht selbst Beteiligter nach § 9, wohl ergeben sich aber aus seinem Güterstande folgende Rechte: a) Er muß zugezogen werden, weil die Ehefrau in ihrer Eigenschaft als Beteiligte gewisse Rechte, die von seiner Zustimmung abhängig sind, allein nicht ausüben, so z. B. keine Versteigerungsbedingungen beantragen kann, die eine Verfügung über das eingetragene, zu den Illaten gehörige Recht enthalten. b) Seine Zuziehung soll sich nicht auf die formellen Erfordernisse der Zuziehung eines Beteiligten, die Terminsbenachrichtigung, beschränken, sondern einen Hinweis auf sein Güterrecht enthalten. c) Im Verteilungsverfahren ist er selbst zuzuziehen, weil er Berechtigter ist. d) Die sofortige Beschwerde wegen der Nichtbeachtung der güterrechtlichen Vorschriften kann die Ehefrau aus § 1400 Abs. 1 erheben. Ist sie erfolglos, so kann der Mann selbst, aber in der für den Beteiligten bestimmten Frist, aus eigenem Rechte sie wiederholt einlegen. Wird dagegen auf die Beschwerde der Frau der Zuschlag versagt, so kann der Mann diese Entscheidung nicht anfechten.

§ 1375. 1. **RG.** JW. **12** 870, R. **12** Nr. 3059, BayRpflZ. **12** 417. Der Ehemann kann gegen eine eigene Schuld mit einer Forderung der Frau auch nicht unter deren Zustimmung aufrechnen, selbst wenn die Aufrechnung sich als eine der Ehefrau zugutekommende Verwaltungshandlung darstellt.

2. Wolff 182 gegen Beseler (Kieler Festgabe). Der Mann kann auch die Frau obligatorisch nicht derart verpflichten, daß sie mit verbrauchbaren Sachen haftet.

3. Rosenberg, DJZ. **12** 545. Besitzt die Ehefrau einen Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks und wird die Zustimmung zur Verfügung über diesen Anspruch nach § 1379 ersetzt, so stellt die Auflassung des Verkäufers an den Ehemann

einen Vertrag zugunsten eines Dritten, der Ehefrau, dar, denn der Mann handelt hier im eigenen Namen.

§ 1376. Wolff 179. Satz 1. Die Verfügung über Pfandrechte an verbrauchbaren Sachen ist dem Manne erlaubt. Satz 2. Auch mit nicht konsentierten Schulden der Frau kann der Mann gegen die Forderungen der Frau aufrechnen, weil die Aufrechnung die Zustimmung enthält.

§ 1379. Wolff 182. Durch die vormundschaftsgerichtliche Erklärung kann der Mann zum Zwecke der ordnungsmäßigen Verwaltung ermächtigt werden, die Frau selbst zu verpflichten. Vgl. dagegen Joerges 201.

§ 1380. 1. Püschel, Zugehörigkeit der einzelnen Schadensersatztitel bei Verletzung einer Ehefrau zu den verschiedenen Güterarten. Klagelegitimation und Verfügungsberechtigung des einen oder des anderen Ehegatten nach den verschiedenen Güterrechten. Tabelle JW. **12** 731, 732.

2. R. **12** Nr. 1486 (Braunschweig). Der Ehemann ist berechtigt, eine Illatenforderung zur Zahlung an sich allein dann einzuklagen, wenn die Ehefrau ihre Zustimmung zur Klagerhebung in dieser Form gegeben hat. Vgl. **RG. 67** 265, das die Entscheidung anheimstellte.

§ 1381. Wolff 184. 1. Voraussetzung der Surrogatwirkung ist eine rechtswirksame Verfügung des Ehemanns über eingebrachtes Gut. 2. Die Frau ist Rechtsnachfolgerin des Mannes, daher kommt es auf den guten Glauben des Mannes an. Der Schutz der §§ 406, 408 steht dem Manne zu.

§ 1383. 1. **RG.** JW. **12** 870. Zinsen eines Illatenkapitals sind von der Fälligkeit an Forderungen des Ehemanns.

2. OLG. **24** 2 (KG.) = DJZ. **11** 391, JDR. **10** zu § 1365 Nr. 2; vgl. dagegen auch Ricks, DNotV. **12** 853.

3. **RG. 78** 209. Der Darlehnsvertrag selbst ist ohne ehevertragliche Umwandlung der Forderung in Vorbehaltsgut zulässig.

§§ 1385—1387. Schefold, WürttJ. **29** 253. Dem Mann steht eine condictio indebiti gegen die Frau dann zu, wenn er — aus eigenem oder eingebrachtem Vermögen — eine Schuld der Frau zahlt, welche er irrtümlich für eine Gesamtschuld aus §§ 1385—1387 oder eine nach § 1411 gegen ihn wirksame Schuld hält.

§ 1387. R. **12** Nr. 3376 (Braunschweig). Der Ehemann kann nicht für seine Frau das Armenrecht beantragen, um sich dadurch von der Kostenvorschußpflicht zu befreien.

§§ 1387, 1388. Reichel, DJZ. **12** 1520. Die §§ 1387, 1388 enthalten Kombinationen von Erfüllung und Grundschuldübernahme.

§ 1389. Reerink, GruchotsBeitr. **56** 720. Die Vorschriften des BGB., welche dem Manne die Verpflichtung zur Verwendung des Reinertrags des Eingebrachten zum Unterhalte der Frau auferlegen, begründen keine Unterhaltspflicht, sondern setzen das Bestehen der Unterhaltspflicht voraus.

§ 1391. Wolff 190. Unterlassungsklage gegen den Mann bei erheblicher Gefährdung durch ihn ist nicht gegeben. Ebenso schließt Jacobsohn „Die Unterlassungsklage" 19 für das eheliche Güterrecht die Unterlassungsklage aus. Gegen Elzbacher, Unterlassungsklage 194.

§ 1398. Wolff 192. Die Verfügung der Ehefrau durch einseitiges Rechtsgeschäft bleibt unwirksam, auch wenn der Mann nachträglich zustimmt oder sein Verwaltungs- und Nutznießungsrecht erlischt. Eine analoge Anwendung des § 180 Satz 2 ist ausgeschlossen. Gegen Beseler, Kieler Festgabe 138.

§ 1400. Abs. 2 (§ 1416). SeuffA. **67** 236, OLG. **24** 6, R. **12** Nr. 2264 u. 442 (München). Der Mann haftet niemals für die Gerichtskosten eines ohne seine Zustimmung von der Frau über Illaten geführten Rechtsstreits, gleichgültig ob die

Zustimmung nach rechtskräftiger Erledigung des Prozesses noch möglich ist. Dagegen ist die Zustimmung zu finden in der Unterlassung des Widerspruchs, wenn der Ehemann trotz der Kenntnis, daß die Frau die Zustimmung des Ehemanns unwahrerweise in der Klage behauptet, nichts veranlaßt.

§ 1403. R. 12 Nr. 441 (Stuttgart). Die Aufrechnung mit einer auf dem eingebrachten Gute der Ehefrau lastenden Schuld gegen eine zum eingebrachten Gute der Ehefrau gehörige Forderung gegen den Ehemann, der kraft seines Verwaltungsrechts den Prozeß im eigenen Namen führt, ist unwirksam, wird auch nicht wirksam durch Zustimmung der Frau.

§ 1406. Wolff 170. § 1406 umfaßt auch alle diejenigen Rechte, welche der persönlichen Entscheidung der Frau unterworfen sind, so z. B. Widerrufsrecht bei Schenkung, ausschließliches Recht zur Veröffentlichung eines Geisteswerkes, das Recht auf Anfechtung eines Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit, nach § 2341.

§ 1407. 1. Ziff. 2. Wolff 198. Der Klagantrag ist zu stellen auf Leistung in das Eingebrachte unbeschadet des Verwaltungsrechts des Mannes. Gegen Fuchs, JDR. **7**.

2. Ziff. 3. Wolff 196 Anm. 24. Der Klagantrag wegen vom Manne veräußerter Fahrnis geht auf Herausgabe an den Mann, nicht an die Frau (analog § 986).

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. (§ 739 ZPO.) Winter, DJZ. **12** 1350. Bei der Klage gegen die Frau auf Leistung und gegen den Mann auf Duldung können auch im Versäumnisverfahren nicht die Gesamtkosten der Frau auferlegt werden.

§ 1414. Wolff 203. Die Haftung ist auch dann beschränkt, wenn nur der Besitz der Sache, nicht das Eigentum sich im Vorbehaltsgute befindet.

§ 1417. Abs. 2. Wolff 207 ff. Der Ersatzanspruch der Frau entsteht, wenn der Gläubiger aus dem Vorbehaltsgute befriedigt war, sei es durch Zwangsvollstreckung oder durch freiwillige Leistung der Frau. Der alte Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Eingebrachten erlischt. Bürgen und Pfänder werden frei. Hypotheken des Gläubigers am eingebrachten Gute verwandeln sich bei der Befriedigung in eine zum Vorbehaltsgute gehörende Eigentümerhypothek der Frau. Wird der Ersatz geleistet, so erlischt die Verwaltung und Nutznießung des Mannes ohne Ehevertrag, auch bei Hingabe einer Sache an Zahlungsstatt. Die Frau kann durch Vollstreckung des Ausgleichsanspruchs auch Zwangshypotheken am Illatengrundstück erwerben.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. OLG. **24** 7 (KG.). Eine einstweilige Verfügung auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung ist zulässig und wirkt eine zeitliche Beschränkung der Rechte des Ehemanns auch gegen Dritte. Gegen Planck vgl. JDR. **2**, **3**. Gegen die dort zitierte Entsch. OLG. 8 150 wird jetzt angenommen, daß das Verwaltungsrecht des Mannes nicht übergeht, sondern das im Eigentume begründete Verfügungsrecht der Frau wieder auflebt.

§ 1420. *Meyer, Rechtsschein des Todes 25, 29. Das freie Verfügungsrecht der Frau entsteht auf Grund des Rechtsscheins (s. oben zu § 18) als deren selbständiges Recht; daher bleiben ihre Verfügungen auch bei Aufhebung der Todeserklärung infolge Anfechtungsklage wirksam zugunsten gutgläubiger Dritter, nach Analogie von § 2370.

§ 1421. 1. **RG.** R. **12** Nr. 3092. Zinsen für die zurückzugewährenden Illatenkapitalien sind nach der Scheidung erst von der Mahnung an zu entrichten.

2. *Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte (1912) 198 ff. Der Herausgabeanspruch der Ehefrau entsteht erst mit der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung, ist erst dann übertragbar und pfändbar.

5. Gütertrennung.

§ 1426. Joerges 171 ff. Bei Gütertrennung ist güterständliches Recht das Anwartschaftsrecht der Frau auf den Aufwandsanspruch, das Anwartschaftsrecht des Mannes auf den Beitragsanspruch. Das letztere Anwartschaftsrecht ist daher (abweichend von der herrschenden Meinung) unverzichtbar. Güterrechtliche Rechte im engeren Sinne sind die erworbenen Ansprüche.

§§ 1427, 1429. 1. **RG.** R. **12** Nr. 3093, 3094. Die Vermutung des § 1429 gilt auch dann, wenn die Frau sich ihrer Verpflichtung, Beiträge zu zahlen, durch Hingabe einer Kapitalabfindung entledigt. Diese Kapitalabfindung ist nicht ohne weiteres Schenkung. Die Rückforderung kann aber auf ungerechtfertigte Bereicherung dann gegründet werden, wenn die Zuwendung offenbar nur im Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe gemacht ist.

2. **RG.** PosMSchr. **12** 99. Die Bezahlung vorehelicher Schulden des Ehemanns ist keine Bestreitung des ehelichen Aufwandes.

3. R. **12** Nr. 2550 (BayObLG.). Der Ehemann hat zu beweisen, daß ein überlassener Betrag als Zuschuß gelten soll.

4. SchlHolstAnz. **12** 200 (Kiel) schließt gegen SchlHolstAnz. **12** 19 (Kiel), das den Beitragsanspruch dem Mann auch bei Getrenntleben gewährt, ein solches Recht des Mannes dann aus, wenn die Trennung zu einer Auflösung des gemeinschaftlichen Haushalts geführt hat.

§ 1430. 1. Joerges 179 ff. Die Norm des § 1430 betrifft weder güterständliche noch güterrechtliche Ansprüche, sondern persönliche vermögensrechtliche Ansprüche, welche aus Zweckmäßigkeitsgründen aufgestellt sind. Das Recht der Verwendung bedeutet nicht eine Verwendung für den Mann (wie Wieruszowski annimmt). Der Mann erwirbt nur dann Eigentum an den verwandten Mitteln, wenn sein Wille, für sich zu erwerben, aus der Handlung erhellt. Der Mann hat daher unverbrauchte Einkünfte zurückzugeben.

2. Satz 1. Wolff 217. Zinsforderungen darf der Mann im Zweifel nicht im eigenen Namen einziehen. Gegen Wieruszowski II, 492. Vgl. JDR. **2**, **3**.

3. Satz 2. Wolff aaO. Der Verzicht auf das Bestimmungsrecht aus § 1430 Satz 2 bedarf der Ehevertragsform, was Joerges 187 verneint. Vgl. JDR. **3**.

§§ 1431, 1435. OLG. **24** 52 (München). Für ältere übergeleitete Ehen gilt § 1435 nicht. Vgl. Wolff 261.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. *Bauer, R. **12** 393 ff. Gegenstand einer vertragsmäßigen Regelung kann der gesetzliche Güterstand nur dann sein, wenn er ausgeschlossen oder in einzelnen Richtungen abweichend vom Gesetze geordnet oder auf Grund einer gesetzlichen Ausschließung infolge fortgeltenden früheren Rechtes wieder oder neu begründet wird. Für einen Erbvertrag reicht die erleichterte Form des Ehevertrags daher dann nicht aus, wenn nur der gesetzliche Güterstand im Vertrage festgelegt wird. Ebenso OLG. **24** 10. Nach Wolff 144 soll dagegen auch in diesem Falle die Form ausreichen.

2. OLG. **24** 9 (Nürnberg). Der Ehevertrag kann auch für vorübergehende Zwecke, so für die Auseinandersetzung, geschlossen werden.

3. OLG. **24** 8 (Stettin). Eheverträge, welche das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht aufheben, sind wegen Benachteiligung der Gläubiger insoweit anfechtbar, als der Zugriff aus den Zinsen der eingebrachten Kapitalien beseitigt wird. Dagegen Wolff 168.

4. Bezüglich des Darlehnsvertrags der Ehefrau an den Ehemann vgl. **RG. 78** 209, oben Ziff. 3 zu § 1383.

5. Joerges 219 ff. Das Wesen des Güterstandes wird durch das Gesetz bestimmt. Gemischte Güterstände sind nicht möglich.

§ 1434. RG. 79 283. § 181 findet Anwendung auf Eheverträge. Ebenso OLG. Karlsruhe, ZBlFG. **12** 755, BadRspr. **78** 61, DNotV. **12** 754.

§ 1435. Wolff 151. § 1435 gewährt auch dann nicht die Wirksamkeit von Vollstreckungsakten, wenn diese sich an ein unabhängig von § 1435 wirksames Rechtsgeschäft anschließen.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§§ 1437 ff. Joerges 207 ff. Güterständliche Rechte sind die Anwartschaftsrechte auf das Gesamtrecht und diejenigen Anwartschaftsrechte, die den künftigen Erwerb der Ehegatten betreffen; güterrechtliche Rechte im engeren Sinne sind die erworbenen Rechte. Die güterständlichen Rechte sind nur insoweit der Parteivereinbarung zugänglich, als das Gesetz die Zulässigkeit durch Ehevertrag ausgesprochen hat. Aus § 1440 folgt, daß es durch Ehevertrag gestattet ist, Vermögensrechte, die dem Gesamtgut oder Sondergute zufallen, dem Vorbehaltsgute zuzuwenden, während eine entgegengesetzte Umwandlung im voraus nicht möglich ist. Sondergut wird nur dann Gesamtgut, wenn die Eigenschaft der Übertragbarkeit aufhört. Umwandlung von Gesamtgut und Vorbehaltsgut in Sondergut ist nicht möglich. Die Verwandlung von Sondergut in Vorbehaltsgut ist durchführbar.

§§ 1438, 1440. Literatur: Erwerb von Grundstücken zum ehelichen Gesamtgut durch Auflassung an einen Ehegatten allein. Aufsätze von Bourier, BayNotZ. **11** 472, **12** 216, Jung **12** 76, Meikel, BayNotZ. **12** 1, 82.

1. Jung verlangt zur Eintragung des Eigentums auf beide Ehegatten neben der Auflassung an den Ehemann Antrag der abwesenden Frau in der Form des § 29 GBO. im Anschluß an DNotV. **10** 723, **11** 922 (KG.).

2. Bourier und Meikel erklären es dagegen für zulässig, daß die Auflassung an den Mann allein auf dessen Antrag zur Eintragung der Eheleute in Gütergemeinschaft führt, falls die Gütergemeinschaft offenkundig oder in gesetzlicher Form nachgewiesen wird.

3. Bourier hält es auch gegen Meikel und Jung für zulässig, daß der zunächst allein eingetragene Ehemann die Eintragung auf die Gütergemeinschaft allein auf Grund seines Verwaltungsrechts beantragen kann.

4. Nach Bourier und Jung kann die Auflassung nur dem anwesenden Ehemanne, nicht auch der anwesenden Frau gegenüber erklärt werden, es können also auf diese Auflassung allein nie die Eheleute als Eigentümer eingetragen werden, wie das Bayrische Ministerium, BayNotZ. **11** 472 und LG. München, BayNotZ. **12** 245 annehmen.

5. ZBlFG. **13** 309 (KG.). Die Ehefrau kann ohne Zustimmung des Mannes unter Entgegennahme der Auflassung für die Gütergemeinschaft das Grundstück erwerben und dies Recht durch Bevollmächtigte ausüben. Der Grundbuchrichter hat dafür zu sorgen, daß beide Ehegatten als Gesamteigentümer eingetragen werden.

§ 1438. 1. **RG.** R. **12** Nr. 3209. Bei einem einheitlichen Rentenvermächtnisse fallen die künftigen Zinsraten sofort in das Gesamtgut.

2. ZBlFG. **12** 554 (Colmar). Selbst wenn dargetan ist, daß zur Zeit der Vereinbarung allgemeiner Gütergemeinschaft ein Grundstück im Eigentum eines Ehegatten

sich befand, muß zum Nachweise, daß das Grundstück zum Gesamtgut und nicht zum Vorbehaltsgute gehört, der Beweis verlangt werden, daß ein Ehevertrag, der die Vorbehaltsguteigenschaft erklärt, nicht besteht; jedoch dürfen keine zu strengen Anforderungen an diesen Beweis gestellt werden.

3. Beseler, DJZ. **12** 894. Der Ehegatte erwirbt für das Gesamtgut, auch wenn er für sich erwerben will, als Zwangsvertreter.

§ 1439. Püschel, JW. **12** 731 Anm. 9. Die Schadensersatzrente der Ehefrau wegen vermehrter Bedürfnisse gehört, falls sie 1500 M. übersteigt, zum Gesamtgute.

§ 1440. Wolff 222. Wird die Vorbehaltseigenschaft durch Ehevertrag aufgehoben, so wird das Gut von selbst Gesamtgut ohne besondere Übertragung; gegen OLG. **7** 55 und die herrschende Meinung.

§ 1443. Wolff 226. Ein unübertragbares Recht kann das Gesamtgut nur dadurch erwerben, daß beide Ehegatten das Erwerbsgeschäft zusammen vornehmen.

§ 1445. 1. Klaholt, ABürgR. **37** 154—159. Wird ehevertraglich bestimmt, daß der Mann zu einer entgeltlichen Verfügung über ein Gesamtgrundstück nicht der Einwilligung seiner Ehefrau bedarf, so ist diese Bestimmung bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft wirkungslos. Hier bedarf der überlebende Elternteil trotz jenes Vertrags stets der Zustimmung der Abkömmlinge.

2. R. **12** Nr. 1487, ZBlFG. **13** 42, HansGZ. **12** Beibl. 217 (Hamburg). Zinserhöhungen für Hypotheken auf das Gesamtgutgrundstück kann der Mann allein bewilligen.

3. Bourier, BayNotZ. **12** 20. Die Ehefrau kann mit dem von ihr allein für die Gütergemeinschaft erkauften Grundstücke wirksam ohne Zustimmung des Mannes Kaufpreishypothek bestellen.

4. Jung, BayNotZ. **12** 95. Die Unterwerfung des Grundstücks unter sofortige Zwangsvollstreckung (§ 800 ZPO.) kann vom Ehemann allein abgegeben werden, weil sie keine Verfügung über das Grundstück enthält (gegen BayObLG. **3** 444).

§ 1451. RJA. **12** 11 (KG.). Will die Ehefrau einen gegen sie erlassenen Entmündigungsbeschluß anfechten, so kann das Vormundschaftsgericht nicht die Zustimmung des Ehemanns zur Erhebung der Anfechtungsklage ersetzen, weil die Zustimmung hierzu nicht nötig ist; wohl aber kann es die Zustimmung zur Bevollmächtigung eines Anwalts zwecks Führung der Anfechtungsklage ersetzen. Diese Ersetzung reicht aus, um das Gesamtgut für die Prozeßkosten zu verhaften. Die Zustimmung erscheint zur ordnungsmäßigen Besorgung dann erforderlich, wenn feststeht, daß trotz der Geistesschwäche die Ehefrau ihre Angelegenheiten besorgen kann.

§ 1459. Wolff 232. In der Regel ist die Gesamthandschuld eine angelehnte, entsteht neben der Sonderschuld eines Gatten. Der Hauptverpflichtete ist der Gatte, die Einreden aus seiner Person können erhoben werden.

§ 1460. SeuffBl. **77** 247, OLG. **24** 36, R. **12** Nr. 1628 (Hamburg). Zu den das Gesamtgut belastenden Kosten des Rechtsstreits gehören nicht die Anwaltsgebühren des unterliegenden Gatten, die derselbe auf Grund des Vertretungsauftrags schuldet. Mit Staudinger gegen Planck.

§ 1468. *Meyer, Rechtsschein des Todes 33 ff. Durch Todeserklärung eines Gatten wird, wenn sie den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, die Gütergemeinschaft gegebenenfalls aufgelöst, wenn nicht, doch der Rechtsschein der Auflösung begründet (s. oben zu § 18). Daher Schutz gutgläubiger Dritter nach Analogie von § 2370 (s. oben zu § 1420), nicht nur bei Verfügungen als Scheinerbe und nach Maßgabe von § 1450.

§ 1471. 1. SeuffBl. **12** 143, ZBlFG. **12** 765 (BayObLG.). Hinterläßt der Ehemann, der in kinderloser zweiter Ehe in Gütergemeinschaft gelebt hat, nur seine erstehelichen Kinder als alleinige Erben, so braucht die Witwe zur Umschreibung der

gütergemeinschaftlichen Grundstücke auf die Kinder nicht aufzulassen, sondern nur diese Tatsache in Form des § 29 GBO. anzuerkennen.

2. OLG. **24** 13, R. **12** Nr. 2266 (Nürnberg). Die Ehefrau kann nach Scheidung der Ehe Auskunft über den Stand des Gesamtguts zur Zeit der Rechtskraft des Scheidungsurteils im Prozesse verlangen.

3. *Bergk aaO. 148 ff. Nach Beendigung der Gütergemeinschaft besteht zunächst eine Auseinandersetzungsgemeinschaft. In dieser Zeit besteht schon ein übertragbarer Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, während der Anteil an der Auseinandersetzungsgemeinschaft unübertragbar ist. Der Zessionar des übertragbaren Anspruchs kann die Auseinandersetzung selbst nicht verlangen.

§ 1475. BayObLG. **12** 679. Bei der Versteigerung eines Gesamtgutgrundstücks zur Berichtigung der Schulden ist eine Versteigerungsbedingung, daß die neuen Kaufpreishypotheken auf die Eheleute je zur Hälfte eingetragen werden, unzulässig.

§ 1477. PosMSchr. **12** 7. Die Entscheidung des OLG. Hamburg (JDR. **10**, auch OLG. **24** 78, R. **12** Nr. 1018 abgedruckt), daß das Übernahmerecht vererblich ist, ist durch das RG. bestätigt.

§§ 1483, 1487. 1. *Wäntig, DNotV. **12** 51. Dem überlebenden Ehegatten kann für die Dauer der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht der Nießbrauch an dem Gesamtgut oder an den zu dem Gesamtgute gehörigen Gegenständen oder an seinem Anteil am Gesamtgut oder an dem Anteile der Abkömmlinge an dem Gesamtgute bestellt werden. Dagegen kann ihm nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft der Nießbrauch an den Gegenständen bestellt werden, die bei der Auseinandersetzung des Gesamtguts den Abkömmlingen zugefallen sind. Die Abkömmlinge können sich vor Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft verpflichten, den Nießbrauch zu bestellen. Die Ehegatten können die im § 1512 gestattete Anordnung dazu benutzen, um die Abkömmlinge zur Bestellung des Nießbrauchs und zu einer Verpflichtung, den Nießbrauch zu bestellen, anzuhalten. Erzwungen werden kann weder die Bestellung des Nießbrauchs, noch die Verpflichtung zur Bestellung.

2. ZBlFG. **12** 554, ElsLothJZ. **36** 608 (Colmar). Soll ein Grundstück für eine fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetragen werden, so hat das Grundbuchamt selbständig zu prüfen, ob ein Fall des § 1483 Abs. 2 vorliegt; daß das Zeugnis aus § 1507, welches vorhanden sein muß, gütergemeinschaftliche Abkömmlinge nicht erwähnt, entbindet es von dieser Prüfung nicht.

§ 1494. *Meyer, Rechtsschein des Todes 26 ff. Unumstößliche Wirkung des Todesscheines, da auf Grund dessen (s. zu § 18) das ganze Gemeinschaftsverhältnis zerstört ist und an seiner Stelle Sonderrechte der Abkömmlinge entstanden sind. Auch bei Aufhebung der Todeserklärung werden gutgläubige Dritte auf Grund des im § 2370 enthaltenen Prinzips geschützt, nicht nur wenn die übrigen Gemeinder als Scheinerben verfügt haben (s. zu §§ 1420, 1468).

§ 1507. 1. Schultz, Zeugnis über fortgesetzte Gütergemeinschaft, ZBlFG. **13** 195, auch DNotV. **12** 208. Wenn sowohl gemeinschaftliche wie einseitige Abkömmlinge vorhanden sind, so gliedert sich die Rechtsnachfolge nach drei Spezialmassen: a) Erbfolge in das Vorbehaltsgut und Sondergut des Erstverstorbenen, b) Erbfolge der einseitigen Abkömmlinge in den Anteil des Verstorbenen am Gesamtgute, c) fortgesetzte Gütergemeinschaft bezüglich des Restes des Gesamtguts. Der Erbschein muß die verschiedenen Rechtsfolgen bezüglich dieser drei Massen zum Ausdrucke bringen. Es genügt nicht die Angabe der Rechtsfolgen, sondern auch die Angabe der Vermögensmassen ist notwendig, also a) Erbschein der bestimmten Erben (Ehegatten, gemeinschaftlichen Abkömmlinge, einseitigen Abkömmlinge) zu Quoten in das Vorbehalts- und Sondergut, b) Erbschein für die einseitigen Abkömmlinge

des verstorbenen Ehegatten in die bestimmt anzugebende Quote des Anteils am Gesamtgute, c) Zeugnis über Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit Angabe der Restquote.

2. KGJ. **41** 52, ZBlFG. **12** 755, R. **12** Nr. 2267 (KG.). Ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ist nach der Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft beim Tode des überlebenden Ehegatten zu erteilen, wenn vor der Auseinandersetzung über einen zum Gesamtgute gehörenden Gegenstand, ein Grundstück oder ein im Grundbuch eingetragenes Recht, verfügt werden soll. Erben sind die am gemeinschaftlichen Vermögen Beteiligten, also die Rechtsnachfolger des überlebenden Ehegatten und die Abkömmlinge.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§§ 1519 ff. 1. Joerges 217 ff. Die güterständlichen Rechte sind die entsprechenden Anwartschaftsrechte. Es kann künftiger Erwerb des Gesamtguts dem eingebrachten, vorbehaltenen Gute zugewiesen werden, jedoch weder aller künftiger Erwerb noch ein Bruchteil des künftigen Erwerbes, auch ein einzelner bestimmter Erwerb nicht in unbeschränkter Anzahl. Es kann nicht bestimmt werden, daß künftiger nach dem Gesetz eintretender Erwerb eingebrachten und vorbehaltenen Gutes von selbst Gesamtgut werde.

2. Vollenbeck, DNotV. **12** 187, Joeckel, das. 245. Vollenbeck empfiehlt einen Ehevertrag auf Beteiligung der Frau am Zugewinnst des Mannes, weil bei Errungenschaftsgemeinschaft die Frau an der Einbuße teilnehme, die Errungenschaftsgemeinschaft die Aussonderung der Einhandgüter erschwere; Joeckel weist dagegen nach, daß die Frau bei Errungenschaftsgemeinschaft an der Zubuße keinen Anteil trage.

3. ZBlFG. **12** 427, HessRspr. **12** 216 (Darmstadt). Am ehelichen Gesamtgute kann zugunsten eines Ehegatten ebenso wie zugunsten eines Dritten Hypothek bestellt werden.

§ 1526. Wolff 253. Zuwendungen eines Dritten können niemals, abgesehen von § 1521 Satz 2, durch die Zuwendung Gesamtgut werden.

§ 1544. *Meyer, Rechtsschein des Todes 25, 29. Für die Verfügungen des anderen Ehegatten gilt, insbesondere bei späterer Aufhebung der Todeserklärung, das zu § 1420 Gesagte.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

§§ 1565 ff. 1. **RG.** 8. 2. 12, JW. **12** 466, BayRpflZ. **12** 193. Eine unzulässige Änderung des angefochtenen Urteils liegt nicht vor, wenn das Berufungsgericht einen Ehebruch des Berufungsklägers als erwiesen feststellt, während die Vorinstanz die Scheidung wegen Verfehlungen aus § 1568 aussprach.

2. **RG.** 2. 11. 11, PosMSchr. **11** 170. Wird die Scheidungsklage nicht nur auf § 1568, sondern auch auf § 1565 BGB. gegründet, so ist die Aussetzung des Verfahrens von Amts wegen (§ 620 ZPO.) nicht statthaft.

§ 1565. 1. Zustimmung zum Ehebruche (JDR. **5**, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. 1). DJZ. **12** 405 (KG.). Nur durch die wirklich erteilte Zustimmung des anderen Ehegatten wird gemäß § 1565 Abs. 2 das Recht auf Scheidung ausgeschlossen: der gutgläubigen Annahme, daß der andere Teil dem Ehebruche zugestimmt habe, kann diese Wirkung nicht beigelegt werden. Ebenso OLG. **24** 14 (Dresden).

2. **RG.** R. **12** Nr. 3210. Eine auf einen vor dem 1. Januar 1900 begangenen Ehebruch gestützte Scheidungsklage ist nach § 1571 Abs. 1 Satz 2 ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Erhebung der Klage und auch schon zur Zeit der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft seit dem Eintritte des Scheidungsgrundes zehn Jahre ver-

strichen sind. Der klagende Ehegatte kann dann diesen Ehebruch nur zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen begründeten Scheidungsklage geltend machen.

3. **RG.** 16. 11. 11, JW. **12** 75. Hat das Gericht durch die erhobenen Beweise die Überzeugung erlangt, daß der Beklagte sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, so besteht gegenüber der bestimmten Fassung des § 1565 keine Möglichkeit, diesen Ehebruch bei der Entscheidung unberücksichtigt zu lassen, weil seine näheren Umstände nicht feststanden (vgl. **RG.** JW. **02** Beibl. 236).

4. **RG.** (Straff.) 28. 9. 11, SeuffBl. **12** 25, 480. Durch Zustimmung zum Ehebruch oder durch nachträgliche Verzeihung wird das Recht zur Stellung des Strafantrags gegen die Ehebrecher nicht verwirkt.

5. Abs. 2. Vgl. *Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne o. zu §§ 104 ff.

§ 1567. 1. SeuffA. **67** 69 (Rostock). Solange der eine Ehegatte die Ungültigkeitserklärung der Ehe begehrt, ist das Fernbleiben des anderen nicht böslich.

2. a) **RG.** 6. 11. 11, JW. **12** 75 f. Allerdings ist bei der Weigerung der Eheherstellung der gute Glaube zu berücksichtigen. Dabei wird aber vorausgesetzt, daß er sich auf Tatsachen stützt, deren Geltendmachung dem Ehegatten noch gestattet ist. **b)** SchlHolstAnz. **13** 1 (Kiel). Der verurteilte Ehegatte kann sich für seine Berechtigung, trotz des Urteils die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft zu verweigern, nicht auf Umstände berufen, die ihm während des kritischen Jahres unbekannt geblieben sind.

§ 1568. 1. **RG.** R. **12** Nr. 71. Das Gericht hat allerdings bei der Bemessung, ob die Verfehlung eine schwere ist, wie auch bei der Entscheidung, ob dem verletzten Ehegatten die Fortsetzung der Ehe zuzumuten ist, den aus dem Wesen der Ehe als einer sittlichen Lebensgemeinschaft sich ergebenden objektiven Maßstab anzuwenden Um aber beurteilen zu können, welche Anforderungen nach diesem Maßstab im einzelnen Falle gestellt werden dürfen, ist auf die Umstände des Falles einzugehen und sind hierbei auch diejenigen Umstände, welche die Person der Ehegatten betreffen, nicht von der Berücksichtigung ausgeschlossen. Für die Schwere der Verfehlung kann z. B. die Widerstandsfähigkeit gegen den Anreiz zur Verfehlung und die dem anderen Ehegatten bekannte Empfindungsweise des verletzten Ehegatten von Bedeutung sein. Was den vorliegenden Fall anlangt, so ist nicht zu beanstanden, daß der Vorderrichter als mildernd die außergewöhnlichen Verhältnisse berücksichtigt, unter denen sich das Eheleben der Parteien, besonders in geschlechtlicher Hinsicht abgespielt hat, indem eine Geschlechtsgemeinschaft zwischen den Ehegatten nicht bestand (Impotenz des Mannes) und der Klägerin auch die Annahme eines Kindes von dem Beklagten nicht gestattet war.

2. **RG.** JW. **12** 1061. Zum Zwecke des Beweises behaupteter Eheverfehlungen kann das Gericht auch schriftliche Aufzeichnungen des verletzten Ehegatten heranziehen und sich aus ihnen die Überzeugung von der Richtigkeit des Parteivorbringens bilden.

3. Beiderseitiges Verschulden (s. JDR. **10** Ziff. 3). a) **RG.** 16. 10. 11, JW. **12** 39. Dem Kläger, dem auch seinerseits schwere Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten zur Last liegen, kann trotz der Verfehlungen der Beklagten die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden, wenn zwischen den beiderseitigen Verfehlungen ein gewisser Zusammenhang besteht, wenn insbesondere die Verfehlungen des einen Teiles auf die des anderen zurückzuführen sind. **b) RG.** R. **12** Nr. 3212. Teilnahme an unsittlichen Handlungen (Abtreibungen) des anderen Gatten zerstört das Scheidungsrecht wegen dieser Verfehlungen. Etwas anderes wäre es, wenn der Kläger auf den Entschluß der Beklagten, sich die Frucht abtreiben zu lassen, in unzulässiger Weise eingewirkt hätte.

4. **RG.** 22. 2. 12, R. **12** Nr. 1321. Auch bei stark geminderter Verantwortlichkeit der Ehefrau kann Nichtaufwendung der verfügbaren Willenskraft zur Verhütung von Streitigkeiten einen Scheidungsgrund bilden.

5. OLG. **24** 16 (München). Je nach Lage des Falles kann in übermäßigen geschlechtlichen Anforderungen des Mannes an seine Frau eine Verfehlung nach § 1568, ja sogar eine schwere Verfehlung gefunden werden, wenn der Mann in dem Bewußtsein der Möglichkeit einer gesundheitlichen Schädigung der Frau handelt (**RG.** JW. **02** Beibl. 205).

6. Beleidigungen (JDR. **9, 10** Ziff. 6). a) **RG.** JW. **13** 95. Wahrheitswidrige Nachreden können den Tatbestand des § 1568 auch dann erfüllen, wenn sie auf grober Fahrlässigkeit beruhen. b) **RG.** 21. 12. 11, ElsLothJZ. **12** 268. Sache des Klägers ist es, den vollen Tatbestand des von ihm behaupteten Scheidungsgrundes darzutun. Zu diesem Tatbestande wird — wenn das Scheidungsbegehren auf Beleidigung oder Verleumdung gestützt wird — regelmäßig auch die Unwahrheit der von dem anderen Ehegatten behaupteten Tatsachen gehören. Freilich wird ein strenger Beweis nach dieser Richtung oft nicht zu führen sein und es werden die sonstigen Begleitumstände des einzelnen Falles für die Gewinnung der richterlichen Überzeugung zu berücksichtigen sein. Keinesfalls aber liegt dem Beklagten der Wahrheitsbeweis ob. c) **RG.** 12. 2. 12, WarnE. **12** 241. Auch eine einzige Beleidigung kann zur Scheidung nach § 1568 führen (vgl. **RG.** JW. **10** 655, JDR. **9** Ziff. 6). Freilich sind in einem solchen Falle sowie in Fällen ähnlicher Art alle Umstände besonders sorgfältig daraufhin zu prüfen, ob insbesondere eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten vorliegt und dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann.

7. Beobachtung durch Detektivs. a) **RG.** 3. 10. 12, JW. **12** 1105, BayRpflZ. **13** 22. Auch ein im Ehescheidungsprozesse stehender Ehegatte darf den anderen Ehegatten nicht auf den bloßen Argwohn verdächtigen Umganges hin durch Detektivs beobachten lassen, wenn sein Mißtrauen nicht eine tatsächliche Unterlage hat. Der zu Unrecht Beobachtete kann geeignetenfalls den Anspruch auf Unterlassung oder Schadensersatz haben. b) **RG.** 15. 1. 12, JW. **12** 352. Wenn die Beklagte während des Prozesses den Kläger durch Detektives hat beobachten lassen, so kann ihr dies deshalb nicht als Verschulden angerechnet werden, weil sie auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verklagt war und hiernach ein berechtigtes Interesse hatte, zu erfahren, wie der Kläger seine Lebensführung an seinen auswärtigen Aufenthaltsorten gestaltete.

8. Verweigerung der kirchlichen Trauung (JDR. **1** Ziff. 4, **4** Ziff. I 3, **7** Ziff. I 1). PosMSchr. **11** 169 (Posen). Die nachträgliche Verweigerung der vor Abschluß der Ehe zugesicherten oder als selbstverständlich vorausgesetzten kirchlichen Trauung stellt ein ehrloses oder unsittliches Verhalten nur dann dar, wenn kein rechtfertigender Grund für die Weigerung vorhanden ist.

9. a) **RG.** 27. 6. 12, JW. **12** 912. In Verhältnissen, in denen Mitarbeit der Frau üblich ist, können auch Arbeitsverweigerungen sehr wohl eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten darstellen. b) **RG.** 25. 1. 12, R. **12** Nr. 754. Planmäßige Herbeiführung von Ehebruchsgelegenheit kann im Gegensatze zu bloßer Beweissammlung einen Scheidungsgrund bilden. c) **RG.** 15. 6. 12, JW. **12** 871. Auf die Tatsache der Bestrafung (selbst bei Zuchthausstrafe) kommt überhaupt nichts an, sondern einzig und allein auf das in der Begehung der Straftaten sich äußernde ehrlose Verhalten.

10. Eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten. a) Angenommen. α. **RG.** JW. **12** 352. Die mangelhafte Führung der Hauswirtschaft durch die Frau kann nur in besonders argen Fällen und nur dann als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten an=

gesehen werden, wenn der Mann vergeblich den Versuch gemacht hatte, durch Einwirkung auf die Frau Abhilfe zu schaffen. Vgl. auch **RG.** ElsLothJZ. **12** 265. β. HessRspr. **12** 299 (Darmstadt). Der Beklagte war wegen Körperverletzung mit tödlichem Ausgange zu mehrjähriger Gefängnisstrafe verurteilt worden. Obgleich er sich im Augenblicke der Tat in einer gewissen Notlage befunden haben konnte, wurde angenommen, daß sein vorheriges rohes und brutales Verhalten diese Notlage herbeigeführt habe und daß in diesem eine schwere Verletzung der ehelichen Pflichten liege, die eine Scheidung gemäß § 1568 rechtfertige. **b)** Nicht angenommen. α. **RG.** 4. 11. 11, R. **12** Nr. 70. Als schwere Eheverfehlung kann es einer in einem abhängigen Arbeitsverhältnisse stehenden, zudem in Ehescheidung lebenden Frau nicht ohne weiteres angerechnet werden, wenn sie die Annäherungsversuche des Arbeitgebers nicht sofort zurückweist. β. **RG.** 27. 11. 11, JW. **12** 146. Schon die Überzeugung von unerlaubten Beziehungen des anderen Ehegatten kann die aus Eifersucht begangenen Verfehlungen so weit entschuldigen, daß sie nicht als schwere Pflichtverletzungen anzusehen sind.

§ 1570. 1. *Walsmann, Verzicht 113 f., 285. Auf das Recht auf Ehescheidung kann der berechtigte Gatte durch formlose Erklärung gegenüber dem schuldigen Gatten verzichten.

2. Verzeihung. a) OLG. **24** 17 (Hamburg). Auch wenn der vermeintlich schuldige Ehegatte seine Verfehlung leugnet, kann der andere Teil, sei es ausdrücklich sei es durch konkludente Handlungen erklären, er sei zwar vom Gegenteil überzeugt wolle aber die Verfehlung gleichwohl verzeihen. **b)** OLG. **24** 17 (Breslau). Die Klägerin begehrte Scheidung, weil Beklagter wegen eines Verbrechens seit Jahren in Strafhaft sitzt. Er verteidigte sich damit, daß in den Briefen, die ihm die Klägerin in die Strafanstalt schrieb, eine Verzeihung liege. Die gebrauchten Anreden: „Lieber N." und die Schlußworte: „Es grüßen Dich Deine Frau und Kinder", und die Nachrichten über das Ergehen der Familie wurden nicht als Ausfluß einer versöhnlichen Stimmung gedeutet. Anrede und Schluß wurden als konventionelle Redewendungen erachtet, die die Klägerin gewohnheitsmäßig und nur in dem Bewußtseine gebrauchte, daß ihre Weglassung als Kränkung empfunden werde.

3. Über *Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne vgl. o. zu §§ 104 ff.

§ 1571. 1. Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft (vgl. auch FDR. **7** Ziff. I 1). **RG.** JW. **12** 147. Eine Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft mit der Wirkung des § 1571 ist nur anzunehmen, wenn die Trennung der Ehegatten in dem Sinne erfolgt, daß die eheliche Gemeinschaft für immer oder auf gewisse Zeit (bis zur Beruhigung der erregten Gemüter der Ehegatten) aufgehoben sein soll.

2. **RG.** JW. **13** 42. Nach Art. 201 EGBGB. sind Scheidungsgründe, die zwar das alte Recht kannte, das BGB. aber nicht übernommen hat, vom Inkrafttreten des BGB. an nicht mehr geeignet, eine Scheidungsklage zu stützen. Dasselbe muß wegen der Vorschrift im § 1571 Abs. 1 Satz 2 auch von Scheidungsgründen gelten, die das BGB. zwar übernommen hat, seit deren Eintritt aber zehn Jahre verstrichen sind, mag auch ein Teil dieser Frist schon vor dem Inkrafttreten des BGB. verstrichen sein. Hier wie dort handelt es sich, wie Habicht (Einwirkung III, 603 Anm. 1) zutreffend ausführt, um eine vom Gesetze vorgenommene objektive Begrenzung des Kreises der Scheidungsgründe, hier um eine Begrenzung in zeitlicher Richtung, dort um eine Begrenzung nach der inneren Beschaffenheit der Scheidungsgründe. Für den Fall, daß sich die einen Scheidungsgrund bildende Tatsache schon vor dem Inkrafttreten des BGB. ereignet hat und die Frist, innerhalb deren sie geltend gemacht werden mußte, vom alten Rechte anders bestimmt war, als auf zehn Jahre, ist eine besondere Bestimmung, die die Anwendung des § 1571 Abs. 1 Satz 2 ausschlösse, nicht gegeben. War die altrechtliche Frist schon beim Inkraft-

treten des BGB. abgelaufen, hatte mithin die betreffende Verfehlung schon unter der Herrschaft des alten Rechtes aufgehört, einen klagbaren Scheidungsgrund zu bilden, so behält es dabei nach Art. 201 Abs. 2 EG. sein Bewenden, mögen auch zehn Jahre noch nicht verstrichen sein. Anderenfalls aber hat nach Art. 201 Abs. 1, da eine sonstige Ausnahme von dieser Vorschrift nicht gegeben ist, § 1571 Abs. 1 Satz 2 Anwendung zu finden. Vgl. **RG. 57** 195, JDR. **3** Ziff. 1.

§ 1573. 1. a) **RG.** 21. 10. 11, JW. **12** 39. Die zur Unterstützung herangezogenen, durch Zeitablauf, Verzeihung oder aus sonstigen Gründen ausgeschlossenen Tatsachen müssen zwar eine Eheverfehlung darstellen, diese braucht aber keine schwere zu sein. Es kann vielmehr in der Gesamtheit von mehreren Verfehlungen, von denen keine für sich allein betrachtet, als schwere zu bezeichnen ist, eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten gefunden werden. b) **RG.** 22. 1. 12, R. **12** Nr. 1019. Es ist keineswegs erforderlich, daß die nach der Verzeihung vorgekommene Verfehlung schon für sich allein, ohne Heranziehung verziehener Verfehlungen, einen Scheidungsgrund bildet. Die neuere Verfehlung darf nur nicht vollständig bedeutungslos sein (vgl. **RG.** JDR. **9**). Ebenso rechtsirrtümlich ist es, daß speziell diese letzte Verfehlung von dem klagenden Ehegatten als ehezerrüttend empfunden sein müsse. Es genügt, wenn die Gesamtheit der Verfehlungen die Wirkung gehabt hat, die eheliche Gesinnung des Klägers zu zerstören.

2. **RG.** 1. 2. 12, R. **12** Nr. 881. Die Anwendung des § 1573 ist ausdrücklich im Urteile zu erörtern, wenn es sich um Eheverfehlungen handelt, die teilweise vor Ablauf der Ausschlußfrist liegen.

§ 1576. Vgl. *K l e i n, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne o. zu §§ 104 ff.

§ 1577. **RG.** JW. **12** 338, GruchotsBeitr. **56** 865, BayNotZ. **12** 391, Bay. RpflZ. **12** 192. Es ist nicht angängig, aus der bloßen Wortfassung im § 1577 die Folgerung herzuleiten, daß der G e b u r t s n a m e mit der Verheiratung schlechtweg der Trägerin verloren gehe. Es bleibt vielmehr der Geburtsname als solcher der Ehefrau auch während der Ehe erhalten. Vgl. K o h l e r, AZivPr. **107** 246 ff.

§ 1578. 1. *W a l s m a n n, Verzicht 286. Der nach der Scheidung unterhaltsberechtigte Ehegatte kann auf den Unterhalt verzichten. Dazu ist ein Vertrag zwischen ihm und dem schuldigen Teile erforderlich. Auch wenn dieser Verzicht unentgeltlich erfolgt, bedarf er niemals der Schenkungsform. Entweder erfolgt der Vertrag vor der Scheidung, hier kommt das Unterhaltsrecht gar nicht zur Existenz. Oder der berechtigte Gatte verzichtet auf das ihm schon erwachsene Unterhaltsrecht, dann enthält der Verzicht bereits zugleich die Erfüllung der Schenkung.

2. **RG.** 30. 10. 11, GruchotsBeitr. **56** 593 ff. Der durch rechtskräftiges Scheidungsurteil für schuldig erklärte Mann kann gegenüber dem aus § 1578 erhobenen Unterhaltsanspruche der Frau geltend machen, daß diese das Urteil arglistig erwirkt habe und sittenwidrig für sich ausnutze. Das rechtskräftige Urteil bleibt zwar als solches bestehen, es wird in seinen Wirkungen nur dadurch abgeschwächt, daß der Partei die unlautere Ausnutzung des Urteils aus materiell-rechtlichen Gründen verwehrt ist. Dieser Grundsatz findet auch auf Ehescheidungsurteile Anwendung. Vgl. schon **RG. 75** 216.

§ 1579. BayRpflZ. **12** 200 (München). Trifft der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten, mit dem eines unverheirateten minderjährigen Kindes zusammen, so ist der Unterhalt des Gatten wie des Kindes nach Billigkeit zu beschränken, soweit nicht der standesmäßige Unterhalt des Unterhaltspflichtigen gesichert bleibt (**RG. 75** 433, JDR. **10** Ziff. 1). Der Unterhaltsanspruch eines unehelichen Kindes fällt dabei an sich unter die nach Ermessen zu berücksichtigenden „sonstigen Verpflichtungen". Wenn jedoch der Unterhalt für das uneheliche Kind nur durch Gehalts- oder Lohnpfändung eingezogen werden kann, so entspricht es dem Gedanken des

§ 850 Abs. 4 ZPO. mit § 4 LohnBG., daß das uneheliche Kind insoweit zurücktreten muß, als es sich um den notdürftigen Unterhalt des Erzeugers selbst und um die Beträge für den standesmäßigen Unterhalt der ehelichen Kinder und der geschiedenen Frau handelt. Der Schuldner ist zur Beseitigung entgegenstehender Pfändungen seiner Bezüge durch Einwendungen (§ 766 ZPO.) ebenso verpflichtet wie zur Verwendung seiner Arbeitskraft (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **46** 44).

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. 1. *Meyer, Rechtsschein des Todes 42 ff., 57 ff. Die Ehelichkeitsvermutung ist eine Rechtsvermutung, die darauf basiert, daß das Gezeugtsein der Kinder der Frau durch den Mann die Regel bildet und dem Zwecke der Ehe entspricht. Da diese tatsächliche Voraussetzung sich für den Einzelfall dem Beweis entzieht, wird diese durch die beiden Tatsachenvermutungen des Abs. 2 (Beiwohnungsvermutung) und des Abs. 1 (Zeugungsvermutung) ersetzt. Ist erstere widerlegt, z. B. durch Verschollenheit des Mannes, so bedarf es nicht erst der Widerlegung der anderen. Die Ehelichkeitsvermutung und der mit ihr verbundene fiktionsähnliche Rechtsschein der Ehelichkeit (s. zu § 18) haben jedoch die Besonderheit, daß sie nicht durch beliebige Widerlegung der tatsächlichen Voraussetzungen, sondern gemäß § 1593 grundsätzlich nur durch Anfechtung seitens des Mannes gebrochen werden können.

2. HansGZ. **12** Beibl. 250 (Hamburg). Die einjährige Anfechtungsfrist der Ehelichkeit eines Kindes nach § 1594 Abs. 1 BGB. findet auf vor 1900 geborene Kinder keine Anwendung.

3. Katzenstein, Praktische Betrachtungen über Ehelichkeitsfiktion und Ehelichkeitsanfechtung, DRichterZ. **12** 410, macht Abänderungsvorschläge hinsichtlich der §§ 1591—1599 und schlägt vor, den § 641 ZPO. überhaupt zu streichen.

§ 1593. 1. *Meyer, Rechtsschein des Todes 42 ff., 57 ff. (s. Ziff. 1 zu § 1591). Ist der Mann für tot erklärt, so besteht zum mindesten der Rechtsschein der Eheauflösung (s. zu § 1348). Der Rechtsschein der Ehelichkeit fällt als für die nach dem maßgebenden Zeitpunkte geborenen Kinder der Frau des Verschollenen weg. Auch bei den früher geborenen Kindern kann, obwohl sie scheinehelich sind, die Unehelichkeit geltend gemacht werden auf Grund der Tatsache, daß der Mann gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben. Daher in beiden Fällen Legitimation möglich. Diese bleibt wirksam auch bei Rückkehr des Mannes oder Aufhebung der Todeserklärung, da auf Grund des Scheines eine selbständige, dem materiellen Rechte angehörende Rechtsstellung der Kinder entstanden ist.

2. OLG. **24** 21 (KG.). Die Anfechtung der Ehelichkeit eines von einer Witwe innerhalb 302 Tagen nach dem Tode des Mannes geborenen Kindes ist stets möglich.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

§ 1601. 1. **RG.** JW. **12** 1062. Durch Verträge eines Unterhaltsverpflichteten mit einem Dritten zu gunsten des Unterhaltsberechtigten wird der Unterhaltspflichtige nur frei, wenn und soweit er durch den Dritten den Unterhalt tatsächlich gewährt.

2. BayObLG. **12** 503 (BayObLG.). Wie weit die Wirkungen der Einkindschaftung auf die Abkömmlinge des eingekindschafteten Kindes sich erstrecken, ist nach dem früheren Rechte zu entscheiden. Die Unterhaltspflicht des Stiefelternteils gegen-

über den nach den Vorschriften der fränkischen Landgerichtsordnung eingekindschafteten Kindern erstreckt sich auch auf deren Abkömmlinge.

§ 1602. 1. ElsLothJZ. **12** 419 (Colmar). Durch Unbekanntsein des Aufenthaltsorts des Unterhaltsberechtigten wird der Unterhaltspflichtige von der Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung befreit.

2. R. **12** Nr. 2847 (Düsseldorf). Bei der Bemessung der Bedürftigkeit des auf Unterhalt gegen einen Sohn klagenden Vaters ist die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber seiner Ehefrau und gegenüber anderen Kindern nicht in Rücksicht zu ziehen.

§ 1607. HansGZ. **12** Beibl. 262 (Hamburg). Die Rechtsverfolgung gegen einen unterhaltspflichtigen Schuldner ist nur dann ausgeschlossen oder wesentlich erschwert, wenn die Erwirkung eines Urteils ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, nicht dagegen, wenn der Bedürftige von einem der Verpflichteten den geschuldeten Betrag nicht beitreiben kann.

§ 1609. **RG.** SeuffA. **67** 28 = JDR. **10** zu § 1609.

§ 1612. OLG. **24** 53 (Naumburg). Über die Art der Unterhaltsgewährung durch den Vater.

§ 1613. BreslauAK. **12** 35 (Breslau). Der Armenverband muß sich dieselben Einwendungen entgegenhalten lassen, die dem Unterhaltspflichtigen gegen den Unterstützten zustehen. Dahin gehört auch der Einwand aus § 1613 BGB.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

§ 1617. 1. BayObLG. **13** 260, Seuff.A. **68** 108 (BayObLG). Der Vater hat zwar, solange das Kind in seiner Familie erzogen oder unterhalten wird, Anspruch darauf, daß das Kind ohne Entgelt im elterlichen Haushalte Dienste leiste; er hat aber keinen Anspruch darauf, daß es im Elternhause verbleibe, damit es ihm Dienste leiste.

2. BayObLG. **13** 19, R. **12** 214 (BayObLG.). Das elterliche Recht auf Hausdienste des Kindes steht der Anwendung der Zwangserziehung nicht entgegen, im Gegenteil erlischt auf deren Dauer diese Dienstpflicht.

3. Entgelt für Leistung der Dienste. a) Schenkung? DJZ. **12** 760 (Colmar) — bereits kurz JDR. **10** Ziff. 2 zu § 1617 —. Obwohl das gemäß § 1617 zur Leistung von Diensten verpflichtete Hauskind an sich einen Entgelt hierfür nicht beanspruchen darf, so kann das Gegenteil doch besonders vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung enthält nicht (aM. Staudinger, Anm. 6 zu § 1617) eine Schenkung, sondern es handelt sich um ein Verhältnis entsprechend dem **RG. 64** 323 — JDR. **5** Ziff. 2 a zu § 1356 — behandelten, bei dem der Ehemann der in seinem Geschäfte mitarbeitenden Ehefrau hierfür eine Vergütung zugesagt hatte. b) Bedeutung für die Berechnung der Einkommensteuer. α. DJZ. **12** 351 (PrOVG.). Wenn ein Steuerpflichtiger seine volljährigen Kinder in seinem Geschäfte nicht auf Grund eines Dienstvertrags (§ 611 BGB.) beschäftigt, so kann die Zusicherung eines bestimmten Geldbetrags an die Kinder für ihre Hilfeleistung im väterlichen Geschäfte nur die Zuwendung eines Taschengeldes seitens des Hausvaters an seine Kinder bedeuten (§ 1617), nicht aber einen geschäftlichen Vorfall, der bei der Ausmittelung der geschäftlichen Betriebskosten in Betracht käme. β. DJZ. **12** 1303 (PrOVG.). Bezüge eines Kindes für die im Rahmen des § 1617 im elterlichen Geschäfte geleisteten Dienste sind keine Betriebskosten, sondern Aufwendungen, die ohne das Vorliegen eines besonderen, die Eltern verpflichtenden Privatrechtstitels zum

Zwecke des Unterhalts von Angehörigen gemacht und daher nach § 8 II Nr. 2 PrEinkStG. nicht abzugsfähig sind.

§ 1624. I. Begriff der Ausstattung. 1. Förderung der Interessen des Kindes. **RG.** WarnE. **5** 99, R. **12** Nr. 444. Als Ausstattung ist allerdings auch dasjenige anzusehen, was dem Kinde zur Erhaltung der selbständigen Lebensstellung gegeben wird. Durch die Zuwendung von Mitteln, die den Sohn gegen den Verlust der bereits erlangten geschäftlichen Selbständigkeit schützen, erreicht der Elternteil in viel besserer und leichterer Weise denselben Zweck, als wenn er zunächst das Geschäft eingehen ließe und dann erst zur Begründung einer neuen geschäftlichen Stellung Geldmittel hergäbe. Anders liegt aber die Sache, wenn das Geschäft des Sohnes vollständig aufgelöst, seine Firma gelöscht und nicht näher festgestellt ist, wann und in welcher Weise der Sohn sich demnächst als Kaufmann wieder betätigt, ob das von ihm neu gegründete Geschäft mit dem alten im Zusammenhange gestanden und ob ihn bei der Begründung des neuen Geschäfts der Erblasser unterstützt hat. Hier ist nicht ersichtlich, ob und in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger dazu dienen sollte, die selbständige Lebensstellung des Sohnes zu erhalten, und ob und inwieweit dieser Zweck tatsächlich durch jene Maßnahme gefördert worden ist. Jedenfalls kann dann von Ausstattung keine Rede sein, wenn der Vater lediglich zur Erhaltung seines persönlichen Ansehens die Zuwendung gemacht und der Sohn sie nur deshalb angenommen hat, weil der Vater ihm erklärt habe, er verzichte auf alle ihm dieserhalb gegen ihn zustehenden Ansprüche und werde ihm die Zuwendung auf seinen Erbteil nicht anrechnen. Vgl. auch Ziff. 1 b u. 3 zu § 2050.

2. Bezahlung von Schulden des Schwiegersohns. **RG.** JW. **12** 913, BayRpflZ. **12** 438, WarnE. **5** 433, PosMSchr. **12** 98, R. **12** Nr. 2848, 2849. Daß eine Ausstattung in der Weise gewährt werden kann, daß die Eltern dem Kinde ein Kapital zur Verbesserung der Vermögenslage der Ehegatten durch Bezahlung der Schulden des Ehemanns zur Verfügung stellen, unterliegt keinem Bedenken. Entscheidend ist, daß das Kapital mit Rücksicht auf die Verheiratung des Kindes zugewendet wird, also den Zwecken der Ehe dienen soll, unerheblich dagegen, daß der Ausstattende die einzelnen Schuldbeträge selbst unmittelbar an die Gläubiger des Mannes zahlt und die Zahlungen nicht sämtlich vor der Eheschließung, sondern zum Teil erst während der Ehe erfolgen.

II. Ausstattung oder Schenkung? 1. **RG.** DJZ. **12** 1531, R. **12** Nr. 3476. Der Umstand, daß das Gesetz die Gewährung einer „verhältnismäßigen" Ausstattung als sittliche Pflicht der Eltern anerkennt, vermag dieser nicht die Eigenschaft einer unentgeltlichen Zuwendung im Sinne des § 1369 BGB. zu nehmen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1003, R. **12** Nr. 2851. § 1624 läßt den im § 516 Abs. 1 aufgestellten Begriff der Schenkung völlig unberührt, stellt sogar klar (vgl. JW. **08** 71), daß die Zuwendung einer Ausstattung an sich nicht als Schenkung zu gelten hat. Deshalb liegt, wenn Streit darüber besteht, ob eine Ausstattung das den Umständen entsprechende Maß übersteigt, die Beweislast demjenigen ob, der die Übermäßigkeit behauptet. Aus § 1624 ist aber nicht zu schließen, daß eine Ausstattung, insoweit sie das bezeichnete Maß übersteigt, stets als Schenkung angesehen werden müßte, vielmehr trifft dies nur zu, wenn beide Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind (§ 516 Abs. 1). Dies ist nicht der Fall, wenn die dem Bräutigam zugesagte Ausstattung auch nur subjektiv als Abgeltung für die von ihm versprochene oder in Aussicht gestellte Heirat anzusehen ist.

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitt ist an erster Stelle auf eine Reihe wichtiger Entscheidungen, auch solcher des RG., hinzuweisen. So haben Verträge über Kindererziehung mehrfach das RG. beschäftigt, wobei (Ziff. I 1 bis 3 zu § 1631) ausgesprochen worden ist, daß das Erziehungsrecht der Ausübung nach übertragen werden könne, daß es grundsätzlich nicht ausgeschlossen sei, im voraus für den Fall der Ehescheidung die Kindererziehung und die Unterhaltspflicht entsprechend dem infolge der Scheidung zu erwartenden Rechtszustande zu regeln, daß dagegen solche Verträge, wenn sie zur Ermöglichung oder Erleichterung der Scheidung geschlossen werden, nach § 138 Abs. 1 BGB. unwirksam sind. — Zu einzelnen Fragen der religiösen Kindererziehung haben namentlich zahlreiche Entscheidungen der bayerischen höchsten Gerichtshöfe (vgl. II B zu § 1631) Stellung genommen. — Über den Inhalt des von dem Vater gemäß § 1640 BGB. bei dem Vormundschaftsgericht einzureichenden Verzeichnisses, wenn zu dem Vermögen des Kindes ein Pflichtteilsanspruch gehört, verhält sich die eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem KG. u. OLG. Hamburg schlichtende Entsch. des RG. (Ziff. 1 zu § 1640) mit dem Ergebnisse, daß die Voraussetzungen der an den Inhalt des Verzeichnisses zu stellenden Anforderung andere sind, als solche für den Fall der Nacherbfolge in **RG. 65** 143 festgestellt sind. — Die Streitfrage endlich, ob die Kostentragungspflicht des Vaters gemäß § 1654 BGB. grundsätzlich oder nur bei dem Vorhandensein von Kindesvermögen zu bejahen sei, hat nunmehr der Straffenat des RG. im Sinne der zweiten Alternative entschieden, ein Ergebnis, das den Bedürfnissen der Praxis Rechnung tragend (vgl. die entsprechende Vorbemerkung im 10. Jahrgange des JDR.) nur freudig zu begrüßen ist und hoffentlich bald allseitige Zustimmung finden wird. — Zahlreich sind, wie stets, die zu den §§ 1635, 1636, 1666 BGB. ergangenen Entscheidungen. Bemerkenswert ist zu § 1635 (vgl. Ziff. 4) der Ausspruch des KG., daß eine Anordnung aus § 1635 gegen den einen Ehegatten nur zugunsten des andern möglich ist, und zu § 1643 (vgl. Ziff. 1) der erfolgreiche Versuch, eine Erbschaftsausschlagung als wirksam zu behandeln trotz der aus § 1831 BGB. herzuleitenden Bedenken, ob die Ausschlagungserklärung mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei dem Nachlaßgericht eingegangen sei.

Mit der landesrechtlichen Fürsorge-(Zwangs-)Erziehung und verwandten Rechtsgebieten haben sich wiederum Schrifttum und Rechtsprechung, neuerdings auch Tagungen von Vereinigungen in reichstem Maße befaßt. Die Bestrebungen, der Fürsorgeerziehung auch in solchen Fällen Raum zu schaffen, in denen nach den Feststellungen des Gerichts eine Unterbringung der Kinder im Wege der Armenpflege für ausreichend erachtet wird, haben sich zu einem von dem preuß. AbgH. angenommenen Antrag Schmedding, das preuß. FürsErzG. entsprechend zu ändern, verdichtet. Inzwischen hat der preuß. Min. d. J. im Anschluß an eine das Ergebnis der bisherigen Rechtsprechung zusammenfassende und klarstellende Entsch. des KG. durch Erlaß v. 19. Juni 1912 (vgl. Ziff. B I 4 zu § 1666) den, wie zu hoffen, erfolgreichen Versuch gemacht, auch schon auf der Grundlage des geltenden Rechtes die trotz bestehenden Bedürfnisses von der Fürsorgeerziehung ausgeschlossenen Fälle auf ein möglichst geringes Maß einzuschränken.

Literatur: Horn, Die elterliche Gewalt und die Verlustigerklärung derselben in Frankreich (Puissance paternelle et déclaration de déchéance de la puissance paternelle) ZBlFG. 12 713.

§ 1626. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** zu § 1626 — auch R. **12** Nr. 792.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** Ziff. 3 b zu § 1627 — auch Gruchots Beitr. **56** 583, R. **12** Nr. 2060.

§ 1629. BayObLG. **13** 470, R. **12** Nr. 2677, 2678 (BayObLG.). Die Berufswahl eines Kindes und der Abschluß eines Lehrvertrags äußern

persönliche und vermögensrechtliche Wirkung. Können sich daher in dieser Beziehung die nach § 1635 sorgeberechtigte Mutter und der zur Sorge für das Vermögen berechtigte Vater nicht einigen, so kann nach § 1629 die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts angerufen werden. In dem Verfahren stehen sich beide Elternteile gleichberechtigt gegenüber, das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und der Interessen des Kindes. Deshalb hat das Vormundschaftsgericht nicht den Antrag des einen oder anderen Teiles abzuweisen, sondern, wenn z. B. der Vater den Sohn in die Lehre hat nehmen wollen, zutreffendenfalls auszusprechen, daß der Sohn nicht dem Vater in die Lehre zu geben sei. Mit dem persönlichen Sorgerechte der geschiedenen Mutter ist es unvereinbar, den Sohn beim Vater in die Lehre zu geben.

§ 1630. 1. *Thießen, Person und Vermögen (Jen. Diss.) 50/51. Ebensowenig wie der Vormund „Vertreter" des Mündels, der Vorstand „Vertreter" des Vereins ist, ist der Vater „Vertreter" des Kindes. Das Kind — als handlungsunfähig — hat keine Rechte; der Vater übt eigene Rechte aus (s. auch zu §§ 165, 1793 Ziff. 3 BGB.).

2. Mangelnde Vertretungsbefugnis des Vaters. a) Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. 1 a, **10** Ziff. 1 a α zu § 1630 — auch RheinA. **109** 374. b) BadRpr. **12** 109, 154 (Karlsruhe). Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß Eltern, wenn sie für ihre minderjährigen, in der Familie lebenden Kinder aus eigenen Mitteln Geld bei der Sparkasse anlegen, sich die freie Verfügungsgewalt über das Geld vorbehalten und nicht etwa den Kindern unmittelbare Rechte auf das Geld übertragen wollen. Hätten die Kinder schon bei der Einzahlung Rechte auf das Geld erwerben sollen, so hätte es im Hinblick auf § 181 BGB. der Mitwirkung eines besonderen Vertreters bedurft (**RG.** R. **10** Nr. 3893, JDR. **9** Ziff. 1 a zu § 1630). c) Vgl. auch unten Ziff. III zu §§ 2113 ff.

3. Entziehung der Vertretung. a) SchlHolstAnz. **12** 232, SeuffA **68** 27 (KG.). Was KGJ. **31** A 11 — JDR. **5** Ziff. 5 zu § 1795 BGB. — über die gegen den Vater auf Gewährung des Unterhalts für die Kinder zu erhebende Klage ausgeführt ist, gilt auch, wenn es sich um die Sicherung bedingter Unterhaltsansprüche der Kinder durch Arrest handelt. Wenn auch das Betreiben des Arrestverfahrens eine Angelegenheit ist, zu deren Besorgung den Kindern ein Pfleger bestellt werden muß, so muß der Stellung des Arrestantrags die Entscheidung, ob ein solcher Antrag zweckmäßig und angezeigt sei, vorangehen. Die Entscheidung hierüber steht nach § 1627 dem Vater zu, doch kann, wenn in Ansehung ihrer ein Interessengegensatz zwischen dem Vater und dem Kinde besteht, dem Vater nach §§ 1796, 1630 Abs. 2 Satz 2 die Vertretung entzogen werden, wenn das Vormundschaftsgericht den Gegensatz für erheblich und die Entziehung für angezeigt hält. b) KGJ. **42** A 19 (KG.). Wird gegen ein Kind, das in das Geburtsregister als eheliches eingetragen ist, und gegen den in der Geburtsurkunde als Vater Bezeichneten auf Feststellung der unehelichen Abstammung des Kindes Klage erhoben, so ist ein Gegensatz der Interessen des Kindes und des Vaters an der Prozeßführung nicht ohne weiteres für vorliegend zu erachten. Das Vormundschaftsgericht hat daher keinen Grund, dem Vater die Vertretung des Kindes für die Prozeßführung zu entziehen und einen Pfleger zu bestellen, sofern nicht aus besonderen Umständen ein Widerstreit der Interessen des Kindes und des Vaters sich ergibt.

4. Pfeiffer ZBlFG **13** 394 wendet sich gegen Josef ZBlFG **12** 340 — JDR **10** 5b β zu § 1630 —, mit Bezug auf ZBlFG **12** 229 und bezeichnet es als Praxis der preußischen Gerichte, den Minderjährigen selbst über die Anerkennung der Vaterschaft und die Verpflichtungserklärung zu hören und sich nicht mit der Erklärung des Vaters zu begnügen.

§ 1631. I. Verträge über Kindererziehung. 1. Übertragung der Sorge der Ausübung nach. **RG.** WarnE. **5** 132,

R. 12 Nr. 600, 601. Allerdings kann während der Ehe ein Vertrag, der in einer von den gesetzlichen Vorschriften abweichenden Weise die Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Kindes unter den Eltern regelt, mit für die Eltern verbindlicher Wirkung nicht geschlossen werden (**RG. 60** 266, Gruchots Beitr. **50** 999). Der durch § 1631 begründeten Pflicht dürfen sich die Eltern nicht entäußern. Ein darauf abzielender Vertrag der Eltern ist wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften unwirksam. Tritt nach dem Vertragsschlusse der vertragsmäßig geregelte Zustand kraft Gesetzes (§ 1635) ein, so wird dadurch die ursprüngliche Unwirksamkeit des Vertrags nicht behoben. Hat jedoch der Vertrag auch die Bedeutung, daß durch ihn der Vater in bezug auf die Töchter sein Erziehungsrecht der Ausübung nach auf seine Ehefrau übertragen hat, so kann ein solcher Vertrag während der Ehe sowohl von den Eltern mit einem Dritten als auch zwischen den Eltern selbst geschlossen werden (JW. **03** Beil. Nr. 146); er läßt die zwingenden Vorschriften des Gesetzes unberührt und verbindet nur zur Ausübung einer fürsorgenden Tätigkeit, die an sich in den Pflichtenkreis der Eltern fällt. Die Eltern haben sich durch einen solchen Vertrag ihres Erziehungsrechts nicht begeben und können vermöge desselben den Vertrag widerrufen. Solange dies nicht geschieht, dürfen sie sich den übernommenen vermögensrechtlichen Gegenleistungen nicht entziehen. Die Sache liegt dann ebenso, als wenn der eine Teil zwar ohne Vertrag oder Auftrag, jedoch im Einverständnisse mit dem anderen Teile die Erziehung des gemeinsamen Kindes tatsächlich besorgt.

2. Entsprechend der gesetzlichen Regel für den Fall der Scheidung. **RG.** R. **12** Nr. 1189, 1130. Regeln Ehegatten in der Annahme, daß nur der eine Teil für schuldig erklärt werden werde, unmittelbar vor dem Erlasse des Scheidungsurteils die Kindererziehung und Unterhaltspflicht so, wie sie auch gesetzlich eintreten müßte, wenn dieser Ehegatte als der allein schuldige erklärt würde, und kommt es dann zu einer entsprechenden Schuldigerklärung, so ist das Abkommen nicht deshalb wirkungslos, weil das Vormundschaftsgericht nach §§ 1635, 1636 BGB. auch eine anderweite Regelung vornehmen könnte. Legen die Parteien in einem solchen Abkommen hauptsächlich auf die vermögensrechtliche Seite Gewicht (Besorgung des Unterhalts durch die Frau gegen eine ihr zu entrichtende feste Rente), so ist zu prüfen, ob nicht gemäß § 139 BGB. die hierüber sich verhaltenden Abmachungen selbst dann in Kraft bleiben sollen, wenn der übrige Teil des Abkommens nichtig sein sollte.

3. Zur Ermöglichung oder Erleichterung der Ehescheidung. **RG.** WarnE. **5** 244, R **13** Nr. 5. Nach dem Rechte des BGB. können Ehegatten für den Fall der Scheidung über die Erziehung der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder Verträge, die von der gesetzlichen Regel abweichen, nicht mit bindender Wirkung abschließen (**RG. 60** 266). Daraus folgt nicht, daß solchen Verträgen, die unter der Herrschaft des früheren Rechts gültig geschlossen sind, die Anerkennung versagt werden müßte, das Gegenteil ergibt sich aus Art. 206 EGBGB. Ein solcher Vertrag ist aber nach dem früheren PrALR. (§§ 6, 7 I. 4) als auch nach BGB. (§ 138 Abs. 1) unwirksam, wenn er zur Ermöglichung oder auch nur zur Erleichterung der Eheschließung abgeschlossen ist.

II. Religiöse Erziehung.

Literatur: Günter Fränkel, Die religiöse Erziehung der Kinder aus Mischehen (Veröffentlichung der Breslauer Zentrale für Jugendfürsorge), Bericht darüber FürsZBl. **4** 34. Empfohlen wird, die landesgesetzlichen Bestimmungen über die religiöse Erziehung aufzuheben und es bei den allgemeinen Bestimmungen des BGB. über die Kindererziehung auch in Fragen der religiösen Erziehung bewenden zu lassen.

A. In Preußen. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. III A 5 zu § 1631 — auch KGJ. **41** A 44.

2. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. III B 2 zu § 1631 — auch KGJ. **41** A 47.

3. KGBl. **12** 105 (KG.). Die Vorschriften des PrALR. und die der Deklaration vom 21. November 1803 über die religiöse Erziehung von Kindern aus Ehen von Personen verschiedenen Glaubensbekenntnisses beziehen sich (vgl. KGJ. **32** A 58) nur auf Kinder aus Ehen von Personen verschiedenen christlichen Bekenntnisses, weil Ehen von Christen mit Nichtchristen, insbesondere mit Juden, nach dem ALR. verboten waren, bei dem Erlasse der genannten Vorschriften also nicht berücksichtigt werden konnten und nicht berücksichtigt worden sind. Die Ausdehnung der Deklaration auf Kinder konfessionell einheitlicher Ehen (KGJ. **33** A 81, **37** A 89) greift daher nur bei einheitlich christlichen Ehen Platz. Für die religiöse Erziehung von Kindern aus rein jüdischen (nicht christlichen) Ehen kamen (in Preußen) nur die allgemeinen Vorschriften über den Unterhalt eines ehelichen Kindes (§§ 74, 75, 84 II. 2 ALR.) in Betracht. Seit dem 1. Januar 1900 sind die vorgenannten Vorschriften durch die entsprechenden des BGB. ersetzt. Nach diesen ist bei rein jüdischen Ehen die Mutter nicht gehindert, nach dem Tode des Vaters die Religion ihrer religionsunmündigen Kinder zu bestimmen oder zu ändern, auch den Austritt des Kindes aus dem Judentume zu erklären.

4. FrankfRdsch. **12** 239. (Frankfurt). Im Gebiete des nassauischen Rechtes gilt (vgl. KGJ. **14** 435) das nassauische Edikt vom 22/26. März 1808, wonach Kinder aus Mischehen in der Konfession des Vaters zu erziehen sind, doch ist — nach Gewohnheitsrecht — die Erziehung in der Religion der Mutter zulässig, wenn die Eltern übereinstimmend dies wollen. Die Wirkung des vereinten Willens der Eltern dauert auch über den Tod des Vaters hinaus fort; dagegen ist der Vater nicht befugt, für die Zeit nach seinem Tode seiner Frau hinsichtlich der religiösen Erziehung ihrer Kinder freie Hand zu geben.

B. In Bayern.

Literatur: Bärthlein, Die religiöse Kindererziehung in Bayern. München 1912.

1. Inländer und Ausländer. a) BayObLG. **13** 178, R. **12** 392, BayRpflZ. **12** 260 (BayObLG.). Sowohl die Bestimmung des § 9 Tit. IV der Verfassungsurkunde als die dazu gehörige II. Beilage wenden sich an alle Einwohner des Königreichs Bayern, nicht nur an die bayerischen Staatsangehörigen. Auf die religiöse Kindererziehung sind nach dem bayerischen Rechte die Vorschriften des BGB. über die Erziehung von Kindern überhaupt anwendbar. Insoweit rechnet daher das bayerische Recht die religiöse Kindererziehung nach ihrer inneren Art dem bürgerlichen Rechte zu (Planck zu Art. 134 EGBGB.) und insoweit fällt auch ein Streit über die religiöse Kindererziehung unter die Zuständigkeit der Gerichte. Die Vorschriften der §§ 12—23 der II. Verfassungsbeilage dagegen sind öffentlich-rechtlich. Über ihre Anwendbarkeit haben die Verwaltungsgerichte zu entscheiden (Art. 8 Ziff. 4 VGHG.). Ob die Kinder freireligiös erzogen werden dürfen, können hiernach die Gerichte nicht entscheiden, wohl aber gehört zur Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts die Entscheidung der Frage, ob eine Mutter ihr Recht der Sorge für die Person ihrer Kinder mißbraucht, wenn sie die Kinder freireligiös erzieht. Vgl. auch unten Ziff. A III 4 zu § 1666 BGB. b) BayNotZ. **12** 463, BayRpflZ. **12** 385, R. **12** 214 (BayVGH.). Die verwaltungsrechtliche Zuständigkeit für Streitigkeiten über die religiöse Kindererziehung erstreckt sich auch auf Kinder von Ausländern, die ihren dauernden Aufenthalt in Bayern haben, und zwar ist für die örtliche Zuständigkeit der Wohnsitz der Kinder und ihrer Eltern maßgebend. Die Gültigkeit und Wirkung einer Vereinbarung der Brautleute über die religiöse Erziehung der aus der Ehe zu erwartenden Kinder richtet sich nach dem Rechte des ersten Ehewohnsitzes, auch wenn dieser im Auslande liegt. Ein in Bayern über die

religiöse Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen geschlossener Vertrag oder dessen Abänderung bedarf zur Gültigkeit der notariellen Verlautbarung. Ist ein Kind im Widerspruche mit den verfassungsmäßigen Bestimmungen eingesegnet, so hat die Kommunion oder Konfirmation ebensowenig Anspruch auf staatliche Anerkennung oder staatlichen Schutz, als eine verfassungswidrig vorgenommene Taufe.

2. Christen und Israeliten. a) R. **12** 775 (BayVGH.). Eine den Abschluß der religiösen Erziehung mit der Wirkung des § 18 der II. Verfassungsbeilage vom 26. Mai 1818 bildende Kultushandlung, wie solche durch die Kommunion oder Konfirmation für die christlichen Religionsgenossenschaften anerkannt ist, ist der israelitischen Glaubensgemeinschaft fremd. Der Religionsunterricht bildet nur einen Teil der religiösen Kindererziehung. Der Religionsunterricht, an dem ein schulpflichtiges Kind teilzunehmen hat, ergibt sich aus der Konfession, in der es zu erziehen ist. **b**) BayRpflZ. **12** 405 (BayVGH.). Die verfassungsrechtlich gebotene Änderung der Religion, in der ein Kind aus gemischter Ehe erzogen wird, hat eine persönliche Austrittserklärung für das Kind nicht zur Voraussetzung. Der verfassungsrechtliche Grundsatz, daß ein Kind, das rechtgültig durch die Konfirmation oder Kommunion in die Kirche eines bestimmten Bekenntnisses aufgenommen ist, in dieser bis zum gesetzlichen Unterscheidungsalter zu belassen sei, läßt eine Ausdehnung auf die israelitische Glaubensgesellschaft nicht zu.

3. Gemischte und ungemischte Ehe. a) R. **12** 392 (BayVGH.). Unter Art. 8 Ziff. 4 VerwGerG. fallen auch Streitigkeiten über die religiöse Kindererziehung, wenn die Eltern in ungemischter Ehe leben. In allen Fällen, in denen ein Kind im Einklange mit den gesetzlichen Bestimmungen durch die Konfirmation oder Kommunion in die Kirche einer bestimmten Konfession aufgenommen worden ist, muß es in dieser Konfession bis zum gesetzlichen Unterscheidungsalter belassen werden, auch wenn ein Religionswechsel eines Elternteils nicht vorliegt. **b**) R. **12** 535 (BayVGH.). Der Charakter der Ehe als einer gemischten erfährt durch den Umstand keine Änderung, daß der eine Eheteil seinen Austritt aus seiner Kirchengesellschaft erklärt, ohne zunächst einer anderen Kirchengesellschaft beizutreten. Eine durch Ableben des einen Eheteils nicht mehr bestehende Ehe kann nicht nachträglich durch den Übertritt des überlebenden Eheteils zur Konfession des verstorbenen Gatten ihren bisherigen Charakter einer gemischten Ehe verlieren. Die religiöse Erziehung eines aus einer solchen ursprünglich gemischten Ehe hervorgegangenen Kindes hat sich sonach nach §§ 12 ff. der II. Verfassungsbeilage vom 26. Mai 1818 zu bemessen und unterliegt nicht wie bei Kindern aus ungemischter Ehe dem nach Maßgabe des Zivilrechts bestehenden freien Bestimmungsrechte des überlebenden Gatten. Die gesetzliche Regel des § 14 aaO., wonach in gemischten Ehen beim Mangel eines bezüglichen gültigen Vertrags die Söhne in dem Glaubensbekenntnisse des Vaters, die Töchter in jenem der Mutter zu erziehen sind, hat auch dann zur Anwendung zu kommen, wenn nach dem Ableben des einen Eheteils der überlebende einer anderen Glaubensgesellschaft beitritt.

4. Uneheliche Kinder. a) R. **12** 31 (BayVGH.). Die Anerkennung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes gemäß § 1718 BGB., welche lediglich Pflichten vermögensrechtlicher Art für den anerkennenden natürlichen Vater zur Folge hat, ist nicht ohne weiteres als Anerkennung im Sinne des § 21 der II. Verfassungsbeilage anzusehen. **b**) Gürtner, BayRpflZ. **12** 279 bespricht die Entsch. des BayVGH. (33 99), welche auch unter der Herrschaft des BGB. den § 21 des BayReligionsedikts für anwendbar erachtet und wünscht eine nochmalige Prüfung der Grundfrage, ob es nach dem BGB. noch rechtlich möglich sei, daß der Erzeuger eines unehelichen Kindes ein Bestimmungsrecht über das Bekenntnis des Kindes erlangt. (Nach § 21 des Edikts werden uneheliche Kinder, die

von ihrem Vater anerkannt sind, wie eheliche behandelt; sind sie nicht anerkannt, werden sie nach dem Glaubensbekenntnis der Mutter erzogen.) c) R. **12** 607 (Bay. VGH.) erörtert die Frage der religiösen Erziehung unehelicher Kinder im Hinblick auf § 21 der II. Beilage zur Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818.

5. Verfahren. R. **12** 568 (BayVGH.). In Streitigkeiten über die religiöse Erziehung von Kindern sind die zuständigen Pfarrämter streitbeteiligt.

C. Württemberg. Vgl. unten Ziff. A II 3 zu § 1666 BGB.

D. Sachsen. Glaser, Religiöse Erziehung der Kinder, SächsRpflZ. **12** 193. Ein Beitrag zur Reform des sächsischen Volksschulgesetzes. Dazu: Baring, Die religiöse Erziehung der Kinder, SächsRpflZ. **12** 209: Eine Entgegnung und Ergänzung. — Replik von Glaser, SächsRpflZ. **12** 284, von Baring, aaO. **12** 364.

§ 1632. 1. Einwendungen gegenüber dem Herausgabeanspruche. a) Aus dem Rechte der Frau. **RG.** WarnE. **5** 187, JW. **12** 395, BayRpflZ. **12** 216, R. **12** Nr. 1015, 1021—1023 hält an der bisherigen Rechtsprechung (vgl. **RG. 55** 419, JDR. **2** zu § 1634 BGB.) fest, wonach die Mutter dem Verlangen des Vaters auf Herausgabe des Kindes die Einrede, daß dieses Verlangen sich als Mißbrauch seines Rechtes darstelle, entgegenstellen dürfe, läßt es aber dahingestellt, ob die Zulässigkeit dieser Einwendung durch Heranziehung des § 1354 Abs. 2 zu begründen sei, oder ob nicht schon der Hinweis auf den das ganze Familienrecht beherrschenden Grundsatz genüge, daß die hier dem einzelnen gewährten Rechte keine schrankenlosen seien, sondern ihre Grenze fänden in der Pflicht des Berechtigten, bei der Ausübung seines Rechtes auf die berechtigten Interessen der übrigen Familienmitglieder gebührende Rücksicht zu nehmen. Ein solcher Mißbrauch ist es, wenn der Vater des Kindes mit dem Herausgabeverlangen die Absicht verfolgt, einen Druck auf seine Frau dahin auszuüben, daß sie zu ihm zurückkehre, um so mittelbar eine wirtschaftliche Unterstützung durch ihren Vater zu erreichen. Dabei ist es zur Feststellung des Mißbrauchs nicht erforderlich, daß die Ausübung des Druckes der ausschließliche Beweggrund des Handelnden sei, vielmehr genügt es, wenn dieser erheblich bei seiner Entschließung überwiegt und daneben sein Wunsch, das Kind bei sich zu haben, entsprechend zurücktritt. Rechtlich zulässig ist auch die Verteidigung der Mutter, daß bei ihrem leidenden Zustande die Trennung von dem Kinde eine erhebliche und dauernde Schädigung ihrer Gesundheit zur Folge haben würde, insbesondere kann ein Rechtsmißbrauch des Mannes schon darin gefunden werden, daß er sich über die von einer Reihe von Ärzten bestätigte Gefahr einer erheblichen und dauernden Gesundheitsbeschädigung hinwegsetzen und seine Frau einer solchen Gefahr aussetzen will. b) Aus dem Rechte des Kindes. **RG.** WarnE. **5** 483 hält an der bisherigen Rechtsprechung (**RG. 69** 97, JDR. **7** Ziff. 1 zu § 1636 BGB., WarnE. **12** Nr. 172 letzter Absatz) fest, wonach Einwendungen, die dem Gebiete der Fürsorge für die Person des Kindes angehören, ausschließlich in das Verfahren vor dem Vormundschaftsrichter gehören. Zu diesen Einwendungen gehört auch die, daß die Mutter des Kindes nicht in der Lage sei, sich mit der Erziehung und Pflege des Kindes zu beschäftigen. Mit dem Einwande, daß der Vater mit seinem Verlangen auf Herausgabe des Kindes nur einen Druck ausüben wolle, um die Mutter des Kindes selbst zur Rückkehr zu ihrem Manne zu veranlassen, kann die Mutter nur gehört werden, wenn sie mit Grund die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigert. c) Aus einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts. α) BayObLG. **13** 496, 500. Das Recht aus § 1632, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, steht dem Vater gegen die Mutter nicht zu,

wenn dieser die Erziehung und Verpflegung der Kinder vom Vormundschaftsgerichte zugewiesen worden ist. Vgl. auch A IV 1 zu § 1666. β) Ebenso BayObLG. **13** 557.

2. Prozeßgericht und Vormundschaftsgericht. a) PosMSchr. **12** 59 (Posen). Hat das Vormundschaftsgericht eine endgültige oder auch nur vorläufige Anordnung aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 getroffen, so ist diese für den Prozeßrichter bindend und kann dem auf Herausgabe des Kindes gerichteten Anspruch auch dann entgegengehalten werden, wenn sie erst nach der gerichtlichen Geltendmachung des Herausgabeanspruchs ergangen ist. b) Keine Aussetzung des Verfahrens. OLG. **25** 84 (München). Die Entscheidung des Rechtsstreits, in welchem die Mutter nach § 1635 Satz 1 die Feststellung ihres Fürsorgerechts in bezug auf ihre beim Beklagten untergebrachten Töchter und die Herausgabe dieser Töchter fordert, hängt nicht von der Entscheidung der Vormundschaftsgerichts über den bei ihm durch den Vater nach § 1635 Satz 2 anhängig gemachten Erziehungsstreit ab. Abgesehen davon, ob überhaupt § 148 ZPO., der von einem anhängigen „Rechtsstreit" handelt, angewendet werden kann, ist jedenfalls daran festzuhalten, daß das Prozeß- und das Vormundschaftsgericht für die Entscheidung, wem der Eltern die Fürsorge für die Person des Kindes zusteht, selbständig nebeneinander berufen sind, da der Rechtsstandpunkt, von dem aus die rechtliche Beurteilung zu geschehen hat, für beide Gerichte grundsätzlich verschieden ist. Das Prozeßgericht entscheidet nach der unveränderlichen Norm des § 1635 Satz 1, während das Vormundschaftsgericht im einzelnen Falle vom Gesichtspunkte der Interessen des Kindes aus seine Entscheidung fällt.

3. Unterlassungsanspruch. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 13, 20. Der Gewalthaber hat an der unterworfenen Person kein absolutes Herrschaftsrecht (tatsächliche Herrschaft im Gegensatze zu rechtlicher Herrschaft); im Innenverhältnisse widerstrebt einer Unterlassungsklage die spezielle Regelung und die Stellung und Machtbefugnis des Vormundschaftsgerichts. Allgemeines s. Ziff. 2 zu § 241 BGB. und die dortigen Verweisungen.

§ 1635. Abweichende Anordnungen. 1. Bedeutung der Vorschrift. BayObLG. **13** 136, BayRpflZ. **12** 238, SeuffBl. **12** 434, R. **12** Nr. 1499 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 1635 Abs. 1 Satz 2 ist nicht eine bloße Zuständigkeitsnorm, sondern vormundschaftsrichterlicher, also auch materiellrechtlicher Natur (Habicht-Greiff, Internationales Privatrecht 155 Anm. 3 Abs. 5).

2. Voraussetzung. Die Entsch. BayObLG. **12** 138 — JDR. **10** Ziff. I 1 zu § 1635 — auch SeuffA. **67** 153.

3. Wirkung gegenüber dem anderen Elternteile. a) BayObLG. **13** 136, BayRpflZ. **12** 238, SeuffBl. **12** 434, RJA. **12** 6, R. **12** Nr. 1492 (BayObLG.). Wenn sich in dem Verfahren nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 begründete Bedenken darüber ergeben, ob bei der Übertragung der Sorge für das Kind an den nicht fürsorgeberechtigten Elternteil das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet sei, so darf die Sorge für die Person des Kindes an ihn nur übertragen werden, wenn vorher festgestellt wurde oder gleichzeitig festgestellt wird, daß die Bedenken unbegründet sind. Es muß also mit dem Verfahren nach § 1635 das Verfahren nach § 1666 verbunden werden. b) ElsLothJZ. **12** 153 (Colmar). Wird nach Scheidung der Ehe dem Vater die Sorge für die Person seiner Kinder entzogen, so geht diese zunächst auf die Mutter über, und zwar selbst dann, wenn die Mutter als allein schuldig an der Scheidung erklärt worden ist. Erst wenn auch der Mutter die Sorge für die Person der Kinder entzogen ist, besteht deshalb

Veranlassung, einen Pfleger für die Kinder zu bestellen (übereinstimmend mit OLG. **11** 300, KGJ. **30** A 40 — JDR. **4** Ziff. 1 b zu § 1635 —; vgl. auch RJA. **10** 95 — JDR. **8** Ziff. A 6 zu § 1666).

4. Rechtskraft. KGJ. **42** A 23, R. **12** Nr. 2680, RJA. **11** 257, SeuffBl. **12** 581, OLG. **25** 406 (KG.). Anordnungen aus §§ 1635, 1666 erlangen materielle Rechtskraft nicht. Das Vormundschaftsgericht muß daher auf einen in einem neuen Verfahren gestellten Antrag auf Aufhebung solcher Anordnungen auch bei unveränderter Sachlage in die erneute Prüfung der materiellen Berechtigung der Anordnung eintreten. Eine Anordnung aus § 1635 gegen einen Ehegatten ist nur zugunsten des anderen Ehegatten möglich. Kann auf den anderen Ehegatten das Personensorgerecht nicht übergehen, z. B. weil es ihm nach § 1666 entzogen ist, so kann nur aus § 1666 gegen den einen Ehegatten eingeschritten werden.

5. Prozessuales. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **10** Ziff. II 3 b zu § 1635 — auch BayObLG. **12** 696.

§ 1636. I. Rechtsnatur des Verkehrsrechts. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 1636 — auch KGJ. **41** A 11, R. **12** Nr. 2679, RJA. **11** 254.

2. *Junghanns, SächsRpflA. **12** 485. Die Befugnis zum persönlichen Verkehre mit dem eigenen Kinde ist ein Ausfluß der Personenfürsorge und damit der elterlichen Gewalt. Sie beruht nicht auf der Verwandtschaft.

II. Voraussetzung der Verkehrsregelung. 1. RJA. **11** 172, R. **12** Nr. 1633 (KG.). Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, bei bestehender Ehe den Verkehr eines tatsächlich getrennt lebenden Ehegatten mit seinen Kindern näher zu regeln, ist nicht davon abhängig, daß die tatsächliche Trennung mit dem Willen des anderen Ehegatten oder aus einem gesetzlichen Grunde nach § 1353 Abs. 2 BGB. besteht. Diese Umstände sind nur für die Rechtsbeziehungen der Ehegatten untereinander von Bedeutung. Das Bedürfnis der Regelung des Verkehrs kann nicht aus dem Grunde verneint werden, daß es dem Ehegatten freistehe, in die häusliche Gemeinschaft zurückzukehren, wo ihm der Verkehr mit den Kindern uneingeschränkt möglich sei, vielmehr liegt ein solches Bedürfnis immer vor, wenn der Ehegatte sich tatsächlich weigert, zurückzukehren, auch wenn dies ohne Grund geschieht.

2. Junghanns aaO. 485. Der Vater der verheirateten Tochter hat kein Recht auf persönlichen Verkehr.

III. Inhalt der Verkehrsregelung. 1. a) ZBlFG. **13** 408, R. **12** Nr. 1908 (Braunschweig). Unter dem persönlichen Verkehr im Sinne des § 1636 ist auch der briefliche Verkehr zu verstehen. **b)** AM. Junghanns aaO. 485. **c)** Junghanns aaO. Auch eine zeitweilige völlige Entziehung des Verkehrsrechts ist möglich.

2. RJA. 12 3 (KG.). Das Vormundschaftsgericht hat nur die Art des Verkehrs näher zu regeln, nicht aber darf es den Verkehr davon abhängig machen, daß der nichtsorgeberechtigte Elternteil die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht nachweist.

IV. Änderung der Anordnung. FrankfRundsch. **12** 17 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist befugt, die über den Verkehr mit den Kindern getroffenen Anordnungen jederzeit zu ändern, nicht nur wegen veränderter Umstände, sondern auch auf Grund einer neuen Beurteilung desselben Sachverhalts, der schon der früheren Entscheidung zugrunde lag (§ 1671).

V. **a)** Junghanns aaO. Eine vertragliche Regelung des Verkehrs ist möglich. Die Ausübung des Verkehrsrechts ist nicht übertragbar. Ein Verzicht auf das Recht ist ausgeschlossen. **b)** Ebenso *Walsmann, Verzicht 288.

VI. Entsprechende Anwendung des § 1636 auf getrennt lebende Eheleute. Wie **RG. 69** 95 — JDR. **7** Ziff. 1 zu § 1636 — auch HessRspr. **13** 194 (Darmstadt).

§ 1638. 1. Die Entsch. OLG. **24** 28 (KG.) — JDR. **10** Ziff. 2 zu § 1638 — auch RJA. **11** 162.

2. R. **12** Nr. 3246 (KG.). Ist dem Vater gemäß § 1638 das Recht der Verwaltung einer dem Kinde zugefallenen Erbschaft entzogen, so hat er gegen die Auswahl des für die Vermögensverwaltung bestellten Pflegers und gegen die Anordnung einer Gegenvormundschaft kein Beschwerderecht.

§ 1640. 1. **RG.** RJA. **12** 1, WürttZ. **12** 365, ElsLothNotZ. **12** 378, HessRspr. **13** 147 — Dissens zwischen RJA. **1** 143 (KG.), JDR. **1** Ziff. 2 c zu § 1640 — und HansGZ. **10** Beibl. 171 (Hamburg), JDR. **9** Ziff. 1 zu § 1640 —. Der Pflichtteilsanspruch geht auf eine Geldforderung und bildet, auch bevor er geltend gemacht wird, einen den Kindern gehörigen Vermögensgegenstand, der, gleich anderem Vermögen, im Zweifel der Verwaltung des Gewalthabers unterliegt. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Gewalthaber selbst Schuldner des Anspruchs ist. Der Pflichtteilsanspruch, auch wenn er den einzigen Gegenstand des Kindesvermögens bildet, ist hiernach gemäß § 1640 zu verzeichnen. Dazu genügt aber die Bezifferung des Forderungsbetrags, die Namhaftmachung der Person des Schuldners und die Bezeichnung des Schuldgrundes durch Angabe des Reinbestandes des Nachlasses und der dem Kinde als Pflichtteilsberechtigten hiervon gebührenden Quote. Wenn zu diesem Zwecke auch eine gewisse Aufzeichnung und Bewertung des Aktivnachlasses und der Nachlaßpassiven nicht zu entbehren ist, so bietet doch das Gesetz keinen Anhalt dafür, daß der Vormundschaftsrichter berechtigt wäre, auch dieses Nachlaßverzeichnis oder gar die ihm zugrunde liegenden Schätzungen, Nachweisungen u. dgl. einzufordern. Die für das Rechtsverhältnis der Nacherbfolge bestimmten Ausführungen **RG. 65** 143 (JDR. **6** Ziff. 1 zu § 1640) treffen hier nicht zu. Die im § 2314 BGB. vorgesehene Auskunft kann nur das Kind oder ein ihm zu bestellender Pfleger, nicht aber der Vormundschaftsrichter verlangen. Bei Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben des Gewalthabers oder bei Besorgung einer Gefährdung des Kindesvermögens gibt das Gesetz verschiedene Wege (§§ 1667 ff., 1687 Abs. 3, 1909), um die Überzeugung von der Richtigkeit und Vollständigkeit des eingereichten Verzeichnisses zu verschaffen. Dagegen würde es einen ungerechtfertigten Eingriff in die elterliche Gewalt bedeuten, wenn der Vormundschaftsrichter unterschiedslos jeden Gewalthaber zur Einreichung eines förmlichen Verzeichnisses des ganzen Nachlaßvermögens anhalten dürfte, bezüglich dessen der Pflichtteilsberechtigte lediglich Nachlaßgläubiger ist.

2. RheinARB. **30** 140, RheinNotZ. **12** 217 (KG.) schließt sich nunmehr dem RG. — vorstehend zu 1 — an unter Aufgabe des früheren, teilweise abweichenden Standpunktes (KGJ. **20** A 225, RheinNotZ. **06** 10).

§ 1642. R. **12** Nr. 2281 (Colmar). Durch § 1642 wird allgemein, ohne daß eine Ausnahme für den Fall gemacht wird, daß der andere Elternteil noch lebt, dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Verpflichtung zur verzinslichen Anlegung des seiner Verwaltung unterliegenden Kindesvermögens auferlegt. Eine Auslegung des § 1642 im Sinne der Beschränkung auf den Fall des Todes läßt sich namentlich auch nicht aus der Sondervorschrift des § 1640 rechtfertigen.

§ 1643. 1. Genehmigung einer Erbschaftsausschlagung. KGJ. **42** A 89 (KG.). Der Notar hatte in einer von ihm beglaubigten Urkunde die von dem Vater im Namen seiner minderjährigen Kinder erklärte Ausschlagung

einer Erbschaft mit den Ausschlagungserklärungen anderer Personen zusammengefaßt und diese Urkunde mit dem Antrage des Vaters, zu der Erbschaftsausschlagung seiner Kinder die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu erteilen, bei dem zugleich als Vormundschafts- und Nachlaßgericht zuständigen Amtsgericht eingereicht. Der Gerichtsschreiber nahm die Urkunden zu den im Erbrechtsregister eingetragenen Vorgängen, der Richter ordnete an, daß eine beglaubigte Abschrift der Urkunde besonders in Vortrag zu bringen sei, und genehmigte durch einen dem Vater am folgenden Tage zugestellten Beschluß vom 6. März 1911 die Ausschlagung der Kinder vormundschaftsgerichtlich. Auf die beglaubigte Abschrift des Beschlusses, die aus der Vormundschaftssache zur Erbausschlagungssache hinübergegeben wurde, setzte der Richter folgenden Vermerk vom 9. März 1911: „Die Ausschlagungserklärung vom 6. Februar 1911 gilt, soweit sie die Ausschlagung seitens der minderjährigen Geschwister betrifft, erst mit der Übernahme dieser beglaubigten Abschrift des Genehmigungsbeschlusses zu den Nachlaßakten als bei dem Nachlaßgericht eingegangen". Die Vorinstanzen haben die Ausschlagungserklärung der Kinder für unwirksam erachtet, da die Ausschlagung nach Erteilung der Genehmigung hätte wiederholt werden müssen (KGJ. 21 A 197, RJA. 2 216), das KG. hat das Gegenteil angenommen: Der Vermerk des Richters vom 9. März 1911 ergebe, daß die Nachlaßabteilung des Amtsgerichts entsprechend der Absicht der Beteiligten die von der Bitte um vormundschaftsgerichtliche Genehmigung begleitete Ausschlagungserklärung des Vaters der Kinder nur als Botin für die Vormundschaftsabteilung in Empfang genommen und an diese weiterbefördert habe. Wenn diese Weiterbeförderung in Form der Hinübergabe einer beglaubigten Abschrift geschehen sei, so erkläre sich dies aus der Notwendigkeit, die Ausschlagungserklärungen der übrigen Erben bei den Nachlaßakten zu behalten; im Grunde habe es sich um die Unterbringung des Einganges bei verschiedenen Akten derselben Abteilung gehandelt. Hiernach habe die Urkunde vom 16. Februar 1911, soweit sie sich auf die Ausschlagungserklärung der Minderjährigen beziehe, zunächst dem Vormundschaftsrichter vorgelegen und sei erst, nachdem dessen Genehmigung erteilt und dem Vater bekannt gemacht worden sei (§§ 1828, 1643 Abs. 3 BGB., § 16 FGG.) im Rechtssinne bei dem Nachlaßgericht eingegangen.

2. R. **12** Nr. 3100 (KG.). Hat der Vater dadurch, daß er einen Lebensversicherungsvertrag unwiderruflich zugunsten seiner Kinder geschlossen hat, unzweideutig zum Ausdrucke gebracht, daß ihnen unmittelbar ein Recht auf die aus dem Vertrage sich ergebenden Ansprüche zustehen solle, so bedarf es zur Aufnahme eines Darlehens gegen Verpfändung der aus dem Versicherungsvertrage für die Kinder sich ergebenden Ansprüche nach §§ 1643, 1822 Nr. 8 der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

3. **a)** PosMSchr. **12** 8 (Posen). Der Vertrag, durch den der Vater für das Kind ein Grundstück entgeltlich erwirbt, bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn darin Hypothekenschulden in Anrechnung auf den Erwerbspreis übernommen werden. Vgl. KGJ. **27** A 290, **28** A 9 — JDR. **3** Ziff. 2 a u. c zu § 1643 —, SächsRpflA. **09** 236 — JDR. **8** Ziff. 3 b zu § 1822 —. **b)** DJZ. **12** 1248 (Jena). Da der Vater die Befugnis, ohne Genehmigung Schulden zu übernehmen, nicht hat (§§ 1643, 1822 Nr. 10 BGB.), so ist wegen der wirtschaftlichen Gleichheit sowohl die Neubestellung einer Kaufgeldhypothek, als auch die Übernahme einer Hypothek auf das Kaufgeld genehmigungsbedürftig.

§ 1654. I. Kosten eines Rechtsstreits über Delikthaftung des Kindes. HessRspr. **13** 249 (Darmstadt). Die Kosten eines Rechtsstreits über eine Verbindlichkeit aus unerlaubter Handlung des Kindes fallen dessen freiem Vermögen zur Last (§§ 1654 Satz 3, 1660, 1415 BGB.).

II. Kostenhaftung des Vaters mit oder ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Kindesvermögen? 1. Die Entsch. OLG. **24** 31 (Naumburg) — JDR. **10** Ziff. 4 d zu § 1654 — auch NaumburgAK. **12** 48.

2. **a)** HessRspr. **12** 290 (HessJM.) billigt die als vorwiegend von der Rechtsprechung (vgl. OLG. **21** 264, JDR. **9** Ziff. 1 zu § 1654) vertreten bezeichnete Auffassung, daß der Vater für die Kosten eines von dem Kinde geführten Rechtsstreits hafte, ohne Rücksicht darauf, ob das Vermögen des Kindes Nutzungen abwerfe oder überhaupt Vermögen des Kindes vorhanden sei. **b)** Ebenso KGJ. **41** B 299, 300 (KG.); SächsOLG. **33** 346 (Dresden); SeuffA. **68** 29 (Hamburg).

3. Dagegen **a)** **RG.** (Strafs.) BayRpflZ. **12** 194, R. **12** Nr. 963, JW. **12** 949. Nach § 1654 hat der Vater nicht alle Lasten, die das Kind betreffen, sondern nur solche des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens zu tragen. Hierunter kann nach dem Wortlaute nur tatsächlich vorhandenes Vermögen verstanden werden, nicht aber gemeint sein, daß der Fall des § 1654 Satz 1 schon vorliege, wenn dem Vater nur allgemein, grundsätzlich, das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen zustehe. Die Pflicht zur Kostentragung ist Folge der Nutznießung. Zur Ausgleichung der Vorteile, die die Nutzung gewährt, sind dem Berechtigten auch die Lasten als die an den Nutzungen haftenden Nachteile auferlegt. Wenn deshalb das Kind Vermögen nicht besitzt, entfällt die Nutznießung des Vaters und damit seine Pflicht zur Lasten- und Kostentragung. Diese Auslegung findet in der Fassung des Gesetzes insofern eine Stütze, als im zweiten Satze des § 1654 der § 1387 neben den hier aufgeführten §§ 1384 bis 1386 und § 1388 nicht erwähnt wird. Wie die Gesetzesstelle zeigt, sollte die Haftung des Vaters in Anlehnung an die den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung für die Ehefrau bezüglich des eingebrachten Gutes geltenden Vorschriften geregelt werden. Der § 1387 aber, der die Verpflichtung des Ehemanns zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits der Frau regelt, ohne dabei das Vorhandensein eines der Nutznießung unterliegenden Vermögens zu erwähnen, ist nicht aufgenommen, und dieser Umstand steht seiner rechtsähnlichen Anwendung auf den Vater als Nutznießer des Kindesvermögens entgegen. Die Entstehungsgeschichte des § 1654 rechtfertigt eine andere Auslegung nicht. **b)** Ebenso NaumburgAK. **13** 8 (LG. Halberstadt). **c)** Zustimmend: α. Kleinschmidt, HessRspr. **13** 58. β. Püschel, JW. **12** 270. Aus dem Umstande, daß § 1654 Satz 2 zwar auf die §§ 1384—1386 und § 1388, nicht aber auf § 1387 verweist, folgt, daß das Gesetz die Verpflichtung des Vaters zur Kostentragung besonders, und zwar abweichend von der des Ehemanns geregelt hat. γ. Vellemann, NaumburgAK. **12** 72. Der Vater haftet auch dem Staate gegenüber nur für solche Kosten, zu deren Tragung er seinem Sohne gegenüber verpflichtet ist; zu diesen gehören aber die im § 1387 genannten Kosten nicht.

III. Armenrecht. **a)** SeuffBl. **12** 171 (München IV. Zivils.). Ist dem Kinde das Armenrecht bewilligt, so kann auch dessen Vater zur Kostentragung erst dann herangezogen werden, wenn in der Person des Kindes die Bedingung eingetreten ist, unter der dieses zur Kostentragung nach § 125 ZPO. verpflichtet ist. **b)** AM. SeuffBl. **12** 173 Anm. * (München II. Zivils.).

§ 1662. *Walsmann, Verzicht 289 f. Auf die Nutznießung von einzelnen Teilen des Kindesvermögens kann der Vater nicht verzichten.

§ 1665. Die Entsch. des OLG. Stuttgart — JDR. **9** u. **10** Ziff. 1 zu § 1665 — auch KGJ. **41** A 262.

§ 1666. A. **Reichsrecht.**

I. Verschulden dem Kinde gegenüber. 1. **a)** R. **12** Nr. 1190 (Hamburg). Zur Anwendung des § 1666 genügt nicht, daß der Vater zur Erziehung des Kindes unfähig ist, es muß ihn auch ein Verschulden treffen. **b)** Für-

sorgeZ. 4 287 (KG.). Den Vater trifft ein Verschulden, wenn er nicht alles, was in seinen Kräften steht, tut, um seinen Kindern genügende Nahrung zu verschaffen. Dazu gehört, wenn er nicht selbst hinlängliche Mittel besitzt, die Anrufung der Hilfe des Armenverbandes.

2. SächsOLG. 33 85 (Dresden). In dem zarten Alter eines sonst gesunden, von der Mutter nicht mehr gestillten Kindes kann kein durchschlagender Grund dafür gefunden werden, die tatsächliche Fürsorge für das Kind dem Vater zu entziehen und der Mutter zu übertragen, zumal wenn diese nicht berechtigt ist, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern. Bloße Ungewißheit oder Zweifel, ob das Kind bei dem Vater besser aufgehoben sein würde als bei der Mutter, reichen nicht aus, eine Entscheidung gemäß § 1666 zu stützen.

II. Gefährdung. 1. R. 12 Nr. 1635 (Colmar). Von einer Gefährdung kann nur die Rede sein, wenn bestimmte Tatsachen dafür sprechen, daß das Kind an Leib oder Seele Schaden leiden werde. Die bloß abstrakte Möglichkeit einer künftigen Schädigung genügt nicht.

2. BayObLG. 13 39. In der absichtlichen Nichtgewährung des Unterhalts, obwohl dadurch das leibliche Wohl der Kinder verletzt werden mußte und dem Vater die Gewährung des Unterhalts möglich war, kann ohne Rechtsirrtum eine vom Vater verschuldete Gefährdung des leiblichen Wohles der Kinder erblickt werden.

3. WürttZ. 12 334 (Stuttgart). Nach württ. Rechte sind Personen, die den Beginn des 14. Lebensjahrs (die sog. Unterscheidungsjahre) erreicht haben, in der Wahl ihres religiösen Bekenntnisses frei, sie können insbes. aus der Kirche, der sie bis dahin angehört haben, austreten. Diese Freiheit ist wie von den Eltern und Vormündern, so auch vom Vormundschaftsgerichte zu achten. Dadurch wird aber keineswegs eine religiöse Erziehung überhaupt ausgeschlossen, sondern nur ein das religiöse Selbstbestimmungsrecht beeinträchtigender Zwang. Maßregeln aus § 1666 BGB. können beim Vorliegen seiner sonstigen Voraussetzungen gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt in Frage kommen, wenn er die Religionsfreiheit mit unzulässigen Mitteln beeinträchtigt, und wenn er eine das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdende Religionsübung duldet oder fördert. Eine solche Gefährdung kann bei der Freiheit der religiösen Überzeugungen nicht schon darin gefunden werden, daß diese Überzeugungen von Lehren bestimmter Kirchen abweichen oder staatliche Einrichtungen mißbilligen, es sei denn, daß bei der Religionsübung oder unter dem Vorwand einer solchen Unzüchtigkeiten begangen oder gelehrt werden oder die Religionsübung im Hervorrufen von gesundheitsschädlichen Erregungszuständen besteht. Erheblich ist ferner, ob das Selbstbestimmungsrecht des Kindes etwa unter einem unzulässigen Zwange steht.

III. Mißbrauch. 1. BayObLG. 13 260, BayRpflZ. 12 314, R. 12 Nr. 1814 (BayObLG.). Verlangt der Vater die Herausgabe des Kindes gegen dessen Interesse, so mißbraucht er sein Recht der Sorge für die Person. Bei Beantwortung der Frage, ob eine Gefährdung des leiblichen und geistigen Wohles des Kindes zu befürchten sei, ist auch zu berücksichtigen, welchen Einfluß die Trennung von seiner bisherigen Umgebung und die Verpflanzung gegen seinen Willen auf die Gemütsverfassung des Kindes haben muß.

2. R. 12 Nr. 3214 (Stuttgart). Einen Mißbrauch des Erziehungsrechts enthält es, wenn der Vater eines für ehelich erklärten unehelichen Kindes den persönlichen Verkehr zwischen der Mutter und dem Kinde übermäßig beschränkt.

3. RJA. 11 251, R. 12 Nr. 2683 (Stuttgart). Ein Mißbrauch des Erziehungsrechts ist es, wenn der Vater den Verkehr der Mutter mit dem Kinde davon abhängig macht, daß diese sich nicht als Mutter bezeichne.

4. BayObLG. 13 178, BayRpflZ. 12 260, R. 12 Nr. 1634 (BayObLG.). Ein Mißbrauch des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes liegt darin, daß der Fürsorgeberechtigte in Ansehung der religiösen Erziehung des Kindes den gesetzlichen Vorschriften oder den hierüber dem verstorbenen Elternteile gegenüber rechtswirksam eingegangenen Verpflichtungen zuwiderhandelt. Auch eine Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes läßt sich in einem solchen Verhalten erblicken. Vgl. auch oben Ziff. II B 1 a zu § 1631.

IV. Vernachlässigung. 1. BayObLG. 13 496, R. 12 Nr. 2681 (BayObLG.). Die zwangsweise Erfüllung der Unterhaltspflicht steht der Nichtgewährung des Unterhalts gleich, soweit in ihr eine Vernachlässigung des Kindes zu erblicken ist. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn andere Mittel zum Unterhalte der Kindes nicht zur Verfügung stehen und die Nichtleistung des Unterhalts dem Vater zum Verschulden anzurechnen ist.

2. BayObLG. 13 557. Die Verletzung der Unterhaltspflicht durch den Vater kann sich als Vernachlässigung des Kindes auch dann darstellen, wenn der Vater dadurch die Herausgabe des Kindes erreichen will; das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist aber nur gerechtfertigt, wenn im einzelnen Falle das Verhalten des Vaters ihm zum Verschulden angerechnet werden kann, und, falls dies zu verneinen ist, wenn auch in Zukunft eine Gefährdung des Kindes zu besorgen ist.

V. Unsittliches Verhalten. 1. BayObLG. 13 253, R. 12 Nr. 1813 (BayObLG.). Die Entziehung des Sorgerechts wegen des dem Vater zur Last fallenden Konkubinats wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem Vater im übrigen ein gutes Zeugnis ausgestellt wird und die Konkubine zufolge des Eingreifens des Gerichts der gemeinsamen Wohnung fernbleibt.

2. BayObLG. 13 212, R. 12 Nr. 1812 (BayObLG.). Der Mutter eines unehelichen Kindes kann wegen Trunksucht und, weil sie das Kind in zweifelhafte Wirtschaften mitnimmt, das Sorgerecht entzogen werden, wenn nach den Umständen nur dadurch der völlige sittliche Verderb des Kindes verhindert und nur durch geeignete Unterbringung eine bessere Erziehung angebahnt werden kann.

VI. Verletzung der Unterhaltspflicht. Rudolph, DJZ. 12 688, wendet sich gegen die KGJ. 37 A 44 — JDR. 8 Ziff. A III 2 zu § 1666 — ausgesprochene Rechtsauffassung, daß, solange die Mutter den Sohn auskömmlich unterhalte, dieser von dem Vater Unterhalt nicht beanspruchen könne und daher insolange der Vater seine Unterhaltspflicht im Sinne des § 1666 Abs. 2 nicht verletze. Verf. beruft sich auf § 1606 Abs. 2 Satz 2 BGB. und hält es für rechtsirrtümlich, auf dem Umweg über § 1602 Abs. 1 dem Kinde den Anspruch gegen den Vater abzusprechen, da der dort gewählte Ausdruck „sich selbst zu unterhalten" nicht den Fall treffe, daß der Unterhalt von einem Dritten gewährt werde. JW. 04 340 worauf das KG. sich beruft, hat einen anderen Tatbestand zum Gegenstande.

VII. Erforderliche Maßregeln. 1. BayObLG. 13 496. Das Vormundschaftsgericht darf die dem Vater zustehende Sorge für die Person des Kindes nicht weiter beschränken, als zur Abwendung der dem Wohle des Kindes drohenden Gefahr notwendig ist.

2. R. 12 Nr. 2682 (BayObLG.). Auch wenn die Verpflegung und Erziehung der Kinder getrennt lebender Eltern vom Vormundschaftsgerichte schon der Mutter übertragen ist, kann Anlaß bestehen, dem Vater das Sorgerecht völlig zu entziehen.

VIII. Vorläufige Anordnungen. Die Entsch. des KG. — JDR. 10 Ziff. A VI zu § 1666 — auch R. 12 Nr. 755.

B. Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung) nach Landesrecht.

I. Preußen.

A. Literatur: Göze, Fürsorgeerziehungseinrichtungen der Preußischen Kommunalverbände, FürsZBl. 3 253, 265. — Göze, Fürsorgeerziehung und Psychiatrie, PrVerwBl. 33 761. — Hartmann, Die Entmündigung von Fürsorgezöglingen, FürsZBl. 4 160. — Köhne, Die Abänderung des preußischen FürsErzG. (empfiehlt statt einer Änderung des Gesetzes eine Einschärfung der den Vormundschaftsrichtern obliegenden sozialen Aufgaben und eine einheitliche Organisation der Erziehungstätigkeit der Behörden und Vereine unter der Oberleitung des Min. d. J.), DJZ. 12 1460. — Mampe, Die neueste Rechtsprechung auf dem Gebiete der Fürsorgeerziehung unter Zugrundelegung des Preußischen Gesetzes, FürsZBl. 4 123. — Mönkemöller, Fürsorgeerziehung und Heeresdienst, FürsZBl. 4 3. — Pade, Die Fürsorgeerziehung der Zigeunerkinder, FürsZBl. 4 19.

B. Gesetzgebungsvorschläge: Ein im preuß. AbgH. eingebrachter Antrag Schmedding, FürsZBl. 3 238, 273 befürwortet eine Änderung des § 1 Nr. 1 FürsErzG. dahin, daß die Fürsorgeerziehung auch dann nicht versagt bleiben solle, wenn nach Feststellung des Gerichts die öffentliche Armenpflege für anderweitige Unterbringung zu sorgen haben würde. Der Antrag ist vom AbgH. in der Sitzung vom 6. Dezember 1912 angenommen worden. Vgl. FürsZBl. 4 215.

1. Fürsorgeerziehung und elterliche Gewalt. *Veith, ZBlFG. 12 517. Durch die Landesgesetzgebung kann die elterliche Gewalt nicht weiter beschränkt werden, als § 1666 zuläßt. Daher kann auch durch die Fürsorgeerziehung die gesetzliche Vertretung der minderjährigen Fürsorgezöglinge nur insoweit eine Veränderung erleiden, als dies der Zweck der Fürsorgeerziehung erfordert. Über den zu erteilenden Schulunterricht trifft der Kommunalverband die Bestimmung, ebenso über die religiöse Erziehung unter Beobachtung der hierfür gegebenen gesetzlichen Vorschriften. Volljährigkeitserklärung, Eheschließung und Adoption des Fürsorgezöglings erfolgt ohne Mitwirkung des Kommunalverbandes. Dagegen ist dieser allein — unter Ausschaltung des gesetzlichen Vertreters — berechtigt, Dienst- und Dienstverschaffungsverträge für den Fürsorgezögling, allerdings nicht über dessen Volljährigkeit hinaus, zu schließen. Solche Verträge bedürfen auch nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Der von dem Fürsorgezöglinge verdiente Lohn wird sein Eigentum. Dem Kommunalverbande steht nur die Verwaltung des Lohnes zu. Sonstiges Vermögen des Fürsorgezöglinges hat dessen gesetzlicher Vertreter zu verwalten.

2. Machtbereich des Fürsorgeerziehungsgesetzes. KGJ. **42** A 52, SchlHolstAnz. **12** 229, R. **12** Nr. 771 (KG.). Ein preußisches Vormundschaftsgericht kann gegen einen von ihm bevormundeten minderjährigen Ausländer das PrFürsErzG. anwenden, denn die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fürsorgeerziehung bilden eine Ergänzung des Vormundschaftsrechts (KGJ. **39** A 28).

3. Verfahren.

Literatur: Koppe, Zuständigkeitswechsel und Beschwerdezug im Fürsorge-Erziehungsrecht, RheinA. **109** 66.

a) OLG. **25** 415 Anm. 1 (KG.). Das Gericht bestimmt nach pflichtmäßigem Ermessen den Umfang der Beweisaufnahme sowie die nochmalige Anhörung der Eltern nach der Beweisaufnahme. **b)** KGJ. **42** A 57, OLG. **25** 415 Anm. 1, R. **12** 771 (KG.). Die Fürsorgeerziehung kann allen am Verfahren Beteiligten gegenüber nur einheitlich angeordnet werden. Wird auf Beschwerde die in erster Instanz angeordnete Fürsorgeerziehung aufgehoben, so lebt das Beschwerderecht derjenigen Beteiligten, welche wegen Ablehnung der Fürsorgeerziehung Rechtsmittel einlegen können, wieder auf. Anders, wenn das Beschwerdegericht lediglich die Entscheidung der ersten Instanz bestätigt. **c)** KGJ.

42 A 57, R. 12 771 (KG.). Wird die Beschwerde des Landeshauptmanns gegen einen die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschluß des Amtsgerichts für begründet erachtet, so hat das Landgericht diesen Beschluß aufzuheben und den Antrag auf Anordnung der Fürsorgeerziehung abzulehnen. Es darf außerdem nicht eine Anordnung aus § 1666 erlassen, auch dann nicht, wenn das Amtsgericht selbst die Voraussetzungen des § 1666 festgestellt hat. **d)** KGJ. **42** A 61, R. **12** 707, DJZ. **12** 756 (KG.). Im Fürsorgeerziehungsverfahren und überhaupt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist der Richter ebensowenig wie der Zivilprozeßrichter (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 EGZPO.) an die Feststellung des Strafrichters gebunden. Freilich wird der Vormundschaftsrichter zur Abweichung von der Entscheidung des Strafrichters nur gelangen können, wenn er seine Auffassung zwingend zu begründen vermag.

4. Verhältnis zur Armenpflege. **a)** FürsZBl. **4** 105, PrJMBl. **12** 170, PrMBliV. **12** 150 (Anlage a der AVf. vom 19. Juni 1912), PrVolksschulA. **12** 270, R. **12** 645 (KG.). Die Bestimmung des § 1 Nr. 1 FürsErzG. hat das Vorhandensein irgendwelcher Verwahrlosung des Minderjährigen nicht zur Voraussetzung. Vor Anordnung der Fürsorgeerziehung ist jedoch zu prüfen, ob andere Maßnahmen, insbes. solche aus § 1666 BGB. durchführbar und voraussichtlich erfolgreich sind. Als besonders geeignetes und wirksames Mittel kommt eine Anordnung in Betracht, durch die dem Vater das Recht der Personensorge entzogen und die Trennung des Kindes von seinen Eltern und seine anderweite Unterbringung angeordnet wird. Eine solche Anordnung ist nach der ständigen Rechtsprechung des KG. für den Armenverband, sofern besondere erzieherische Maßnahmen nicht erforderlich sind, verbindlich und geeignet, die bisher nicht vorhandene Hilfsbedürftigkeit des Kindes zu begründen. Der Armenverband ist jedoch nicht verpflichtet und vielfach auch nicht in der Lage, Einflüsse, die nicht von der Pflegestelle, sondern von anderer Seite, insbes. von den Eltern ausgehen, abzuwenden. Deshalb muß unter Umständen das Vormundschaftsgericht zur Anordnung der Fürsorgeerziehung schreiten, weil die Unterbringung des Minderjährigen im Wege der Armenpflege wegen des Widerstandes und der schädlichen Einwirkung böswilliger Eltern sich zur Abwendung der Verwahrlosungsgefahr als unzulänglich erweist. **b)** PrMJ. vom 19. Juni 1912, PrMBliV. **12** 150, PrVolksschulA. **12** 276 weist auf die Beachtung folgender Grundzüge der Rechtsprechung des KG. hin: 1. Die Einleitung der Fürsorgeerziehung ist nicht durch eine bereits vorliegende Verwahrlosung bedingt. Es genügt, daß die Gefahr der Verwahrlosung ernstlich droht. Zur Feststellung dieser Gefahr bedarf es nicht des Nachweises sichtbarer Spuren der Verwahrlosung bei dem Minderjährigen selbst. Aus dem sittlich durchaus verwerflichen Lebenswandel der Mutter, mit der der Minderjährige weiter zusammenleben müßte, kann z. B. die Gefahr der Verwahrlosung entnommen werden. 2. Die Subsidiarität der Fürsorgeerziehung erfordert nicht, daß vor ihrer Einleitung andere zur Verhütung der Verwahrlosung in Betracht kommende Mittel (Einwirkung von Kirche, Schule, Inanspruchnahme der freien Liebestätigkeit, der Armenverwaltung) tatsächlich erprobt werden. Es genügt die Feststellung, daß nach den besonderen Umständen des Falles diese anderen Mittel nicht geeignet sind oder nicht ausreichen, der Verwahrlosung vorzubeugen. 3. Auch bei Kindern, die lediglich durch das Zusammenleben mit ihren sittenlosen oder verbrecherischen Eltern der Verwahrlosung ausgesetzt sind, ist die Einleitung der Fürsorgeerziehung zulässig: a) wenn besondere erziehliche Maßnahmen geboten sind (dies wird regelmäßig bei Kindern, die die ersten Lebensjahre überschritten haben, der Fall sein); b) wenn die armenrechtliche Unterbringung wegen der Enge der Verhältnisse in dem verpflichteten Ortsarmenverbande keine Gewähr dafür bietet, daß die Kinder

dauernd dem schädlichen Einflusse der Eltern entzogen bleiben; c) wenn bei über 14 Jahre alten Minderjährigen die Hilfsbedürftigkeit infolge der Erwerbsfähigkeit ausgeschlossen ist.

5. Kosten. a) Göze, PrVerwBl. **34** 139. Hat das nach § 44 FGG. zuständige Vormundschaftsgericht die vorläufige Unterbringung eines Minderjährigen angeordnet, dann aber die Sache zur endgültigen Entscheidung an das für den Wohnsitz des Minderjährigen zuständige Vormundschaftsgericht abgegeben, so bleiben die Kosten der vorläufigen Unterbringung regelmäßig bei derjenigen Ortspolizeibehörde hängen, in deren Bezirk sich der Minderjährige damals aufgehalten hat. Ein Rückgriff gegen den Provinzial- oder Ortsarmenverband (wegen der Transportkosten) ist nur möglich, wenn die Fürsorgeerziehung demnächst endgültig angeordnet wird. Dies bezieht sich aber nur auf das Verhältnis der Behörden desselben Bundesstaats zueinander. b) FrankfRundsch. **46** 48 (Frankfurt). Hat der Kommunalverband die Hilfe der Polizei in Anspruch genommen, um die zur vorläufigen Unterbringung eines demnächst in Fürsorgeerziehung gebrachten Zöglinges herbeizuführen und sind hierdurch der Polizeibehörde Transportkosten entstanden, so handelt es sich dabei nicht um reine Polizeikosten, sondern um die in den §§ 5, 15 FürsErzG. behandelten Kosten, die demnach der Ortsarmenverband zu tragen hat, ohne Unterschied, ob der Zögling aus einem in Preußen oder aus einem in einem anderen Bundesstaate belegenen Orte zugeführt wird.

6. Zu einzelnen Bestimmungen des Fürsorgeerziehungsgesetzes. a) **§ 1.** Ziff. 1. FrankfRundsch. **46** 15 (KG.). Die körperliche Verwahrlosung allein genügt zur Fürsorgeerziehung nicht, solange zu ihrer Beseitigung erziehliche Maßnahmen wegen zu großer Jugend der Kinder nicht angewandt werden können. b) **§ 1.** Ziff. 3. α. R. **12** Nr. 504 (KG.). Die von der freien Liebestätigkeit mit Zustimmung des Vaters bewirkte Unterbringung eines sittlich verwahrlosten Minderjährigen in einer klösterlichen oder sonstigen Anstalt schließt, solange Besserung noch nicht eingetreten ist, die Anordnung der Fürsorgeerziehung nicht aus, denn der Vater hat jederzeit das Recht, das Kind aus der Anstalt herauszunehmen, und die Anstalt das Recht, es jederzeit wegen unbefriedigender Führung oder aus anderen Gründen zu entlassen. β. R. **12** 132 (KG.). Auch bei Personen mit geschwächtem Intellekt ist eine sittliche Verwahrlosung möglich und deshalb die Anordnung der Fürsorgeerziehung aus § 1 Ziff. 3 FürsErzG. tunlich, solange ihr Handeln nicht Ausfluß eines unabänderlichen, gewissermaßen mechanisch wirkenden Triebes eines Geisteskranken ist, sondern auf einem, wenn auch geschwächt, so doch durch Erziehung in richtige Bahnen zu lenkenden Willen beruht. c) **§ 4.** Die Entsch. des KG. (Kein Antragsrecht außerpreußischer Behörden) — JDR. **10** Ziff. B II 4 d zu § 1666 — auch KGJ. **41** A 40, OLG. **25** 415 Anm. 1. d) **§ 5.** α. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. B II 4 g β zu § 1666 — auch KGJ. **41** A 17. β. OLG. **25** 415 (KG.). Die Anordnung der vorläufigen Unterbringung ist von einem Antrage nicht abhängig. Die Maßregel erfordert nicht die Glaubhaftmachung der für die Überweisung nach § 1 notwendigen Voraussetzungen; es genügt, daß mit dem Aufschube der Unterbringung bis zum Abschlusse des Verfahrens die Gefahr der Verwahrlosung, die durch die Überweisung zur Fürs.-Erz. verhütet werden soll, verknüpft ist, daß also der Minderjährige ohne Verzug aus den Verhältnissen, in denen er sich befindet, entfernt werden muß, damit nicht die Schäden, denen die Fürsorgeerziehung vorbeugen soll, vor deren Beginn eintreten. § 5 kann schon angewendet werden, wenn das Verfahren eingeleitet und bis zum Erlasse der Anordnung aus § 5 nicht aussichtslos geworden ist, und wenn Gefahr vorliegt. Auch nach Erlaß der nach § 5 getroffenen Anordnung kann das Gericht sich im weiteren Laufe des Ver-

fahrens auf eine Anordnung aus § 1666 beschränken. e) **§ 9.** α. **RG.** (Strafs.) R. **12** Nr. 1861. Handelt es sich bei einer Durchsuchung lediglich um die zwangsweise Zurückführung eines entlaufenen Fürsorgezöglinges, die durch § 9 Abs. 3 FürsErzG. den Polizeibehörden des Aufenthaltsorts zugewiesen ist, so können die Bestimmungen der StPO. ebensowenig herangezogen werden, wie bei einer Festnahme oder Beschlagnahme im Wege der Präventivpolizei. f) **§ 13.** OLG. **25** Anm. 1 (KG.). Die rechtskräftige Abweisung des Antrags auf Wiederaufhebung hat zur Folge, daß die Fürsorgeerziehung sechs Monate weiter laufen muß. In dieser Zeit dürfen neue Beweisanträge nicht gestellt werden. g) **§ 14.** α. PrJustizM. v. 10. August 1910, MBliV. 296, RheinARV. **29** 119 empfiehlt, um die Bestimmung des nach § 14 Abs. 2 verpflichteten Kommunalverbandes zu ermöglichen, in die Überweisungsbeschlüsse eine Angabe desjenigen Ortes aufzunehmen, für den das beschließende Gericht als zuständiges Vormundschaftsgericht im Fürsorgeerziehungsverfahren tätig gewesen ist. β. Die Entsch. des KG., FürsZBl. **3** 203 — JDR. **10** Ziff. II 2, 4 a β u. g α zu § 1666 — auch RheinARV. **12** 125. h) **§§ 14, 15.** RheinA. **109** I 230 (Düsseldorf). In OLG. **7** 98, **16** 242, PrOVG. **45** 437 u. **RG. 70** 363 ist nur gesagt, daß auch die Anordnung der vorläufigen Unterbringung eine der Fürsorgeerziehung dienende Maßregel sei und es sich daher rechtfertige, die durch sie entstandenen Kosten als Kosten der Fürsorgeerziehung in derselben Weise unter die mit den Kosten belasteten Verbände zu verteilen, wie die Kosten der eigentlichen Fürsorgeerziehung verteilt sind. Dagegen ist nicht gesagt und es ist auch nicht zutreffend, daß mit der vorläufigen Unterbringung schon die eigentliche Fürsorgeerziehung begonnen habe. Wenn daher nach der vorläufigen Unterbringung der Zögling zur eigentlichen Fürsorgeerziehung untergebracht, demgemäß nunmehr dem Provinzialverband übergeben und auf dessen Anordnung an einen anderen Ort verbracht wird, so ist dieser Transport kein Wechsel des Aufenthaltsorts innerhalb der eigentlichen Fürsorgeerziehung, sondern die Überführung, die der § 15 FürsErzG. im Auge hat. Die Kosten dieses Transports hat daher der Ortsarmenverband zu tragen. i) **§ 21.** α. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. B II 4 i zu § 1666 — auch SächsRpflA. **12** 91. β. **RG.** (Strafs.) **46** 25, FürsZBl. **4** 70. In der Weigerung der Eltern, Auskunft über den Verbleib ihres aus der Fürsorgeerziehung entwichenen Sohnes zu geben, kann für sich allein ein Verhalten, das sich als ein „Entziehen" im Sinne des § 21 darstellt, nicht erblickt werden; vielmehr wäre dies nur anzunehmen, wenn sie kraft einer Rechtspflicht dazu berufen wären, die mit der Fürsorgeerziehung befaßten Behörden bei der Ermittelung und Wiederergreifung ihres Sohnes durch ihre Mitwirkung zu unterstützen und ihnen zu diesem Zwecke die verlangte Auskunft zu erteilen. Eine solche Rechtspflicht würde bestehen, wenn die Eltern den Eintritt oder die Fortdauer des dem Gesetze widersprechenden Zustandes irgendwie schuldhaft herbeigeführt hätten, nicht aber kann diese Pflicht aus den Bestimmungen des BGB. über die elterliche Gewalt in Verbindung mit den Bestimmungen des FürsErzG. hergeleitet werden, vielmehr räumt ihnen das FürsErzG. eine Stellung ein, welche sie als die prozessuale Gegenpartei der mit der Fürsorgeerziehung beauftragten Behörden erscheinen läßt, und ebensowenig verletzen sie die ihnen als Eltern obliegende Erziehungspflicht schon dadurch, daß sie sich weigern, bei Maßnahmen mitzuwirken, welche nach ihrer Ansicht den wahren Interessen ihres Sohnes zuwiderlaufen. Die Entsch. **RG.** (Strafs.) **37** 162 behandelt einen anders gelagerten Fall, in welchem die Mutter nach Anordnung der Fürsorgeerziehung ihre Tochter in einen Dienst gebracht und dadurch einen Zustand geschaffen hatte, der die Ausführung der Fürsorgeerziehung zu vereiteln und zu verzögern geeignet war und sie zur Abwendung des von ihr selbst herbeigeführten rechtswidrigen Zustandes verpflichtete.

II. Bayern.

Literatur: Rupprecht, Die Zwangserziehung in Bayern, FürsZBl. 4 37.

1. Voraussetzung der Zwangserziehung. a) BayObLG. 13 43, SeuffBl. 12 291, BayRpflZ. 12 162, ZBlFG. 13 147 (BayObLG.). Die Zwangserziehung setzt begrifflich voraus, daß eine Erziehung des Kindes möglich ist. Ist bei einem geistesschwachen Kinde diese Möglichkeit vorhanden, so ist die Zwangserziehung nicht wegen des Mangels in der geistigen Veranlagung allein unzulässig. Auch bei einem geistesschwachen Kinde können die Voraussetzungen der Nr. 1 oder der Nr. 3 des Art. 1 Abs. 1 ZwErzG. gegeben sein. Auf Nr. 1 läßt sich die Zwangserziehung insbesondere dann stützen, wenn nur von der Unterbringung des Kindes in einer Anstalt eine erziehliche Einwirkung auf das Kind erhofft werden kann, der erziehungsberechtigte Elternteil aber aus ungerechtfertigten Gründen sich der Unterbringung widersetzt. — Wenn das Kind einen Freiplatz in einer Anstalt für Schwachsinnige erhalten soll, die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel daher nicht in Frage kommt, ist zu erwägen, ob überhaupt die Zwangserziehung notwendig ist und nicht eine Maßregel nach § 1666 BGB. ausreicht. b) R. 12 446 (BayObLG.). Die Anordnung der Zwangserziehung ist nicht schon deshalb allein unbegründet, weil der Vater von den schweren Diebstählen seines strafunmündigen Knaben früher nichts erfahren und ihn nach Kenntnis davon (erfolglos) gezüchtigt hat.

2. Zu einzelnen Bestimmungen des Zwangserziehungsgesetzes. a) Art. 6. α. BayObLG. 13 1, R. 12 606 (BayObLG.). Der Erreichung des Zweckes der Zwangserziehung, welche deren Aufhebung zur Folge hat, steht der Fall gleich, daß die Erreichung des Zweckes der Zwangserziehung in anderer Weise sichergestellt ist. β. Ebenso BayObLG. 13 477. b) Art. 8. R. 12 103 (BayVGH.). Als Kosten der Zwangserziehung, für welche die Übernahmepflicht der Heimatgemeinde eines Minderjährigen nach Maßgabe des Art. 8 Abs. 1 ZwErzG. Platz greift, können nur diejenigen gelten, welche im Vollzuge der gerichtlich angeordneten Zwangserziehung von der für diesen Vollzug zuständigen bayerischen Distriktsverwaltungsbehörde unmittelbar veranlaßt wurden. c) Art. 12. α. BayObLG. 13 19. Vor der Anordnung der Zwangserziehung muß die Vorschrift des § 1673 BGB., die nach Art. 12 Abs. 1 ZwErzG. auch für das Verfahren der Zwangserziehung maßgebend ist, beachtet werden. Ist dies nicht geschehen, ohne daß die Gründe der Unterlassung angegeben sind, so muß die Anordnung der Zwangserziehung aufgehoben werden. β. BayObLG. 12 870, R. 12 214 (BayObLG.). Die Anhörung von Verwandten ist insbesondere geboten, wenn die vernommenen Behörden über die Notwendigkeit der Zwangserziehung nicht einig sind.

III. Württemberg.

1. Göbel, WürttZ. 12 58. (Art. 19 FürsErzG. und § 361 Nr. 10 StGB.) Hat die Armenverwaltung dem Minderjährigen Unterstützung gewährt und fordert sie von dem Unterhaltpflichtigen Ersatz, so fällt die Nichterfüllung der Ersatzpflicht nicht unter § 361 Nr. 10 StGB.

2. WürttZ. 12 142 (Stuttgart). Der Ausdruck „außergewöhnliche Fälle", in denen die Fürsorgeerziehung bis zum vollendeten 20. Lebensjahre des Fürsorgezöglinges erstreckt werden kann, ist dahin zu verstehen, daß er sich auf Fälle bezieht, die von dem regelmäßigen Verlauf abweichen und eine Ausnahme bilden. Es genügt nicht, daß der Zweck der Fürsorgeerziehung bei Vollendung des 18. Lebensjahrs noch nicht erreicht ist, aber Aussicht besteht, es werde dies bei Ausdehnung der Fürsorgeerziehung der Fall sein. Vielmehr müssen noch besondere

Verhältnisse vorliegen, diese brauchen aber nicht ganz ungewöhnlich zu sein, sondern sie müssen sich bloß als Ausnahmen von den gewöhnlichen Fällen darstellen.

IV. Sachsen.

Gesetzgebung: Gesetz vom 1. Juni 1912 zur Abänderung des G. über die Fürsorgeerziehung vom 1. Februar 1909 (GVBl. S. 291).

Verordnungen: Sächs. Min. d. J. vom 21. Oktober 1911, FischersZ. **40** 235. Aufsichtsrecht der Fürsorgeverbände gegenüber den Vollzugsbehörden. — Sächs. Min. d. J. vom 3. Mai 1912, FischersZ. **41** 75 (gegen Örtel, FischersZ. **38** 297). Die Kostenübernahmepflicht des Fürsorgeverbandes beginnt mit der Rechtskraft der Anordnung der Fürsorgeerziehung, nicht erst mit der tatsächlichen Übernahme und Ausführung der Fürsorgeerziehung. — Sächs. Min. d. J. vom 23. August 1912, FischersZ. **41** 164. Ist ein Fürsorgezögling in einer Fürsorgeerziehungsanstalt (§ 2 FürsErzG.) untergebracht und wird während dieser Unterbringung eine Freiheitsstrafe an dem Zögling in der Anstalt vollstreckt, so dauert die Kostenpflicht des Fürsorgeverbandes fort.

Literatur: Schob, Die Mitwirkung des Arztes bei Einleitung der Fürsorgeerziehung nach dem sächs. G. über die Fürsorgeerziehung, FürsZBl. **3** 244.

1. FischersZ. **41** 218 (Dresden). Die § 1 Abs. 1 Nr. 1 FürsErzG. ist nicht anwendbar, wenn der Erziehungsberechtigte nach den obwaltenden Umständen außerstande ist, für das Kind in der erforderlichen Weise zu sorgen (SächsOLG. **30** 461). Zur Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 Nr. 2 gehört, daß die sittliche Verderbnis bereits begonnen hat; die Gefahr der Verwahrlosung genügt nicht.

2. FischersZ. **41** 221 Dresden). Verwahrlosung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 FürsErzG. liegt nicht schon bei Vernachlässigung der Körperpflege (oder eines körperlichen Gebrechens), wohl aber dann vor, wenn die körperliche Vernachlässigung so stark wird, daß die sittliche Entwickelung des Kindes gefährdet erscheint.

3. SächsOLG. **33** 43 (Dresden Strafs.). Ist die Fürsorgeerziehung wegen strafbarer Handlungen und zur Verhütung der Verwahrlosung des Kindes angeordnet, so kann gegen den Vater, der einen von ihm erforderten Beitrag zu den Kosten der Fürsorgeerziehung für sein Kind nicht entrichtet, nach § 361 Nr. 10 StGB. nicht vorgegangen werden. Nach §§ 22, 8 FürsErzG. hat der Fürsorgeverband die Kosten der Fürsorgeerziehung zu tragen, und der Vater ist nach § 23 FürsErzG. nur verpflichtet, dem Fürsorgeverbande diese Kosten zu erstatten, er hat sich also seiner Unterhaltspflicht nicht entzogen.

V. Hessen.

Literatur: Wodäge, Die formellen Voraussetzungen der Zwangserziehung nach hessischem Recht. Borna-Leipzig 1912 (Gießener Diss.).

Welcker, HessRspr. **13** 60 empfiehlt für Hessen die Schaffung einer dem § 21 PrFürsErzG. entsprechenden Vorschrift, wie dies bereits in Waldeck (G. vom 22. Januar 1902) und Braunschweig (G. vom 22. Oktober 1908) geschehen sei. Zustimmend Röschen aaO. 74.

VI. Oldenburg.

RheinA. **109** I 206 (Cöln). Nach den §§ 72—78 AGBGB. für das Fürstentum Birkenfeld vom 15. Mai 1899 kann in bestimmten, im § 72 aufgezählten Fällen, u. a. wenn die Voraussetzungen des § 1838 BGB. gegeben sind, das Vormundschaftsgericht in Übereinstimmung mit dem Erziehungsberechtigten oder gegen seinen Willen anordnen, daß ein Minderjähriger, ohne daß eine andere Altersgrenze nach unten oder oben gesetzt ist, zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht werde. Unter „Erziehung" im Sinne des § 1838 ist nicht lediglich eine geistige und sittliche Ausbildung, vielmehr ist darunter auch die zur erfolgreichen körperlichen Entwickelung erforderliche Tätigkeit und Aufsicht zu verstehen.

VII. Hamburg.

HansGZ. **12** Beibl. 118 (Hamburg). § 9 Abs. 2 ZwErzG. spricht das Beschwerderecht den Eltern schlechthin zu, ohne zu unterscheiden, ob den Eltern das Sorgerecht zusteht oder nicht, insbesondere ob es ihnen entzogen ist.

VIII. Bremen.

Gesetz über die Fürsorgerziehung Minderjähriger, vom 21. Dez. 1912, abgedruckt Fürs.Zbl. **4** 272, besprochen von Pätow ebenda S. 267.

IX. Elsaß-Lothringen.

1. ElsLothJZ. **12** 153 (Colmar). Nach els.-lothr. Landesrecht darf (wie nach preußischem) die öffentliche Zwangserziehung nur angeordnet werden, wenn nicht auf andere Weise, z. B. durch Anordnung der Trennung der Kinder von den Eltern auf Kosten des Armenverbandes, für die Kinder gesorgt werden kann. Ob in einem solchen Falle der Armenverband verpflichtet ist, die Kosten zu tragen, wird dahingestellt gelassen.

2. ElsLothJZ. **12** 246, 249 (Colmar). Die öffentliche Zwangserziehung ist nur eine subsidiäre Maßnahme; sie darf nicht angeordnet werden, wenn noch auf anderem Wege eine Abhilfe möglich ist. Die Anordnung setzt ein Verschulden des Gewalthabers an der drohenden Verwahrlosung der Kinder voraus. Vor der Anordnung muß dem § 1673 BGB. genügt sein.

§ 1667. 1. SchlHolstAnz. **12** 330 (KG.). Die Untersagung der Einziehung des Dienstlohns ist keine nach § 1667 zulässige Maßregel, denn sie stellt sich als die Entziehung eines Teiles der Vermögensverwaltung des Vaters dar, die nur nach § 1670 angeordnet werden darf.

2. BadRpr. **12** 276 (LG. Mosbach). Hat sich der Vater mit seinen Kindern über den Nachlaß seiner verstorbenen Ehefrau auseinandergesetzt, so können die Kinder wegen ihrer Gleichstellungsforderung keine Sicherheit fordern, wenn der Witwer kraft Testaments berechtigt ist, den gesamten Nachlaß um den billigen waisengerichtlichen Anschlag zum Eigentume zu übernehmen.

§ 1669. ElsLothJZ. **12** 352 (Colmar). Eine Vermögensauseinandersetzung zwischen dem Vater und seinen Kindern nach § 1669, die insofern materiell unrichtig ist, als absichtlich Schulden der Gemeinschaft nicht berücksichtigt worden sind, weil sie der Vater auf sein Sondergut übernommen hatte, ist weder nichtig noch berechtigt sie einen Teilungsgenossen, eine Berichtigung der Teilung und eine Nachtragsteilung zu verlangen. Der Vater ist nicht behindert, Schulden der Gemeinschaft dadurch von der Teilung auszuschließen, daß er sie auf sein persönliches Konto übernimmt, ohne daß dadurch die Teilung nichtig wird. Der § 1669 enthält ein dahingehendes Verbot nicht.

§ 1673. 1. BayObLG. **13** 39, SeuffA. **67** 467, R. **12** Nr. 1191 (BayObLG.). Der Inhaber der elterlichen Gewalt hat kein Recht auf Vernehmung bestimmter von ihm benannter Personen. Seinem dahin gehenden Antrage kommt nur die Bedeutung eines Beweisangebots zu.

2. BayObLG. **13** 256, R. **12** Nr. 1815 (BayObLG.). Hat das Vormundschaftsgericht den Vater gehört, so genügt dies; ihn nochmals in der Beschwerdeinstanz anzuhören, ist nicht vorgeschrieben.

3. BayObLG. **13** 253. Die Vorschrift des § 1673 ist nicht dahin auszulegen, daß alle überhaupt nur zu ermittelnden Verwandten oder Verschwägerten gehört werden; wie weit die Vernehmung ausgedehnt werden soll, ist dem Ermessen der Instanzgerichte überlassen.

4. Vgl. oben Ziff. B II 2 c und IX 2 zu § 1666. (Anhörung im Zwangserziehungsverfahren).

§ 1677. 1. Die Entsch. des OLG. Hamburg — JDR. **9** u. **10** zu § 1677 — auch KGJ. **41** A 259.

2. KGJ. **42** A 30, DJZ. **12** 636 (KG.). § 1677 Abs. 1 ist auch dem gegenüber entsprechend anzuwenden, dem, wie z. B. der Mutter eines unehelichen Kindes, nur die Sorge für die Person des Kindes (§ 1707) zusteht. Bei geistiger Erkrankung des Sorgeberechtigten liegt eine tatsächliche Verhinderung auf längere Zeit nicht nur vor, wenn die geistige Störung längere Zeit ohne Aussicht auf Heilung fortdauert, sondern regelmäßig auch dann, wenn für eine gewisse Zeit zwar Heilung eingetreten, das Wiederauftreten der Krankheitserscheinungen aber in nicht ferner Zukunft mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

§ 1679. *Meyer, Rechtsschein des Todes 22 ff., 49 ff., 59. Rechtsscheinwirkung (s. zu § 18); die Erklärung des Abs. 2 ist Anfechtung des Scheines. Die elterliche Gewalt der Mutter in der Zwischenzeit ist zwar auf Grund des Scheines entstanden, aber materiellen Rechtes. Haben die Kinder auf Grund des Scheines durch Legitimation (s. zu §§ 1348, 1593) inzwischen eine veränderte materielle Rechtsstellung erlangt, so ist die Wiedererlangung der Gewalt durch den zurückgekehrten Verschollenen ausgeschlossen.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1685. BayObLG. **13** 562, R. **12** Nr. 2684 (BayObLG.). Liegt in der Person der Mutter einer der Gründe vor, der ihre elterliche Gewalt kraft Gesetzes ausschließt oder deren Ruhen verursacht, z. B. Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB., so kann ihr die elterliche Gewalt nach § 1685 Abs. 2 nicht übertragen werden.

§§ 1687, 1693. Die Entsch. OLG. **23** 414 (KG.) — JDR. **10** zu §§ 1687, 1693 — auch KGJ. **41** A 14, RJA. **11** 170, R. **12** Nr. 1636.

§ 1693. BayObLG. **13** 13. Im Umfange des Wirkungskreises, der dem Beistande zukommt (§ 1693), ist die Mutter von der Vertretung ihrer Kinder ausgeschlossen (§ 1628). Insoweit dies der Fall ist, kann sie auch nicht als Inhaberin der elterlichen Gewalt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. dem Beistande Vollmacht erteilen. Vgl. auch Ziff. III 1 zu §§ 2042 ff.

Fünfter Titel. Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 1699. 1. *Horn, Rechtsstellung der Putativkinder 34 ff. Kindern aus Putativehen kommt die Gutgläubigkeit des einen Elternteils bei der Eheschließung hinsichtlich formeller oder materieller Nichtigkeitsgründe zugute, sie gelten als ehelich. Dieser Gedanke durchzieht alle Gesetzgebungen wie ein roter Faden, nur das PrALR. und das schweizerische BGB. vom 10. Dezember 1907 erkennen den Kindern auch ohne dieses Kriterium die Rechte von ehelichen zu. Auch im Gebiete des internationalen Privatrechts ist die Lösung der Frage im gleichen Sinne zu geben.

2. *Meyer, Rechtsschein des Todes 53 ff. Über die Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen vgl. o. zu § 1329.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Literatur: Crasemann, Die Verpflichtungsurkunde des außerehelichen Vaters und die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. FürsZ. **4** 1. — Eberhard, Von der Not der Väter von unehelichen Kindern, ZVlfG. **13** 381. — Elvers, Die nachträgliche Erhöhung der Unterhaltsrenten für uneheliche Kinder, DRichterZ. **12** 407. — Hörle, Beiwohnung, Befruchtung und monatliche Reinigung, DRichterZ. **12** 819. — Paetow. Ist die uneheliche Mutter verpflichtet, den Namen des Vaters ihres Kindes zu nennen? FürsZ. **3** 277. — Wurzer, Schadensersatzansprüche von Mutter und Kind trotz der begründeten Einrede der mehreren Zuhälter, R. **12** 226.

§ 1705. 1. Eberhard sieht die Not der Väter unehelicher Kinder in drei Punkten: bei der Bemessung der Höhe des Unterhalts wird auf die Lebensstellung und Leistungsfähigkeit des Vaters des unehelichen Kindes keinerlei Rücksicht genommen; dem Vater wird prinzipiell die alleinige und volle Unterhaltspflicht auferlegt; dem Vater werden in Ansehung des Kindes nur Pflichten auferlegt, aber keinerlei Rechte gewährt.

2. Paetow. Die uneheliche Mutter hat kein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 383 ZPO.; unter Umständen hat sie das Recht gemäß § 384 Ziff. 2 ZPO. Dem Kinde steht, wenn die Voraussetzungen des § 826 vorliegen, ein klagbares Recht auf Kenntnis des Namens seines Vaters gegen die Mutter zu.

3. Katzenstein, Keine Alimentationsprozesse mehr, DRichterZ. **12** 38, schlägt vor, die Unterhaltsprozesse zu beseitigen und statt ihrer dem Vormundschaftsrichter entsprechende Befugnisse zu übertragen.

4. Fuld, ZIntR. **22** 251. Ansprüche einer Österreicherin gegen ihren unehelichen Schwängerer vor deutschen Gerichten.

§ 1706. SeuffA. **67** 49 (München). Die Mutter eines unehelichen Kindes hat der Regel nach weder diesem noch dem Vormundschaftsgerichte gegenüber die Verpflichtung zur Benennung des Vaters. Ein Vertrag, durch welchen sie sich diesem gegenüber zur Geheimhaltung seines Namens verpflichtet, kann daher an und für sich nicht als sittenwidrig erachtet werden. Anders würde die Sache nur liegen, wenn dem Kinde durch die Verschweigung des Namens seines Erzeugers die Mittel zu seinem Unterhalt entzogen würden.

§ 1707. RJA. **11** 164 (KG.). Die Mutter eines unehelichen Kindes hat das Recht der Beschwerde gegen den Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den ihr Antrag auf Entlassung des Vormundes wegen Verletzung der ihm kraft des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes obliegenden Pflichten abgelehnt wird.

§ 1708. 1. OLG. **24** 41 (Hamburg). Die uneheliche Mutter hat kein Recht darauf, daß der Vormund die Alimente ihr auszahle.

2. HessRspr. **13** 22 (Darmstadt). § 360 Ziff. 10 StGB. findet auch auf den unehelichen Vater Anwendung.

§ 1712. HessRspr. **13** 146 (Darmstadt). Die Abfindungssumme des § 1712 Abs. 2 steht nicht der Mutter des Kindes zu, die dem Kinde Unterhalt gewährte (§ 1709 Abs. 2), sondern wird Vermögen des Kindes.

§ 1714. 1. Crasemann. Bei Vaterschaftsurkunden ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich, es sei denn, daß es sich um Vergleiche im Sinne des § 1714 handelt.

2. BreslauAK. **12** 33 (LG. I Berlin). Der Vergleich kann auch stillschweigend durch das Vormundschaftsgericht genehmigt werden. Vgl. AG. Löwen ebd. 34.

§ 1715. *Zieger, SächsRpflA. **13** 16. Die der außerehelichen Mutter nach § 1715 Satz 1 zustehenden Ansprüche haben nicht — wie die herrschende Rechtslehre annimmt — einen einheitlichen rechtlichen Charakter. Sowohl der Anspruch auf Ersatz der Entbindungskosten als auch der Anspruch auf Ersatz der Kosten des Unterhalts während der ersten sechs Wochen nach der Entbindung sind reine gesetzliche Unterhaltsforderungen. Sie beruhen auf einem zustandsrechtlichen Verhältnisse zwischen den Eltern des unehelichen Kindes — der Tatsache der außerehelichen Vaterschaft — einerseits und dem Vermögen des Verpflichteten sowie dem Bedürfnisse des Berechtigten andererseits. Die abweichenden Ausführungen in den Motiven können zur Auslegung des Gesetzes nicht herangezogen werden, weil die Vorschrift durch die Reichstagskommission erweitert und umgestaltet worden ist. Der subsidiär zur Entstehung gelangende Anspruch auf Ersatz der weiter erforderlich gewordenen Aufwendungen hingegen dürfte im Anschluß an die frühere Rechts-

auffassung und geschichtliche Entwickelung als gesetzlicher Schadensersatzanspruch anzusehen sein.

§ 1716. 1. R. **12** Nr. 3101 (Jena). Gläubiger im Sinne des § 288 StGB. kann auch das ungeborene Kind im Falle der einstweiligen Verfügung nach § 1716 BGB. sein. Als Gläubiger des Anspruchs aus § 1716 hat das Landgericht, abweichend von **RG.** (Strafs.) **44** 251, mit Recht das ungeborene Kind angesehen; denn die Hinterlegung geschieht zur Sicherstellung eines künftig möglicherweise entstehenden Unterhaltsanspruchs des Kindes; dieses wird von der Mutter dabei nur vertreten. Mögen auch sonst im BGB. ungeborene Kinder nicht als Berechtigte anerkannt sein, hier ist es anzunehmen; das ist, wie ihre Anerkennung als Rechtsträger im Gemeinen Rechte zeigt, nichts Unerhörtes.

2. OLG. **24** 42 (BayObLG.). Das BGB. enthält nicht allgemein gefaßte Rechtsvorbehalte zugunsten des Ungeborenen; für den Ungeborenen können nur die in Einzelbestimmungen des Gesetzes bedingungsweise gemachten Vorbehalte einen Rechtsanspruch schon vor der Geburt begründen; das künftige, bloß mögliche Recht auf Unterhalt gegenüber dem außerehelichen Erzeuger ist aber einerseits für den Ungeborenen nur in der durch § 1716 gegebenen Begrenzung anerkannt, andererseits der Wahrnehmung durch die Mutter selbst überlassen, womit die Notwendigkeit der Fürsorge durch einen Pfleger im Sinne des § 1912 von selbst ausgeschlossen ist. Die Begünstigung des § 1716 ist nicht erweiterungsfähig, d. h. sie ist nicht auf Sicherung des Unterhalts für mehr als drei Monate nach der Geburt erstreckbar; dies folgt aus dem singulären Charakter der Bestimmung.

§ 1717. 1. *Wurzer, R. **12** 226. Die Einrede der mehreren Zuhälter ist begründet, auch wenn die mehreren Zuhälter im bewußten Einverständnisse zu dem Zwecke handelten, der Vorteile jener Einrede teilhaftig zu werden. Sie ist sogar begründet, wenn die mehreren Zuhälter die Frauensperson dadurch zur Gestattung des Beischlafs bestimmen, daß ihr vorgespiegelt wird, sie verkehre nur mit einem. Das gleiche gilt, wenn mehrere ein Frauenzimmer gemeinschaftlich notzüchtigen. Doch hat in diesem Falle nicht nur die Mutter des Kindes nach § 825 BGB. einen Schadensersatzanspruch gegen die Täter; auch das Kind hat gegen sie einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB., weil sie ihm die Möglichkeit entzogen haben, einen Vater in Anspruch zu nehmen.

2. *Eichbaum, JW. **11** 960. Rechts- oder Sittenwidrigkeit der zweiten Beiwohnung schließt die exceptio plurium nicht aus, weil ein Delikt gegen das Ungeborene dem geltenden Rechte unbekannt ist (gegen Schweitzer, JW. **11** 696 ff.), wohl aber kann gegenüber der Mutter nach § 823 Abs. 1 u. 2 oder § 825 oder § 826 BGB. eine Schadensersatzpflicht begründet sein des Inhalts, die Mutter von ihrer Unterhaltspflicht gegenüber dem Kinde zu befreien; der Vormundschaftsrichter kann die Mutter zu der durch ihre Fürsorgepflicht gebotenen Verfolgung dieser Ansprüche anhalten.

3. Hörle. Aus wissenschaftlichen und physiologischen Gründen muß es als ein Ding der Unmöglichkeit oder im Sinne des § 1717 Abs. 1 Satz 2 als offenbar unmöglich angesehen werden, daß ein vollständig reifes Kind bei einer nicht mindestens 240 Tage dauernden Schwangerschaft geboren wird. Wenn die Beiwohnung und der Beginn der monatlichen Reinigung zusammenfallen oder der schwer nachweisbare Ausnahmefall eintritt, daß sich außerhalb der Reinigungszeit infolge der Beiwohnung selbst ein reifes Ei losgelöst und hierdurch die Befruchtung vollzogen hat, so kann ein reifes Kind 240 Tage nach der Beiwohnung geboren werden. In allen anderen Fällen kommt bei der Frage, wie lange die Schwangerschaft gedauert hat, oder ob das Kind in Anbetracht der Reife bei der Geburt aus der Beiwohnung des als Vater in Anspruch genommenen oder des Dritten herrühren kann, nicht der Zeitpunkt der Beiwohnung, sondern der Zeitpunkt der Befruchtung in Betracht.

4. BadRpr. **12** 132 (LG. Konstanz). Aus dem Reifegrade des Kindes bei der Geburt kann die „offenbare Unmöglichkeit" nicht erwiesen werden; es kann eben in der Natur vorkommen, daß ein Kind von siebenmonatiger Schwangerschaftsdauer die Ausbildungsreife eines Zehnmonatskindes hat und umgekehrt, so daß mit apodiktischer Bestimmtheit kein Arzt sagen könnte, das klagende Kind könne „offenbar" unmöglich aus einer bestimmten Beiwohnung herrühren.

5. **RG.** (Straff.) GoltdA. **59** 342. Der § 1717 beansprucht keine Bedeutung für das Strafrecht. Der Strafrichter hat gemäß § 260 StPO. auf Grund freier aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden, wer der Erzeuger eines außerehelichen Kindes ist.

6. BadRpr. **12** 164 (Karlsruhe). Ein Urteil, das die Vaterschaft über ein uneheliches Kind nach § 1717 BGB. feststellt, eignet sich nicht zum Eintrag ins Standesregister.

§ 1718. OLG. **24** 55 (Stuttgart). Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft wegen arglistiger Täuschung. Die Mündelmutter, die in der Empfängniszeit mit fünf Männern geschlechtlich verkehrt hatte, hat den sechsten Mann unter der Versicherung, sie habe mit keinem Manne sonst verkehrt, zur Anerkennung der Vaterschaft veranlaßt.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719. Über die Legitimation der während der Verschollenheit geborenen Kinder der Frau eines für tot Erklärten s. *Meyer, Rechtsschein des Todes 46 ff., 57 f. oben zu §§ 18, 1348, 1593 Ziff. 1.

§ 1721. *Meyer, Rechtsschein des Todes 53. Das mit der Frau eines für tot erklärten Verschollenen gezeugte, durch nachträgliche, wegen Bösgläubigkeit beider Teile nichtige Ehe legitimierte Kind ist ein Kind aus einer nichtigen Ehe, dem jedoch die Gleichstellung mit einem ehelichen versagt bleibt. Es ist also ein uneheliches Kind seines Erzeugers und, selbst bei Rückkehr des Verschollenen, nicht als dessen eheliches Kind zu betrachten (s. zu §§ 18, 1348, 1593 Ziff. 1).

II. Ehelichkeitserklärung.

§ 1723. Über die Legitimation der während der Verschollenheit geborenen Kinder der Frau eines für tot Erklärten s. *Meyer, Rechtsschein des Todes 54 ff., 58 f., oben zu §§ 18, 1348, 1593 Ziff. 1.

§ 1737. R. **12** Nr. 3214 (Stuttgart). Eine ungehörige Beschränkung des persönlichen Verkehrs zwischen der natürlichen Mutter und dem, durch obrigkeitliche Verfügung für ehelich erklärten, beim Vater lebenden Kinde durch den letzteren enthält einen gegen das Sittengesetz verstoßenden Mißbrauch des Erziehungsrechts nach § 1666 Abs. 1 BGB.; aus diesem Gesichtspunkte kann, wenn eine übermäßige Beschränkung des Verkehrs zwischen Mutter und Kind behauptet wird, durch Anrufung des Vormundschaftsrichters der nötige Schutz gewährt werden. Der Hereinziehung eines im Gesetze nicht erwähnten subjektiven Rechtes der Mutter auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde bedarf es nicht.

Achter Titel.

§ 1741. 1. *Meyer, Rechtsschein des Todes 55. Adoption nach fälschlicher Todeserklärung eines Abkömmlinges ist als materielle Wirkung des Todesscheins gültig (s. oben zu § 18).

2. *Kuttner, JheringsJ. **61** 177. Der Bestätigungsbeschluß begründet die Vermutung für das gegenwärtige Bestehen des verlautbarten Rechtsverhältnisses; wer sein Nichtbestehen behauptet, den trifft dafür die volle Beweislast.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Literatur: 1. Im allgemeinen. Aschrott, Die Schutzaufsicht. Berlin 1912. — Märcker, Die Nachlaßbehandlung, das Erbrecht, Familienrecht und Vormundschaftsrecht nebst den auf diese Rechtsverhältnisse bezüglichen Bestimmungen und Verwaltungsvorschriften für das preußische Rechtsgebiet. 18. Aufl., nach den Vorschriften des BGB. und seiner Nebengesetze bearbeitet von Köhne und Feist. Berlin 1912.

2. Jugendgerichte: a) Gesetzgebung: Gesetzentwurf über das Verfahren gegen Jugendliche, FürsZBl. 4 154. — Besprochen von v. Lilienthal, DJZ. 12 1201 und Levi, DJZ. 12 1495. — Vgl. dazu Feisenberger, Die Notwendigkeit eines besonderen Jugendgerichtsgesetzes und sein Inhalt, FürsZBl. 4 149. — Braunschw. Staatsm., Abt. d. Justiz v. 15. Juni 1912, BraunschwRpflZ. 12 129. Strafverfahren gegen jugendliche Beschuldigte. — Belgien: Jugendschutzgesetz vom 15. Mai 1912 (Loi sur la protection de l'enfance), besprochen von Fränkel, DJZ. 12 1280 und Landsberg, FürsZBl. 4 207. Dazu: v. Hentig, Ein modernes Jugendgesetz. Leipzig 1912. — b) Schrifttum: Allmenröder, Polligkeit, Becker und Vogt, Das Jugendgericht in Frankfurt a. M. Herausgegeben von Freudenthal. Berlin 1912. — Hertz, Organisation und Verfahren des Jugendgerichts im Deutschen Reiche, FürsZBl. 4 73. — Köhne, Die Tätigkeit der Jugendgerichte in Berlin-Mitte im Jahre 1911, DJZ. 12 609. — Derselbe, Jugendgerichte und Jugendgerichtstage, FürsZBl. 4 145. — Landsberg, Das Jugendgericht. Hannover 1912. (Einführung in das lebende Recht, herausgegeben von Bozi, Heft 2). — Derselbe, Die Pädagogik des Jugendgerichts, FürsZBl. 4 109. — Rupprecht, Die Tätigkeit der Jugendgerichte in München in den Jahren 1909, 1910, 1911, DJZ. 12 607. — Westerkamp, Jugendgerichtshilfe und Jugendgerichtstag, FürsZBl. 4 151. — c) Tagungen: Dritter deutscher Jugendgerichtstag (Frankfurt a. M. 10. bis 12. Oktober 1912) Bericht im FürsZBl. 4 186. — Dazu Berichte von Köhne, DJZ. 12 1172, 1339.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Die Bedeutung, die der Berufsvormundschaft in der neuesten Zeit beigemessen wird, ergibt sich aus der folgenden Zusammenstellung. Die Rührigkeit der beamteten Vormünder hat auch die Rechtsprechung in verstärktem Maße in Bewegung gesetzt.

§ 1773. Einzel- und Berufsvormundschaft.

1. Gesetzgebung: Württemberg. Gesetz über die Berufsvormundschaft vom 8. Juni 1912 (RegBl. 158), abgedruckt FürsZBl. 4 94, besprochen von v. Wider aaO. 88. — Dazu MinVf. vom 21. Oktober 1912 (RegBl. 771, 778, 782). — Lübeck. Gesetz über die gesetzliche Berufsvormundschaft vom 13. Februar 1912 (GS. Nr. 22), mitgeteilt und besprochen von Link, FürsZBl. 4 85.

2. Literatur: Crasemann, Der Umfang einer öffentlichen Berufsvormundschaft, FürsZBl. 4 157. — Köhler, Berufsvormundschaft und Reform des Vormundschaftsrechts, empfiehlt die Anbahnung einer Reform des Vormundschaftsrechts durch die gesetzliche Regelung einer Berufsvormundschaft über die unehelichen und über die auf öffentliche Kosten zu unterhaltenden Minderjährigen und die gesetzliche Übertragung der Berufsvormundschaft auf die leistungsfähigen Gemeinden, die diese Geschäfte als einen Teil ihrer kommunalen Jugendfürsorge verwalten, FürsZBl. 4 49. — Niestroj, Die Berufsvormundschaft und ihre Probleme. Berlin 1912. — Schmidt, Die gesetzliche Berufsvormundschaft über uneheliche Kinder und die Ziehkinderbestimmungen, FürsZBl. 4 13. — Spann, Die Erweiterung der Sozialpolitik durch die Berufsvormundschaft. Tübingen 1912. (Sonderabdruck aus dem Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.)

3. Tagungen: Die siebente Tagung Deutscher Berufsvormünder, zugleich erster Österreichischer Berufsvormündertag (Wien, 18. bis 20. Juni 1912). Bericht darüber von Tomforde, FürsZBl. 4 102.

1. Eine Übersicht der Berufsvormundschaften im Deutschen Reiche vom Juli 1911 findet sich in FürsZBl. 4 40.

2. Meister, Ersuchen der Berufsvormundschaft an die Amtsgerichte, FürsZBl. 3 233. Kann man die Berufsvormundschaft als Verwaltungsbehörde auffassen, so ist ihren Vertretern auch von den Gerichten Rechtshilfe zu leisten. Recht-

lich besteht ein großer Unterschied zwischen der gesetzlichen Vormundschaft (EGBGB. Art. 136 Nr. 1 u. 2) und der Sammelvormundschaft (Art. 136 Nr. 3), der sich besonders in der Notwendigkeit der Mitwirkung des Gerichts äußert, und dieser Unterschied macht es für die Sammelvormundschaft unmöglich, sie als Behörde aufzufassen.

3. Gesetzliche Vormundschaft in Preußen. a) Art. 78 § 1 AGBGB. KGJ. **41** A 17 (KG.). Bringt der Kommunalverband nach rechtskräftiger Anordnung der Fürsorgeerziehung einen gemäß § 1773 BGB. des vormundschaftlichen Schutzes bedürfenden Minderjährigen dauernd in einer dem Art. 78 § 1 PrAGBGB. entsprechenden Anstalt unter, so erlischt das Amt des bisherigen Vormundes, ohne daß es seiner Entlassung bedarf. Der Anstaltsvormund tritt als gesetzlicher Vormund an dessen Stelle. Durch eine vorläufige Unterbringung im Sinne des § 5 PrFürsErzG. erlangt der Anstaltsvormund nicht die Rechte und Pflichten eines gesetzlichen Vormundes. b) Art. 78 § 4 AGBGB. α. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 2 a zu § 1773 — auch KGJ. **41** A 25. β. SchlHolstAnz. **12** 315 (KG.). Die Vormundschaft, die auf Grund ortsstatutarischer Bestimmung gemäß Art. 78 § 4 PrAGBGB. von einem Gemeindebeamten ausgeübt wird, tritt nur ein, wenn die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen für die Einleitung einer Vormundschaft (§ 1773 Abs. 1) gegeben sind (KGJ. **38** A 38). Dies ist nicht der Fall, wenn dem Vater nur die Sorge für die Person seines Kindes entzogen ist, während ihm die sonstigen Bestandteile seiner elterlichen Gewalt verblieben sind (§§ 1627, 1630). In einem solchen Falle ist eine Pflegschaft nach § 1909 einzuleiten. γ) KGJ. **42** A 35 (KG.). Die Gemeindevormundschaft (Art. 78 § 4 PrAGBGB.) tritt in Preußen nur ein, wenn die Armenbehörde dem Mündel eine im wesentlichen den ganzen Lebensbedarf deckende Unterstützung (nicht nur gelegentliche Beihilfen) gewährt und die Erziehung oder Verpflegung des Mündels selbst in die Hand genommen hat. Aufsichtshandlungen, die in den Rahmen der Waisenratsgeschäfte fallen, ingleichen Erkundigungen im Auftrage des Gerichts oder aus eigenem Antriebe rechtfertigen den Eintritt der Gemeindevormundschaft nicht. — Die Gemeindevormundschaft endigt nicht von selbst, wenn die armenrechtliche Fürsorgetätigkeit, auf Grund deren sie eingetreten ist, aufhört. — Das Vormundschaftsgericht kann auch dann einen Sondervormund bestellen, wenn die Fortdauer der Gemeindevormundschaft unangemessen, insbesondere dem Mündelinteresse nicht entsprechend erscheint und zugleich ein Wiedereintritt armenrechtlicher Hilfsbedürftigkeit fernliegt. Der Gemeindevormund selbst kann die Bestellung eines Sondervormundes anregen. — Ordnungsstrafen können auch dem Gemeindevormund (Art. 78 § 4 PrAGBGB.) angedroht werden. Die Verfügung muß sich gegen eine bestimmte Person, nicht gegen die Behörde als solche richten.

4. Bayern. Berufsvormundschaft. BayObLG. **12** 875 (Gutachten der vereinigten Zivils.) über die Voraussetzungen, unter denen von einer unmittelbaren oder mittelbaren Gemeinde die Berufsvormundschaft im Sinne der Artt. 1, 2 G. vom 23. Februar 1908 eingeführt werden kann.

5. Hamburg. Generalvormund. SeuffA. **08** 29, R. **12** Nr. 3102 (Hamburg). Ein zum Generalvormunde nach Landesrecht bestellter Beamter ist nicht besonders auf treue und gewissenhafte Führung der Vormundschaft zu verpflichten.

6. Bayern. Vormundschaft über standesherrliche Familienmitglieder. BayObLG. **12** 636, SeuffBl. **12** 167, R. **12** 68 (BayObLG.). In Bayern ist bei Vormundschaften über standesherrliche Familienmitglieder, die das Haupt des Hauses selbst führt oder bestellt hat, für Beschwerden gegen dessen Verfügungen das Oberste Landesgericht zuständig. Dem

Justizministerium stehen nicht die Rechte des Vormundschaftsgerichts, sondern nur die allgemeinen Aufsichtsbefugnisse zu.

§ 1779. 1. PosMSchr. **12** 8 (KG.). Wegen Außerachtlassung der Vorschrift des § 1779 BGB. findet zwar eine Beschwerde aus § 20 FGG. nicht statt, wohl aber eine solche aus § 57 Nr. 9 FGG., und zwar auch dann, wenn es sich um eine vorläufige Vormundschaft über eine wegen Geisteskrankheit zu entmündigende Person handelt. Auch nach der Bestellung des Vormundes kann bei einem Verstoße gegen § 1779 Abs. 2 Beschwerde eingelegt werden mit dem Ziele, die Bestellung aufzuheben und, auch wenn die Voraussetzungen des § 1886 BGB. nicht vorliegen, den bisherigen Vormund mit Wirkung ex nunc zu entlassen (KGJ. **22** A 113, RJA. **2** 113, KGJ. **29** A 12, Staudinger Anm. 3, Fuchs Anm. 3 g zu § 1779). Wenn § 60 Nr. 1 FGG. dem Übergangenen die sofortige Beschwerde nur zeitlich beschränkt gestattet, so ist bei Einführung dieser Gesetzesstelle der Gedanke maßgebend gewesen, daß der Beschwerdeführer ohne Rücksicht auf das Interesse des Mündels sein durch die Berufung begründetes Recht auf Bestellung zum Vormunde geltend macht, während es sich bei § 57 Nr. 9 FGG. stets um eine im Interesse des Mündels eingelegte Beschwerde handelt. **RG. 64** 288 — JDR. **5** Ziff. 5 a zu § 1779 — hat die aufgeworfene Frage (BayObLG. **7** 441) unentschieden gelassen.

2. Brandis, DJZ. **12** 626. Der Gemeindewaisenrat oder die Vormundschaftsbehörde sind nicht berufen, eine Prüfung darüber anzustellen, ob der als Vormund in Aussicht Genommene die Satzungen seines religiösen Bekenntnisses befolgt oder nicht.

3. Religiöses Bekenntnis des Vormundes bei der Sammelvormundschaft. a) FürsZBl. **4** 176 (LG. I Berlin). Gegenüber den großen Vorteilen der Sammelvormundschaft erscheint die Konfession des Sammelvormundes ohne wesentliche Bedeutung. Die eigentliche religiöse Erziehung liegt im übrigen bei der Mutter oder den Pflegeeltern. Bei einer großen Zahl völlig gleichliegender Fälle genügt eine allgemeine Prüfung und die Feststellung, daß in jedem Einzelfalle geprüft worden ist, ob er Anlaß zu einer besonderen Behandlung bietet. — **b)** Dagegen OLG. **26** 106, FürsZBl. **4** 274 (KG.). Die (städtische) Sammelvormundschaft ist eine gehäufte Einzelvormundschaft; sie unterliegt als solche den für die Bestellung des Einzelvormundes geltenden Vorschriften. § 1779 Abs. 2 Satz 2 läßt eine Ausnahme auch bei ganz jugendlichen Kindern nicht zu und macht auch keinen Unterschied zwischen einem Vormunde mit Vollgewalt und einem durch das Sorgerecht der Mutter beschränkten Vormund. Als Sammelvormund ist daher grundsätzlich ein dem Mündel konfessionsgleicher Beamter der Sammelvormundschaft auszuwählen, es sei denn, daß eine geeignete gleichkonfessionelle Person nicht vorhanden ist oder aus besonderen Gründen die Bestellung eines andersgläubigen Sammelvormundes gerechtfertigt erscheint.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Zu diesem Unterabschnitte haben Rechtslehre und Rechtsprechung in reicher Fülle Beiträge geliefert. Hervorzuheben ist zu § 1812 die Entsch. **RG. 79** 9, die sich mit der Haftung des Dritten befaßt, der ein ihm in Verwahrung gegebenes Wertpapier des Mündels dem Vormund ohne die im § 1812 vorgeschriebene Genehmigung herausgibt. — Kipp (s. zu §§ 1821 ff.) hat mit seinen gegen die herrschende Meinung gerichteten Angriffen, indem er grundsätzlich bestreitet, daß wegen Irrtums des Vormundschaftsrichters das von diesem genehmigte Rechtsgeschäft angefochten werden könne, Widerspruch bei Fuchs und Josef gefunden.

§ 1789. 1. Larenz, FürsZBl. 4 195, macht Vorschläge für eine leichtverständliche kurze Anleitung, die den Vormündern sogleich bei ihrer Verpflichtung auf Staatskosten zu erteilen wäre.

2. Vgl. u. Ziff. 1 zu § 1915 (Verhältnis der Verpflichtungsverhandlung zur Bestallung).

§ 1793. 1. Die Entsch. des OLG. Dresden — JDR. **10** Ziff. 2 zu § 1793 — (Zulässigkeit der Erteilung einer Generalvollmacht) auch SächsOLG. **33** 69.

2. SächsRpflA. **12** 344 (Dresden). § 1793 ist nicht zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. zu rechnen und begründet keine Haftpflicht der Aufsichtsperson über § 832 BGB. hinaus.

3. *Thießen, Person und Vermögen 50/51. Der Vormund ist nicht „Vertreter" des Mündels in dem Sinne, daß er an Mündels Stelle handelte. Da der Mündel handlungsunfähig ist, also überhaupt keine Rechte hat, übt der Vormund eigene Rechte aus: des Mündels Rechte sind Rechte des Vormundes (s. oben zu § 165 BGB.).

§ 1794. OLG. **25** 402, R. **12** Nr. 3245 (BayObLG.). Soweit ein Pfleger bestellt ist, fehlt dem Vormunde das Beschwerderecht (§ 20 FGG.) auch namens seines Mündels.

§§ 1795, 1796. Vgl. u. **RG.** Ziff. III b zu §§ 2113 ff.

§ 1795. a) Burth, DNotV. **12** 149, empfiehlt im Hinblick auf die Rechtsprechung des RG., wonach ein Verstoß gegen § 181 BGB. das Rechtsgeschäft nicht nichtig mache, sondern dieses durch Genehmigung wirksam werde, den Abschluß eines Erbteilungsvertrags in der Weise, daß ihn der gesetzliche Vertreter im Namen aller minderjährigen Beteiligten schließt, während nachträglich ein nur zu diesem Zwecke bestellter Pfleger den Vertrag dadurch zu genehmigen habe, daß er nacheinander für jedes Kind gegenüber allen anderen Miterben die Genehmigung erklärt. **b)** Ein solches Verfahren wird in WürttZ. **12** 105 als gesetzwidrig bezeichnet, durch dessen Einschlagung die Beteiligten sich verantwortlich machen, vielmehr wird eine Änderung des § 1795 befürwortet.

§ 1797. 1. BayObLG. **12** 636, SeuffBl. **12** 167, 169 (BayObLG.). Fällt von bestellten Mitvormündern nachträglich der eine oder andere fort, so haben die übrigbleibenden die Vormundschaft fortzuführen (Planck, Fuchs Anm. 4 zu § 1797). An die Stelle des weggefallenen Vormundes darf ein neuer nur bestellt werden, wenn der Wille des Benennenden dahin ging.

2. Abs. 2. BadRpr. **12** 61 (Karlsruhe). Ist einem Entmündigten ein Vormund zur Besorgung seiner vermögensrechtlichen und ein anderer zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten bestellt, so ist ersterer zur Erhebung einer Feststellungsklage dahin, daß der Vater nicht berechtigt sei, seinem Sohne, der ihn bestohlen habe, den Pflichtteil zu entziehen, nicht legitimiert, denn es handelt sich dabei nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit des Sohnes, sondern um eine Angelegenheit des Vaters selbst, in die sich der Sohn und dessen Vormund überhaupt nicht einzumischen haben.

§ 1799. **RG. 79** 9, JW. **12** 352, R. **12** Nr. 589, 603—606. Die dem Gegenvormund obliegende Aufsicht über die Vermögensverwaltung des Vormundes umfaßt die Verpflichtung, daß er sich möglichst bald nach seiner Bestellung Kenntnis über das vorhandene Mündelvermögen und über die sichere Anlegung der dazu gehörigen Wertpapiere verschafft. Vgl. auch unten zu § 1812.

§ 1800. Literatur: Feisenberger, Züchtigungsrecht gegen Mündel und Fürsorgezöglinge (gibt einen Überblick über den Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung in folgenden Abschnitten: A. Rechtliche Grundlage; B. Umfang; C. Folgen der Überschreitung des Züchtigungsrechts), FürsZBl. 4 97. — Hans Jacobsohn, Die Unterlassungsklage (13, 20) s. zu § 1632 und die dortigen Verweisungen.

§ 1807. R. 12 Nr. 2685 (Braunschweig). Die verbotswidrige Anlegung von Mündelgeld ist gültig, auch wenn der gesetzliche Vertreter ausdrücklich als solcher aufgetreten ist. **RG. 11** 308, **16** 207 hat für das frühere preußische Recht den Grundsatz aufgestellt, daß der Mündel auch durch eine verbotswidrige Anlegung seines Geldes berechtigt und verpflichtet werde und daraus nur Ansprüche gegen seinen Vormund herleiten könne. Dies ist auch der Standpunkt der Mot. zum BGB. (4, 1109).

§§ 1809 ff. *Zohlen, KGBl. 12 13—16. Es bestehen zwei Gruppen von genehmigungsbedürftigen Geschäften. Zur ersten gehören diejenigen, die nur um der Ordnung und Aufsicht willen der Genehmigung unterbreitet werden müssen, die Fälle der §§ 1809—1819, in denen es sich um bloße Verwaltung und Erhaltung des Vermögensbestandes handelt, und in denen auch die Befreiung des Vormundes zulässig ist. Zur zweiten Gruppe gehören die Fälle der §§ 1643, 1820—1822, in denen die Vertretungsbefugnis des Vormundes und zum Teil auch die des Gewalthabers dergestalt eingeschränkt ist, daß das freie und pflichtmäßige Ermessen des Vormundschaftsrichters rechtsgestaltend neben das ihrige zu treten hat. In den Fällen der ersten Gruppe, zu denen auch noch die Auflassung aus § 1821 Ziff. 1 tritt, kann die obervormundschaftliche Genehmigung durch ein Prozeßurteil ersetzt werden; in den Fällen der zweiten Gruppe aber nicht, weil es sich bei ihnen um Kausalgeschäfte handelt.

§ 1809. RheinA. **109** I 296 (Cöln). Hat der Vormund Mündelgeld mit der im § 1809 vorgeschriebenen Bestimmung angelegt, so besteht die Wirkung des Abkommens darin, daß der Vormund bei Erhebung des Geldes nach Maßgabe des § 1812 in der Vertretungsmacht beschränkt ist (Staudinger zu § 1809, Planck, Vorbem. 13 vor § 1821). Er ist nicht befugt, das Geld ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes abzuheben. Diese Verfügungsbeschränkung des Vormundes muß auch die Sparkasse gegen sich gelten lassen (Komm. v. RGR. zu § 1809). Sie darf nur noch an den Vormund oder an dessen Bevollmächtigten auszahlen, und nur unter der Voraussetzung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes. Die befreiende Wirkung der Zahlung tritt nur ein, wenn — was die Kasse auf ihre Gefahr zu prüfen hat — die Genehmigung wirklich erteilt ist.

§ 1812. 1. **RG. 79** 9, JW. **12** 352, R. **12** Nr. 589, 603—606, DJZ. **12** 458. Eine Zuwiderhandlung gegen § 1812 macht nicht nur den Vormund, sondern auch den Dritten verantwortlich, der das von ihm in Verwahrung genommene Wertpapier dem Vormund ohne die erforderliche Genehmigung herausgibt. § 1812 enthält zwingendes Recht und kann durch eine Vereinbarung des Vormundes mit der verwahrenden Bank, daß die Herausgabe an die Hinterlegerin zu geschehen habe, nicht abgeändert werden; er beschränkt im Interesse der Sicherung des Mündels gegen Veruntreuungen die Vertretungsmacht des Vormundes bei Vornahme der bezeichneten Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber, indem er sie von der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts oder des Mitvormundes (§ 1812 Abs. 2, 3) abhängig macht. Behauptete der Vormund gegenüber der Bank, er sei von den Beschränkungen des § 1812 gemäß § 1852 befreit, so mußte sie sich die von ihm behauptete Befreiung urkundlich nachweisen lassen, wenn nicht schon bei der Empfangnahme der Pfandbriefe, dann jedenfalls bei deren Aushändigung an den Vormund. Dies um so mehr, wenn sie auf Grund des — gemäß den Artt. 144—146 EGBGB. erlassenen — Art. 85 PrAG. BGB. für die Fälle der §§ 1814, 1818 als Hinterlegungsstelle bestimmt ist und die Niederlegungsbedingungen bestimmen, daß über Wertpapiere nur mit schriftlicher Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügt werden dürfe.

2. Vgl. auch unten Ziff. 3 zu § 1821.

§ 1814. **RG.** R. 12 Nr. 3378. Die Verpflichtung des Vormundes zur Hinterlegung der Inhaberpapiere ist von solcher Bedeutung sowohl für den Schutz des Mündels gegen eine Untreue des Vormundes, als auch für die Sicherung gegen einen zufälligen Verlust und somit auch für den Vormund selbst, daß der Vormundschaftsrichter regelmäßig verpflichtet ist, unverzüglich den Vormund zur Hinterlegung dieser Papiere anzuhalten. Daß der Vormund in geordneten Vermögensverhältnissen lebt und allgemein Vertrauen genießt, ist kein Grund, von dieser Maßregel abzusehen.

§§ 1821 ff. 1. a) Kipp, R. **12** 5. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist eine Staatswillenserklärung, deren Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit nach den Sätzen über Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit von Staatsakten, und zwar solchen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nicht nach den Grundsätzen über Rechtsgeschäfte zu beurteilen ist. **RG.** **25** 281, unter der Herrschaft des § 46 PrVormO. ergangen, schließt von der Gleichheit der Wirkung zweier Ereignisse auf die innere Gleichheit der Gründe dieser Wirkung und die Gleichheit ihrer Widerstandskraft gegen andere Ereignisse. Dieser Schluß ist aber nicht zwingend, so hat z. B. in den Fällen der §§ 1304, 1308 die Verfügung, welche die Willenserklärung ersetzt, die gleiche Wirkung, die die Willenserklärung selbst hervorgebracht hätte, darum ist aber die Verfügung nicht Rechtsgeschäft, sondern ein Staatsakt, dessen Anfechtung seinen eigenen Grundsätzen folgt. Auch die Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt (§ 1741) unterliegt nicht der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung; mit ihr ist die vormundschaftgerichtliche Genehmigung innerlich verwandt. Die Erwägung, daß die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts sachlich auf die Anfechtung seiner Folgen hinausläuft (Breit, ZBlFG. **4** 593, Josef, BuschsZ. **35** 547), kann nicht zu dem Schlusse führen, daß die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts, weil sie sich als Anfechtung seiner Folgen darstelle, auch dann möglich sei, wenn der Anfechtungsgrund nicht in dem Rechtsgeschäfte selbst, sondern anderswo liege. Das BGB. kennt nicht die Anfechtung eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, sondern nur eine solche einer Willenserklärung (§§ 119, 123 BGB.). Hiernach ist eine Anfechtung denkbar und zulässig, wenn die Willenserklärung des Vormundes auf demselben Willensmangel beruht, der den Vormundschaftsrichter bei der Erteilung seiner Genehmigung beherrscht hat, insbesondere unterliegt die Mitteilung der Genehmigung (§ 1829 Abs. 1) als rechtsgeschäftlicher Akt der Anfechtung wegen Irrtums, Betrugs oder Zwanges. Hat dagegen der Vormund selbst den Vormundschaftsrichter betrogen oder rechtswidrig durch Drohungen zur Genehmigung bestimmt, so erwächst (entsprechend dem Gedanken des § 166 BGB.) dem Mündel kein Anfechtungsrecht aus Betrug oder Drohung, verübt vom Vormunde. Dahingestellt gelassen wird, ob im Falle einer arglistigen Täuschung aus einer Kollusion zwischen dem Vormund und dem Dritten, mit dem das Rechtsgeschäft geschlossen ist, nicht die Nichtigkeit des Geschäfts sich ableiten ließe. **b)** Ähnlich Unger, BuschsZ. **41** 192. Wenn auch sowohl die Genehmigung des Vormundes als auch die des Richters Erfordernisse eines bindenden Rechtsgeschäfts des Mündels sind, so läßt sich doch der durch den Richter irrende Staat nicht als Vertreter des anfechtenden Mündels ansehen.

2. a) Demgegenüber verteidigt *Fuchs, R. **12** 110 ff., das Urt. **RG.** **25** 281 ff. Für das Recht des BGB. kommt noch ein weiterer, für die Anfechtbarkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sprechender Grund hinzu, nämlich die besondere Behandlung, welche die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gegenüber dem preußischen Rechte durch §§ 1828, 1829 BGB. erfahren hat. Die Mitteilung des Vormundes von der Erteilung der Genehmigung an den anderen Vertragsteil ist ein rechtsgeschäftlicher Akt, keine bloße Tatsachenmitteilung. Die Genehmigung wird durch die Mitteilung, durch die der Vormund dem anderen Teile gegenüber erklärt, daß er von der Genehmigung Gebrauch mache, zu einem Teile der Willens-

erklärung des Vormundes; nur als Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Vormundes tritt sie dem anderen Teile gegenüber. Sie tritt im rechtsgeschäftlichen Verkehre nur in der Gestalt einer Privatwillenserklärung hervor; nicht das Vormundschaftsgericht, sondern der Vormund ist es, der im Sinne des § 184 BGB. den Vertrag genehmigt. Da die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dem Vertragsgegner gegenüber nur kraft einer Willenserklärung des Vormundes und als Bestandteil dieser Willenserklärung, nicht aber aus eigener Kraft wirkt, muß sie auch in ihrer rechtlichen Bedeutung nach den Vorschriften über Privatwillenserklärungen behandelt werden. b) Gegen Fuchs aaO. verneint Kipp, R. **12** 556, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Vormundes sei.

3. Josef, SeuffBl. **12** 315. 1. Ein vom Vormundschaftsrichter genehmigter Vertrag kann angefochten werden, wenn der Richter zu der Genehmigung veranlaßt ist durch einen Irrtum der im § 119 BGB. bezeichneten Art. Denn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dient zur Ergänzung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Vormundes und bildet hiernach einen Bestandteil dieser, ganz wie die Genehmigung des Gegenvormundes. Das Rechtsgeschäft setzt sich zusammen aus der Erklärung des Vormundes einerseits und aus der des Gegenvormundes oder des Richters andererseits, so daß der Anfechtungsgrund des Irrtums in dem Rechtsgeschäfte selbst und nicht außerhalb desselben liegt. Wie der Vormund seine Verzichtserklärung anfechten kann, wenn der Gegenvormund sie irrtümlich genehmigt hat (§ 1812 Abs. 1), so gilt das gleiche auch, wenn eine Erklärung des Vormundes gemäß § 1812 Abs. 3 an Stelle des Gegenvormundes oder gemäß §§ 1821, 1822 vom Richter genehmigt ist. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist sonach, obwohl sie eine obrigkeitliche Handlung ist, hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit wegen Willensmängel ebenso wie die Erklärungen des Vormundes oder des Gegenvormundes zu behandeln. 2. Hat der Vormund gemeinschaftlich mit dem Gegenbeteiligten den Irrtum des Richters durch arglistige Täuschung herbeigeführt, so bedarf es keiner Anfechtung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, vielmehr beseitigt der Mündel durch die Schadensersatzklage (§ 826) die dem Gegenbeteiligten durch die Täuschung erworbenen Rechte. 3. Der Umfang der durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts umfaßten Willenserklärung der Beteiligten ist durch Auslegung der Genehmigungsverfügung zu ermitteln, so daß als genehmigt nur gelten kann, was dem Vormundschaftsgericht als Vereinbarung der Beteiligten mitgeteilt ist, niemals danach Abreden, die in die Vertragsurkunde nicht aufgenommen sind.

§ 1821. 1. KGJ. **41** A 162 (KG.). Hat der Erblasser eine für seine Erben wirksame Auflassungsvollmacht erteilt, so ist zur Eintragung des Eigentumsüberganges auf Grund der durch den Bevollmächtigten erklärten Auflassung der Nachweis der Erbfolge durch Erbschein oder Verfügung von Todes wegen und, falls ein Miterbe minderjährig ist, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Denn der Bevollmächtigte ist als Bevollmächtigter des Erben anzusehen, und die gemäß § 2040 Abs. 1 BGB. von sämtlichen Erben über ein Nachlaßgrundstück vorgenommene Verfügung stellt sich in Ansehung jedes einzelnen Miterben als Verfügung über ein Grundstück im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 dar.

2. BayObLG. **13** 287, R. **12** Nr. 1909 (BayObLG.). Der eigenen Verfügung steht die Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten gleich (BayObLG. **3** 141). Hiernach verfügt der Pfleger, der im Namen der Kinder darin willigt, daß deren Vater ein zu dem Gesamtgute gehörendes Grundstück belastet, über dieses Grundstück und bedarf daher zu der Verfügung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die gleichen Grundsätze müssen auch für die Einwilligung zur Eingehung der Verpflichtung zu einer Verfügung über ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück gelten.

3. KGJ. **42** A 215, OLG. **25** 390 (KG.). Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Gegenvormundes) zur Ausstellung der Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs (§ 19 GBO.) hinsichtlich derjenigen Rechte des Mündels, über die er ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Gegenvormundes) nicht verfügen darf.

§ 1822. I. Ziff. 1. Erbteilungsvertrag. 1. KGJ. **42** A 48 (KG.). Unter Erbteilungsvertrag im Sinne des § 1822 Ziff. 2 ist der dingliche Vertrag unter Miterben zu verstehen, durch den die Erbengemeinschaft in Ansehung des ganzen Nachlasses oder eines zum Nachlasse gehörenden Gegenstandes (z. B. durch Abtretung einer Nachlaßhypothek an einen Miterben) aufgehoben wird. Ist die obligatorische Auseinandersetzung genehmigt, so erstreckt sich diese Genehmigung auch auf die zu ihrer Durchführung dienenden dinglichen Verträge.

2. WürttZ. **12** 40 (AG. Stuttgart). Ein Erbteilungsvertrag im Sinne des § 1822 Ziff. 2 liegt auch dann vor, wenn der Nachlaß ausschließlich in barem Gelde besteht und demgemäß die Gemeinschaft nach § 752 BGB. in Natur aufgehoben werden kann, denn auch der bare Nachlaß steht im Gesamthandseigentume der Miterben.

II. Ziff. 2. Ausschlagung der Erbschaft. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 1643 BGB.

III. Ziff. 3. Gesellschaftsvertrag. RJA. **12** 48 (KG.). § 1822 Ziff. 3 trifft den Fall der Änderung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters nicht. Während der Dauer des bestehenden Erwerbsgeschäfts sind nur die unter Ziff. 8—11 des § 1822 bezeichneten Rechtsgeschäfte genehmigungspflichtig.

IV. Ziff. 5. Verpflichtung des Mündels zu wiederkehrenden Leistungen. a) *Zohlen, KGBl. **12** 13 (Zum Begriffe der vormundschaftlichen Genehmigung). Wenn sich der minderjährige Erzeuger eines unehelichen Kindes durch seinen Gewalthaber oder Vormund in vollstreckbarer Urkunde zur Zahlung einer Unterhaltsrente verpflichtet, so handelt es sich nicht um einen Vertragsantrag, mit dessen Ablehnung seine Verpflichtung wieder hinfällig werden würde, sondern um das Anerkenntnis des Bestehens einer Verpflichtung. Vertragsnatur (§ 1822 Ziff. 5) hat dabei nur die nähere Bestimmung der Art und Weise, wie, wann und in welcher Höhe die einmal bestehende Verpflichtung erfüllt werden soll. Das fällt aber aus dem Bereiche der Verträge hinaus, die § 1822 Ziff. 5 im Sinne hat, der Verträge nämlich, durch deren Abschluß die Verpflichtung erst entstehen soll. Ebensowenig handelt es sich in diesem Falle um einen Vergleich (§ 1822 Ziff. 12), vielmehr handelt es sich um die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung oder höchstens bei einer über das gesetzliche Maß (§ 1708) übernommenen Verpflichtung um eine vertragsmäßige Begründung einer Schuld, welche allerdings, soweit sie über dieses Maß hinausgeht, nach § 1822 Ziff. 5 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. **b)** Ebenso Crasemann, FürsZBl. **4** 1, welcher in der Abgabe der die Übernahme der Unterhaltspflicht aussprechenden Erklärung ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. erblickt.

V. Ziff. 8. Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels. 1. **RG.** JW. **12** 590, BayNotZ. **12** 387, R. **12** Nr. 1192. Zwar sind nicht alle Kreditgeschäfte, so nicht der Kauf auf Borg, wohl aber solche, bei denen es sich um die Aufnahme von Geld handelt, genehmigungsbedürftig, nicht nur, wenn dies in der Form des Darlehens geschieht, sondern auch in anderen Formen, z. B. der Eingehung eines Kontokorrentverhältnisses, der Ausstellung eines Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens (§§ 780, 781 BGB.). Ob der Mündel sich zur Zeit der Genehmigung bereits im

Besitze des Geldes befand, ist unerheblich, wenn er es nur im Hinblick auf das vom Vormunde zu genehmigende Kreditgeschäft erhalten hatte.

2. SächsOLG. **34** 155, SächsRpflA. **12** 425 (Dresden). Die dem Vormunde von dem Vormundschaftsgericht erteilte Genehmigung zur Abhebung von Wertpapieren enthält nicht zugleich die Genehmigung zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels und (für diesen Zweck) zur Verpfändung der Wertpapiere.

3. Vgl. auch oben Ziff. 3 zu § 1643 BGB.

VI. Ziff. 10. Übernahme einer fremden Verbindlichkeit. 1. R. **12** Nr. 882 (Colmar). Der Begriff der Übernahme einer fremden Verbindlichkeit erschöpft sich nicht in dem obligatorischen Geschäfte, das die Verpflichtung zur Übernahme begründet, sondern bezieht sich auch auf die dingliche Verfügung, durch die die Übernahme unmittelbar bewirkt wird. Daher bedarf die Veräußerung (oder Verpfändung) des beweglichen Mündelvermögens dann der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn sie zur Befriedigung oder Sicherung einer fremden Schuld geschieht.

2. SächsRpflA. **12** 250 (Dresden). Ein Vertrag, durch den jemand die Verpfändung einer eigenen Sache oder einer eigenen Forderung für fremde Schuld zusagt, bedeutet die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit im Sinne von § 1822 Ziff. 10 (**RG. 63** 22, 76; SeuffA. **63** 235).

3. Vgl. auch oben Ziff. 3 zu § 1643 BGB.

VII. Ziff. 13. Aufhebung oder Minderung einer Sicherheit. Leibfried, WürttZ. **12** 97. Wird namens des Mündels lediglich die Löschung einer Hypothek bewilligt oder nur die Erklärung des Verzichts oder der Aufhebung der Hypothek abgegeben, ohne daß ersichtlich ist, daß die Forderung des Mündels nicht weiter besteht, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1822 Ziff. 13 erforderlich, in allen anderen Fällen (aM Predari 333) nach § 1812 mit der Ausnahme des § 1813 Genehmigung des Gegenvormundes. Ist der Mündel der Schuldner oder der Grundstückseigentümer, so bedarf die Zustimmung des Vormundes zur Löschung der Hypothek in denjenigen Fällen der Genehmigung des Gegenvormundes (§ 1812), in denen eine Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld zugunsten des Mündels entstanden war.

§ 1828. BreslauAK. **12** 33 (LG. I Berlin u. LG. Brieg). Das Vormundschaftsgericht kann seine Genehmigung auch stillschweigend erteilen, z. B. durch Nichtaufnahme einer Verwahrung gegen den Inhalt eines von ihm gemäß § 1714 aufgenommenen Vergleichs oder durch fortgesetzte Überwachung der Innehaltung des Vergleichs.

§ 1829. 1. PosMSchr. **12** 79 (Posen). Hat das Vormundschaftsgericht, ohne eine Abänderung des Vertragsinhalts zu verlangen, lediglich im Interesse des Minderjährigen eine Anweisung bei Zustellung des Genehmigungsbeschlusses erteilt, so ist hierin eine bedingte Genehmigung nicht zu finden. Die Genehmigung wird erst wirksam, wenn sie der Vormund dem Vertragsgegner mitteilt; eine vom Vormundschaftsgericht unmittelbar dem Vertragsgegner mitgeteilte Genehmigung ist unwirksam. Es ist aber zulässig sowohl, daß der gesetzliche Vertreter einen Dritten bevollmächtigt, die Genehmigung dem Vertragsgegner mitzuteilen, als auch, daß der Vertragsgegner für die Empfangnahme der Mitteilung einen Vertreter bestellt.

2. ElsLothNotZ. **12** 254, OLG **26** 116 (Colmar). Die in einer Vertragsurkunde niedergelegte Vereinbarung: „Mit der Anheftung des Genehmigungsbeschlusses an diese Urkunde ist die Mitteilung der Genehmigung als erfolgt anzusehen", genügt nicht zum Beweise, daß gerade der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen die Mitteilung gemacht, also die Genehmigung dadurch nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 in Wirksamkeit gesetzt hat.

§ 1833. 1. **RG.** BayRpflZ. **12** 47. Nach § 1833 hat zwar der Vormund (Pfleger) jede Fahrlässigkeit zu vertreten, das ist eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276). Immerhin ist auch hier darauf Rücksicht zu nehmen, welche Sorgfalt in den Lebenskreisen geübt wird, denen der Vormund angehört, und billigerweise in diesen Kreisen erwartet werden darf. Daher ist kein Verschulden des Pflegers darin gefunden worden, daß er den Mündel nicht in einem Taubstummen- oder Altersheim untergebracht oder nicht durch Erwerb einer Leibrente seine wirtschaftliche Zukunft gesichert hat. Dagegen ist ein Verschulden des Pflegers darin gefunden worden, daß er zu hohe Beträge für den Unterhalt des Mündels aufgewendet und dadurch das Kapital vorzeitig verbraucht hatte, statt durch Auszahlung nur der Zinsen und Dividenden den an sich arbeitsfähigen Pflegling zu eigenem Erwerbe zu zwingen oder das Kapital zur Erlangung einer dauernden, wenn auch bescheidenen Versorgung für den Mündel zu verwenden.

2. **RG.** JW. **12** 67, R. **12** Nr. 72. Nach § 1793 hat der Vormund für das Vermögen des Mündels zu sorgen, und es liegt auf der Hand, daß es vor allem seine Sache ist, für die Erhaltung des Vermögensbestandes Sorge zu tragen. Allerdings ist er nicht gehindert, auch das Interesse der Familie, insbesondere der Kinder seines Mündels (§ 1896) zu berücksichtigen, aber doch nur in zweiter Linie und nur dann, wenn es mit dem des Mündels zu vereinigen ist. Dies ist nicht der Fall, wenn er das Vermögen des entmündigten Mündels (§ 1896) dessen Kindern um deswillen überweist, weil er mit der Möglichkeit rechnet, daß die Entmündigung in absehbarer Zeit aufgehoben werden und dann der Mündel den Rest seines Vermögens durchbringen werde. Denn für diesen Fall Vorsorge zu treffen, ist nicht seines Amtes.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1816. Steht der Zinsgenuß des Mündelvermögens einem Dritten zu, so kann der Mündel den Vormund nicht für den wegen verspäteter Anlage des Kapitals entstandenen Zinsverlust verantwortlich machen.

§ 1836. 1. FrankfRundsch. **46** 11 (KG.) hält an der Auffassung KGJ **29** A 23 — JDR. **4** Ziff. 1 a zu § 1836 — fest, wonach es unzulässig ist, die dem Vormunde für seine Geschäftsführung zugebilligte Vergütung und den Betrag der ihm zu ersetzenden Auslagen in einer Pauschsumme festzusetzen.

2. RJA. **12** 6, OLG. **26** 117 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist berechtigt, dem Vormunde für die nach der Beendigung der Vormundschaft ihm als früherem Vormunde noch obliegenden Verrichtungen (vgl. § 1892) eine Vergütung zu bewilligen.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

Vorbemerkung: Die rechtliche Stellung des Vormundschaftsgerichts wird weiter von Josef und Landsberg erörtert. Auch sonst ist der erstgenannte Schriftsteller zu diesem Unterabschnitte mit mehreren Beiträgen zu nennen. — Über die interessante Frage, welche Stellung das Vormundschaftsgericht gegenüber Ansprüchen, die der Mündel gegen den Vormund — und umgekehrt der Vormund gegen den Mündel — auf Herausgabe von Sachen erhebt, einzunehmen habe, verhalten sich die u. IV zu § 1837 mitgeteilten Entsch. des KG. und OLG. Dresden.

§ 1837. I. Rechtshilfe. A. Bei „Befragungen". ElsLothJZ. **12** 157, R. **12** Nr. 486 (Colmar). Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts, den Vormund zu befragen, ob er mit der Abgabe der Vormundschaft an das Amtsgericht seines jetzigen Wohnorts einverstanden sei, darf nicht abgelehnt werden, denn es handelt sich um eine Angelegenheit, die in den Geschäftskreis des ersuchenden Gerichts gehört, welches allein über die Zweckmäßigkeitsfrage zu befinden hat,

ob es die Zustimmungserklärung des Vormundes durch schriftliche Befragung oder mündliche Anhörung herbeiführen will.

B. Bei Beurkundungen. DJZ. **12** 1472 (KG.). Ersucht das Vormundschaftsgericht ein Amtsgericht, Miterben über ihren Beitritt zur Umschreibung einer dem Mündel testamentarisch zugedachten Nachlaßhypothek auf den Namen des Mündels zu vernehmen, so handelt es sich um die Verwirklichung der Herbeiführung einer zugunsten des Mündels getroffenen letztwilligen Anordnung, zu deren Beurkundung auch das Vormundschaftsgericht selbst verpflichtet gewesen wäre. Deshalb kann auch für die Beurkundung die Hilfe eines anderen Gerichts in Anspruch genommen werden. JW. **10** 717 — JDR. **9** Ziff. V 1 zu § 2 F.G.G. — trifft also nicht zu.

C. Zur Ermittelung des unbekannten Erzeugers eines unehelichen Kindes. a) Die Entsch. des **RG.** JW. **11** 781 — JDR. **10** Ziff. I E a zu § 1837 — und die dadurch bestätigte Entsch. des OLG. Dresden — auch SächsOLG. **33** 89. **b)** Josef, GruchotsBeitr. **56** 758, 768 billigt diese Entscheidung gegen **RG.** (Strafs.) **36** 3: Dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt niemals die Ermittelung eines Sachverhalts ob, der zur Vorbereitung eines Rechtsstreits dienen soll, im Gegenteil ergeben Vorschriften, wie die §§ 485, 488 ZPO., die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der streitigen Gerichtsbarkeit für derartige Feststellungen. Daher kann das Vormundschaftsgericht, dem die Unterstützung des Vormundes bei der Ermittelung und Geltendmachung von Mündelansprüchen, insbesondere des Unterhaltsanspruchs gegen den Erzeuger zusteht, nicht förmliche Beweisaufnahmen zu diesem Behuf anordnen. Es kann daher hierzu auch nicht die Rechtshilfe anderer Gerichte beanspruchen, und dem so zur unzulässigen Beweisaufnahme geladenen Zeugen steht gegen die Ladung die Beschwerde zu. Wohl aber kann zum Zwecke der Beweisaufnahme die Rechtshilfe in Anspruch genommen werden, wenn die Feststellung des Erzeugers zur Vorbereitung einer dem Vormundschaftsgericht obliegenden Entscheidung (z. B. über Bestellung oder Entlassung des Vormundes, über Genehmigung des Alimentenvergleichs) oder unter den Voraussetzungen des § 1846 BGB. erfolgt. — Vgl. auch Josef, ZBlFG. **13** 337.

II. Ordnungsstrafverfahren. 1. Josef, R. **12** 23 — gegen Freymuth, DJZ. **10** 142, JDR. **9** Ziff. III 2 zu § 1837 —. Das Gesetz besagt nicht, daß durch eine während oder gar nach Ablauf der dem Vormunde gesetzten Frist anderweit verursachte Erledigung der Anordnung des Vormundschaftsgerichts oder der ganzen Angelegenheit die Straffestsetzung ausgeschlossen werde. Folglich ist auch der Umstand, daß bei Erlaß der Beschwerdeentscheidung das Amt des Vormundes aufgehört hat, gleichgültig.

2. **a)** KGJ. **41** A 34 (KG.). Hat der Vormund nach Festsetzung, aber vor Einziehung der angedrohten Ordnungsstrafe die Anordnung des Vormundschaftsgerichts befolgt, so muß auf seine Beschwerde die Straffestsetzung des Vormundschaftsgerichts aufgehoben werden, da die Ordnungsstrafe nicht als Sühne für begangenen Ungehorsam, sondern als Zwang zur Beugung des Willens eines ungehorsamen Vormundes gedacht ist. Der abweichenden Ansicht von Nußbaum, BuschsZ. **29** 440 kann nicht beigetreten werden. **b)** Dagegen Josef, FürsZBl. **4** 135. Ist die Straffestsetzung einmal dem Vormunde nach § 16 FGG. bekannt gemacht, so ist dem Staate der Anspruch auf Zahlung der Strafe entstanden, und dieser Anspruch wird durch nachträgliche Ereignisse, wie die Befolgung der Anordnung nicht berührt. Denn die Straffestsetzung ist keine selbständige Vollstreckungsmaßregel, sondern nur die Ausführung der strafandrohenden Verfügung, so daß nunmehr das Rechtswesen der Strafe als bloßes Beugungsmittel nicht mehr in Betracht kommt, wie ja auch nach § 380 ZPO. die Strafe gegen ausgebliebene Zeugen festgesetzt werden muß,

ohne Rücksicht darauf, daß durch nachträgliche Ereignisse die Vernehmung des Zeugen erledigt ist.

III. Rechtliche Stellung des Vormundschaftsgerichts. 1. Josef RheinA. 109 94. Das Vormundschaftsgericht als Verwaltungsbehörde — gegen Landsberg, RheinA. 108 80 — JDR. 9 Ziff. 2 zu §§ 1837 ff. —. Das GVG. regelt nur die Gerichte, die mit der streitigen Gerichtsbarkeit befaßt sind (§ 12); es trifft aber keine Bestimmung darüber, ob diese Gerichte, insoweit ihnen (durch die Landesgesetzgebung, § 4 EGGVG., oder durch die Reichsgesetzgebung, § 1 FGG.) andere Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit, insbesondere der freiwilligen Gerichtsbarkeit übertragen sind, gleichfalls als Gerichte oder ob sie als Verwaltungsbehörden zu gelten haben. Das GVG. läßt diese Frage ungeregelt, spricht also den von ihm eingeführten Gerichten, die durch andere Gesetze z. B. den Namen „Vormundschaftsgericht" erhalten haben, keineswegs die Eigenschaft als Gerichte ab oder die Eigenschaft als Verwaltungsbehörden zu. Wohl aber ist aus den Vorarbeiten zum BGB. und FGG. umgekehrt die Absicht des Gesetzes ersichtlich, daß die Amtsgerichte in ihrer Eigenschaft als Vormundschaftsgerichte nicht Verwaltungsbehörden, sondern ordentliche Gerichte sein sollen. Wo die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts auf Behörden (Art. 147 EGBGB.) übertragen sind, die an sich als Verwaltungsbehörden zu bezeichnen sein möchten, da erledigen diese Behörden die Vormundschaftssachen doch nicht in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsbehörden, sondern sie sind insoweit Behörden der Rechtspflege, und die von ihnen als Vormundschaftsgericht erlassenen Verfügungen sind also nicht Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde (§ 148 ZPO.).

2. Landsberg, DRichterZ. 12 138 verbleibt gegenüber Josef, R. 11 128 bei der Ansicht, daß das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde sei, und ist mit Reichert der Ansicht, daß die Arbeit des Vormundschaftsrichters eine verwaltungsmäßige sei. Dagegen hält er den Vormundschaftsrichter nicht notwendig für einen Verwaltungsbeamten, welcher vielmehr auch da, wo er Verwaltungstätigkeit ausübe, Richter bleibe, bekleidet mit der Unabhängigkeit des Richteramts von jeder bureaukratischen Beeinflussung.

3. Josef, DRichterZ. 12 273 stimmt nunmehr der Ansicht Landsbergs, wonach das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde sei, insofern bei, als das Gesetz dem Vormundschaftsrichter — ganz wie einem Verwaltungsbeamten — frei und unbeschränkt die Ermittelung des Sachverhalts überläßt, ihn also befreit von den zahlreichen beengenden, lästigen Fesseln, denen der Prozeßrichter in solchem Falle unterworfen ist.

IV. Machtbereich des Vormundschaftsgerichts. 1. R. 12 Nr. 3215 (KG.). Eine Klage des Mündels gegen den Vormund, daß dieser ihm aus seinem (des Mündels) Vermögen soviel herausgebe, daß er, der Mündel, damit seinen Unterhalt bestreiten könne, ist unzulässig, daher auch die Bestellung eines Pflegers für diese Klage nicht möglich. Vielmehr muß der Mündel sich an das Vormundschaftsgericht wenden und bei diesem entweder eine Anweisung an den Vormund, einem etwa berechtigten Begehren des Mündels stattzugeben, oder die Entlassung des pflichtwidrig handelnden Vormundes anregen.

2. SeuffA. 67 237 (Dresden). Der Fall, daß dem Mündel zu seiner Vertretung in einem zwischen ihm und dem Vormund anhängig zu machenden Prozeß ein Pfleger zu bestellen ist, kann nur eintreten, wenn beide in einer Rechtsangelegenheit sich als Parteien gegenüberstehen. Dies ist nicht der Fall, wenn der wegen Geistesschwäche Entmündigte sich weigert, die in seinem Besitze befindlichen Wertgegenstände dem Vormunde herauszugeben. Die Verwaltung des Mündelvermögens ist eine Angelegenheit, die lediglich den Mündel angeht, die

aber für ihn der Vormund kraft Gesetzes zu besorgen hat. Um einen Widerstreit der Interessen des Vormundes und des Mündels handelt es sich dabei nicht. Der Vormund verlangt die Herausgabe nicht im eigenen Interesse, sondern in dem des zur Verwaltung unfähigen Mündels; er steht dem Mündel dabei nicht als Partei, sondern als dessen Gewalthaber gegenüber. — Der Vormund kann jedoch die ihm nach § 1793 obliegende Verpflichtung zur Sorge für das Vermögen des Mündels nur erfüllen, wenn ihm der Mündel die zu dem Vermögen gehörenden Sachen herausgibt. Verweigert daher der Mündel die Herausgabe, so hat das Vormundschaftsgericht mit den ihm nach § 1837 zu Gebote stehenden Mitteln einzugreifen, um den Widerstand des Mündels zu brechen und so für die Durchführung der Vormundschaft zu sorgen. Zu diesem Zwecke hat es (nach §§ 11, 12 SächsAGFGG.) auf Antrag des Vormundes die Wegnahme der Sachen anzuordnen, dagegen kann die Leistung des Offenbarungseids (§ 12 Abs. 3 aaO.) von dem wegen Geistesschwäche entmündigten Mündel nicht verlangt werden.

§ 1839. *Veith, ZBlFG. **12** 517—527. Ist der Mündel Fürsorgezögling, so braucht das Vormundschaftsgericht Erziehungsberichte nicht zu erfordern, der Vormund solche nicht zu erstatten, gleichgültig, ob Anstalts- oder sonstige Vormundschaft besteht. Der Kommunalverband hat das Recht, selbständig die Erziehung der Fürsorgezöglinge zu leiten und ist hierbei nicht von dem Vormundschaftsgerichte, sondern von den ihm übergeordneten Instanzen zu kontrollieren. Dagegen muß der Kommunalverband dem Vormundschaftsgerichte jederzeit Auskunft darüber geben, wo sich der Mündel aufhält.

§ 1843. **RG.** R. **12** Nr. 1817. Die vor dem Vormundschaftsrichter abgegebene allgemeine Entlastungserklärung hat nicht nur tatsächliche Bedeutung, sondern schließt das Anerkenntnis in sich, daß weitere Ansprüche des Mündels aus der vormundschaftlichen Verwaltung nicht bestehen, und bewirkt daher für den Fall des Bestehens ein Erlöschen dieser Ansprüche nach § 397 Abs. 2 BGB.

§ 1847. BayObLG. **13** 186. Vor der Entscheidung darüber, ob die Einwilligung zur Eheschließung des Mündels nach § 1304 ersetzt werden soll, hat das Gericht auch ohne Antrag Verwandte oder Verschwägerte des Mündels zu hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung geschehen kann. Über die Zahl der zu hörenden Personen, die Art und den Gegenstand der Anhörung entscheidet das Ermessen des Gerichts. Die Anhörung kann auch darin gefunden werden, daß das Gericht bei seiner Entscheidung schriftliche Erklärungen und Äußerungen der Verwandten, die ihm vorgelegt worden sind, berücksichtigt hat.

§ 1848. **RG.** R. **12** Nr. 3363. Der Vormundschaftsrichter, der wegen nachlässiger Beaufsichtigung der Vormundschaft in Anspruch genommen ist, hat einen Ersatzanspruch gegen den Vormund, der die Vormundschaft schuldhaft nachlässig geführt hat.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

Literatur: Pfister, Der Waisenrat. München 1912.

§§ 1849—1851. 1. Sommer, RheinARV. **30** 151 macht Vorschläge über eine zweckmäßige Ausgestaltung der von dem Vormundschaftsrichter angesetzten Waisenratssitzungen, insbesondere über die Zeit der Einberufung, die Zahl der jährlichen Sitzungen, die Dauer der einzelnen Sitzung, die Tagesordnung, den Gang und die Leitung der Verhandlung.

2. R. **12** 676 (PrOVG.). Die Waisenräte sind Organe der Gemeindeverwaltung, sie bekleiden ein unbesoldetes Amt in der Verwaltung

der Gemeinde (vgl. RG. R. **08** Nr. 209). Nur die Führung besoldeter Gemeindeämter schließt aber von der Zugehörigkeit zur Gemeindevertretung aus (vgl. § 51 RheinGemeindeO. vom 23. Juli 1845).

3. Horn ZBlFG. **13** 445 — gegen Petersen FürsZBl. **3** 91. — Der Gemeindewaisenrat übt eine Aufsicht über zuziehende minderjährige Ausländer oder hier geborene uneheliche Kinder von Ausländern in Unterstützung des Vormundschaftsgerichts aus entweder, wenn das Vormundschaftsgericht die Vormundschaft aus dem Gesichtspunkte des Art. 23 Abs. 1 EGBGB. angeordnet hat, oder auf Grund einer vorläufigen, vom Vormundschaftsgericht ausdrücklich angeordneten Maßregel (Art. 23 Abs. 2 EG.).

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1884. Abs. 2. S. zu § 18. *Meyer, Rechtsschein des Todes 22 f.

§ 1885. Abs. 2. *Meyer, Rechtsschein des Todes 22 f. Keine Rechtsscheinwirkung; daher kein Wiederaufleben bei Aufhebung der Todeserklärung. S. oben zu § 18.

§ 1892. Josef, GruchotsBeitr. **56** 758 (Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um die Entlastung des Vormundes). Der § 1892 Abs. 2 Satz 2, wonach das Anerkenntnis des Mündels über die Richtigkeit der Schlußrechnung zu beurkunden ist, hat ein Anerkenntnis in rechnerischer Beziehung oder ein solches über die vom Vormunde gemachten tatsächlichen Angaben nicht im Auge. In Frage kommt hierbei vielmehr nur, ob die Angaben des Vormundes über den Stand und die Wandelungen des Mündelvermögens (vgl. Höniger, DNotV. **7** 674) eine pflichtmäßige Vormundschaftsführung ergeben. Dies behauptet der Vormund stillschweigend durch Einreichung der Schlußrechnung, und die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bezweckt gerade die gütliche Beilegung der hierüber etwa bestehenden Streitigkeiten. Danach enthält die Anerkennung der Richtigkeit der Schlußrechnung seitens des Mündels dessen Erklärung, die Vormundschaft sei gewissenhaft geführt, d. h. die Entlastung des Vormundes. Folglich braucht der Mündel eine besondere Entlastungserklärung nicht abzugeben; das Vormundschaftsgericht kann aber vom ersuchten Gerichte die Beurkundung einer ausdrücklichen Erklärung dieses Inhalts verlangen, weil eine solche Beurkundung nur eine Verdeutlichung der Richtigkeit der Schlußrechnung ist (vgl. OLG. **21** 191 [Darmstadt], BadRpr. **10** 198 [Karlsruhe]; aM. OLG. **1** 313 [Rostock], SchlHolstAnz. **06** 348 [Kiel]). Danach macht der Vormund durch die Einreichung der Schlußrechnung zugleich stillschweigend dem Mündel den Antrag, ihm Entlastung zu erteilen; durch die Anerkennung der Rechnung kommt der Entlastungsvertrag gemäß § 151 BGB. zustande, da nach der Verkehrssitte der Mündel die Annahme des Antrags dem Vormunde nicht zu erklären braucht, dieser sie auch gar nicht erwartet. — Daß der Mündel das Vormundschaftsgericht zu entlasten habe, schreibt das Gesetz nicht vor; danach liegt dem Richter eine Amtspflicht zu dieser Beurkundung nicht ob und er kann folglich zu deren Erwirkung nicht die Rechtshilfe in Anspruch nehmen. Eine solche Amtspflicht kann auch nicht durch Landesrecht, wie es z. B. in Bayern durch JMBek. vom 19. Januar 1900 geschehen ist, vorgeschrieben werden, da der Richter durch die §§ 171, 6 FGG. von der Beurkundung ausgeschlossen ist.

§ 1893. RG. (Strafs.) **45** 434, JW. **12** 978. Bis zur Kenntnis des Vormundes von der Beendigung der Vormundschaft gilt das Rechtsverhältnis der Vormundschaft als fortbestehend. Für die Zeit nach der Erlangung der Kenntnis besteht aber keine den §§ 171—173 BGB. entsprechende Bestimmung.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1896. Hacker, DJZ. 12 686. Die §§ 1626, 1773, 1896 BGB., nach denen die Entmündigung nur bei Volljährigen einen Grund für die Bestellung eines Vormundes abgibt, stehen der Zulässigkeit, einen Minderjährigen zu entmündigen, nicht entgegen, ergeben vielmehr nur, daß der entmündigte Minderjährige unter elterlicher Gewalt (oder Altersvormundschaft) verbleibt. Beim Eintritte seiner Volljährigkeit ist ihm dann ein Vormund (oder ein neuer Vormund) nach § 1896 zu bestellen.

§ 1897. Vgl. oben Ziff. 2 zu § 1833 (Verantwortlichkeit des Vormundes für die Erhaltung des Mündelvermögens).

§§ 1899, 1900. HansGZ. 12 Beibl. 143 (Hamburg). Das Recht der Mutter zur Vormundschaft über ihren geisteskranken volljährigen Sohn hängt nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, ab von der Richtigkeit seiner Ehe, sondern von der dem Vormundschaftsgerichte kraft § 1900 Abs. 2 zustehenden Befugnis, die Ehefrau des Sohnes zu seinem Vormunde zu bestellen. Insofern ist das Recht der Mutter von der Nichtigkeit der Ehe des Sohnes abhängig, und dieses Abhängigkeitsverhältnis wird nicht etwa dadurch beseitigt, daß das Vormundschaftsgericht befugt wäre, die Ehefrau des Sohnes, einerlei ob als solche oder nicht, zur Vormünderin zu bestellen, wenn es gemäß §§ 1778, 1897 es für richtig hielte, die Mutter zu übergehen.

§ 1906. R. 12 Nr. 3247, 3250 (KG.). Die Mutter hat zwar (vgl. § 60 Ziff. 5 FGG.) kein Beschwerderecht gegen die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft über ihre volljährige Tochter, wohl aber gegen die Ablehnung ihres auf Aufhebung der vorläufigen Vormundschaft gerichteten Antrags (§ 57 Abs. 1 Ziff. 3 FGG.).

Dritter Titel Pflegschaft.

§ 1909. 1. Josef, DJZ. 12 1179 — gegen OLG. 24 21 (KG.) — JDR. 10 Ziff. 1 zu § 1909. Will die Mutter eines von ihr als Witwe binnen 302 Tagen nach dem Tode ihres Mannes geborenen Kindes gegen den angeblichen außerehelichen Erzeuger des Kindes klagbar werden, so ist sie zur Vertretung des Kindes in dem Rechtsstreite kraft ihrer elterlichen Gewalt befugt. Denn da nach dem Tode ihres Ehemanns die Unehelichkeit des Kindes nicht mehr mit Wirkung für und gegen alle (§ 643 ZPO.) festgestellt, sondern nur noch im einzelnen Falle in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis geltend gemacht werden kann, so vertritt sie das Kind auch bei Erhebung des Unterhaltsanspruchs gegen den Erzeuger, obwohl sie hier die Ehelichkeit des Kindes als Voraussetzung ihrer Vertretungsbefugnis und zugleich die Unehelichkeit als Grundlage des erhobenen Anspruchs behauptet. Eine contradictio in rubro liegt nicht vor: Mit der Erhebung der Unterhaltsklage behauptet die Mutter nicht, daß das Kind ehelich sei, sondern sie erkennt nur an, daß es vor dem Gesetz als ehelich gelte und ihr daher die elterliche Gewalt zustehe. Der Bestellung eines Pflegers für das Kind bedarf es deshalb nicht.

2. Lutz, BadNotZ. 12 35. Die Bestellung eines Pflegers zur Geltendmachung der Unehelichkeit eines Kindes auf Betreiben seiner Mutter ist während des Bestehens ihrer Ehe nicht angängig; ein hierauf gerichteter Antrag ist zurückzuweisen. Nach Auflösung der Ehe kann einem entsprechend gestellten Antrag entsprochen werden.

3. Aus der Rechtsprechung. a) Die Entsch. des KG. — JDR. 10 Ziff. 1 zu § 1909 — auch KGJ. 42 A 15. b) HansGZ. 12 Beibl. 275 (Hamburg). Das Vormundschaftsgericht hat allerdings bei Einsetzung einer Pflegschaft nach § 1909 Abs. 1 auch die Gültigkeit der die Verwaltung des Vaters ausschließenden Verfügung von Todes wegen zu prüfen und die Einsetzung der Pflegschaft abzulehnen,

wenn die Verfügung offenbar (z. B. wegen Formmangels) nichtig ist, nicht aber schon dann, wenn der Fall Anlaß zu Zweifeln gibt. Vgl. auch unter Ziff. II zu § 2271. c) Vgl. auch oben, Ziff. 2 zu § 1821 und Ziff. IV 1 u. 2 zu § 1837.

§ 1912. 1. Die Entsch. BayObLG. **12** 534 — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 1912 — auch SeuffA. **67** 154.

2. R. **12** Nr. 2558 (Jena). Schuldner der Gerichtskosten eines Arrestverfahrens, das der Pfleger einer Leibesfrucht zur Sicherstellung der künftigen Unterhaltsansprüche des Kindes erfolglos beantragt hat, ist nicht der Pfleger persönlich, sondern, wenn das Kind lebend geboren ist, dieses, sonst niemand.

§ 1913. OLG. **24** 246 (KG. 22. Zivils.). Ist in einem Testament eine Familienstiftung, die nach dem Tode des Erblassers ins Leben treten soll, errichtet und mit einzelnen Gegenständen bedacht worden, so muß ihr mit Rücksicht auf dies Vermächtnis zum Schutze ihrer Interessen fingierte Rechtspersönlichkeit beigelegt werden, ebenso wie eine solche den mit einem Vermächtnisse bedachten, noch unerzeugten Nachkommen einer bestimmten Person zuerkannt wird (**RG. 65** 281). Über die Stiftung als künftige juristische Person kann eine Pflegschaft eingeleitet werden; darüber, ob ein Fürsorgebedürfnis vorhanden sei, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu befinden. Eine Nachprüfung durch das Prozeßgericht ist unzulässig.

§ 1915. 1. KGJ. **41** A 38 (KG.). Der Geschäftskreis des Pflegers bestimmt sich ausschließlich nach der über seine Verpflich ung aufgenommenen Verhandlung, auch wenn sein Geschäftskreis in der Bestallung anders beschrieben ist (vgl. **RG. 74** 263).

2. BayObLG. **13** 424. Das Vormundschaftsgericht soll vor der Entscheidung über die Auseinandersetzung des Mündels mit seinen Miterben auch ohne Antrag des Pflegers Verwandte oder Verschwägerte des Mündels nach § 1847 hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne erhebliche Kosten geschehen kann.

3. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1821.

§ 1918. John, DJZ. **12** 1178. Wird zum Abschluß eines Erbteilungsvertrags den Minderjährigen ein Pfleger bestellt, so endet mit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Rezesses regelmäßig die Pflegschaft. Einer weiteren Beaufsichtigung der Verwaltung des elterlichen Gewalthabers bedarf es regelmäßig nicht.

§ 1919. *Fraeb, ZBlFG. **13** 293/294. Die Nachlaßpflegschaft endigt nicht schon mit der Ermittelung der Erben oder mit der Annahme der Erbschaft durch diese, sondern erst durch nachlaßgerichtliche Aufhebung. Das Nachlaßgericht hat stets im Auge zu behalten, ob die Voraussetzungen seiner Amtstätigkeit weggefallen, d. h. ob die Erben oder einige ermittelt sind. Die Aufhebungsverfügung ist sämtlichen Personen, die den Einleitungsantrag gestellt haben, bekannt zu geben.

§ 1921. Abs. 3. *Meyer s. zu § 1885 Abs. 2.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: Kommentar: Leonhard, Erbrecht 2. Aufl. (1. Aufl. von Frommhold). Berlin 1912. Teil des Kommentars zum BGB. und seinen Nebengesetzen, herausgegeben von Hölder u. a. — Lehrbücher u. a.: Bernhöft, Das Erbrecht auf Grund des neuen bürgerlichen Rechtes. Stuttgart 1912. — Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes, 5. (Schluß-) Band. Erbrecht. Tübingen 1912. — Märcker (herausgegeben von Köhne u. Feist) s. b. Vormundschaftsrecht. — Haidlen u. Mayer, Das Nachlaßgericht nach Reichsrecht und württ. Landesrecht. Stuttgart 1912. — Rabel, Streifgänge im schweizerischen Zivilgesetzbuch. VIII. Abschnitt (183 ff.). Allgemeines aus dem Erbrechte, RheinZ. 4 136. — Weißler, Rechtsprechung in Nachlaßsachen, DNotV. **12** 86, 793.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

Vorbemerkung: Auf die bemerkenswerten Entsch. des LG. II Berlin und des RG. (Ziff. 2 zu § 1922), in denen versucht wird, für das Recht der Hinterbliebenen zur Bestimmung über den Leichnam des Erblassers bestimmte Rechtsgrundsätze aufzustellen, wird hingewiesen.

§§ 1922 ff. Bamberger, RuW. **1** 445 befürwortet im Anschluß an seine früheren Schriften — Erbrechtsreform (JDR. **6** zu §§ 1922 ff.); für das Erbrecht des Reiches, Verlag der Grenzboten 1912 — wiederholt eine Änderung des BGB. im Sinne der Beschränkung des gesetzlichen Erbrechts auf die Kinder, Eltern und Geschwister und den Ehegatten zugunsten des Erbrechts des Reiches, unter Einräumung eines Vorzugsrechts für die Geschwisterkinder in Ansehung des Erwerbes landwirtschaftlicher Nachlaßgrundstücke innerhalb bestimmter Frist.

§ 1922. 1. Erbanfall. BayNotZ. **12** 240 (Mitteilung einer Beschwerdeentscheidung durch Klein). Hat der Erblasser einen Erbteil seiner Tochter als Vorbehaltsgut erklärt, so fällt dieser Erbteil ohne weiteres und nicht erst mit der Auseinandersetzung der Tochter als Vorbehaltsgut zu.

2. Recht zur Bestimmung über den Leichnam des Erblassers. a) BayRpflZ. **12** 16 (LG. II Berlin), mitgeteilt und besprochen von Pfäfflin. Der menschliche Leichnam ist dem Verkehr entzogen, und die Begriffe des Eigentums und des Erbrechts sind auf ihn unanwendbar (**RG.** DJZ. **04** 266). Es geht nicht an, mit Planck den Miterben als den nach § 1968 zur standesmäßigen Beerdigung Verpflichteten ein gemeinsames Mitbestimmungsrecht einzuräumen (OLG. **14** 248). Denn § 1968 beschäftigt sich nur mit der Frage, wer in vermögensrechtlicher Beziehung für die standesmäßige Beerdigung zu sorgen hat, ohne bestimmen zu wollen, wem die Entscheidung über die Art und den Ort der Bestattung zusteht. Ebensowenig läßt sich den Erben als solchen ein Verfügungsrecht über den Leichnam auf Grund des § 1922 zusprechen, da es begrifflich unmöglich ist, daß der Körper des Verstorbenen mit seinem Tode Bestandteil seines Vermögens wird. Es kann daher den Hinterbliebenen nur ein auf Sitte und Herkommen beruhendes Recht zugesprochen werden, über die Beerdigung Bestimmung zu treffen (Schönfeld, DJZ. **05** 103). Den Hinterbliebenen liegt es hiernach ob, eine Einigung über die Beisetzung herbeizuführen, und wenn eine solche nicht erzielt worden ist, muß geprüft werden, ob der Verstorbene an einer nicht angemessenen Stätte beerdigt ist. Dabei ist darauf Rücksicht zu nehmen, was in den Kreisen der Standesgenossen, denen der Verstorbene angehörte, angemessen ist. Eine andere Art der Bestattung kann jedoch dann nicht verlangt werden, wenn sie eine Störung der nach den Sitten der Kulturvölker geforderten Ruhe des Toten und der Friedhöfe bedeuten würde, falls nur die Ruhestätte des Toten angemessen ist. **b)** Pfäfflin aaO. billigt diese Entscheidung, nur lehnt er die weiter vom LG. ausgesprochene Ansicht ab, welche der Mutter ein Verfügungsrecht über die Art und den Ort der Beisetzung des Kindes deshalb einräumt, weil ihr die Sorge für die Person des Kindes zugestanden habe. **c) RG.** JW. **12** 540, WarnE. **5** 242, DJZ. **12** 634, GruchotsBeitr. **56** 1007, R. **12** Nr. 1193, SeuffA. **68** 106 läßt es dahingestellt, ob es sich unter der Herrschaft des BGB. sagen läßt, der Leichnam des Menschen sei eine dem Verkehr entzogene Sache. Jedenfalls besteht kein dingliches Recht der Familie an dem Leichnam eines Angehörigen, und es stehen auch keine persönlichen Rechte zur Verfügung über die Leiche, sei es den Hinterbliebenen gegenüber der nicht mehr existierenden Person oder den Familienangehörigen gegenüber den Nichtangehörigen zu. Das BGB. trifft Bestimmung

darüber, wer die Kosten einer Beerdigung zu tragen habe (§§ 1968, 1360 Abs. 3, 1615 Abs. 2). Es liegt nahe, anzunehmen, daß, wer die Kosten der Beerdigung zu tragen hat, auch den Ort und die Art der Beerdigung zu bestimmen hat. Hat aber der Erblasser selbst Bestimmungen über die Art der Bestattung seines Körpers getroffen, so sind diese an erster Stelle maßgebend (vgl. § 2225 der RT.-Vorlage).

§ 1932. HansGZ. **12** Beibl. 269 (272). (Hamburg.) Auf den Voraus des § 1932 erstreckt sich die Auseinandersetzung nicht, da in bezug auf ihn kein Gesamthandverhältnis entstanden ist.

§ 1937. 1. KGJ. **41** A 162. Ein Gutsüberlassungsvertrag enthält dann eine versteckte Verfügung von Todes wegen, wenn vereinbart ist, daß das Eigentum an dem Grundstücke mit dem Tode des Überlassenden ohne Auflassung auf den Gutsübernehmer übergehen soll.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1884. Eine der Formvorschrift eines eigenhändigen Testaments entsprechende Urkunde des Inhalts „Schenkung. Da ich mich verpflichtete, meine Schwester zeitlebens zu unterstützen, so habe ich meine Hypothekenforderung gegen X. an meine genannte Schwester übertragen“, kann als letztwillige Verfügung gelten, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser bei Kenntnis der Nichtigkeit der gewollten Schenkung unter Lebenden seine Erklärung als letztwillige Verfügung gewollt hätte.

§ 1938. **RG.** R. **12** Nr. 607. Mit der Zuwendung des Pflichtteils kann die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge gemeint sein. Ist es doch gerade die Ausschließung von der Erbfolge, die nach der Regel des § 2303 den Pflichtteilsanspruch des ausgeschlossenen Abkömmlinges zur Entstehung bringt. Keinesfalls ist mit der Zuwendung des Pflichtteils und eines Vermächtnisses an einen Abkömmling der Wille des Erblassers, ihn gemäß § 1938 von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen, unvereinbar.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung: Das KG. hat sich (Ziff. 1 zu § 1949) eingehend über die Bedeutung des den Beginn der Ausschlagungsfrist ausschließenden Irrtums des zur Erbschaft Berufenen ausgesprochen und dabei einen Irrtum über das dem überlebenden Ehegatten nach den landesgesetzlichen Übergangsbestimmungen zustehende Wahlrecht als für den Beginn der im BGB. vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist unerheblich bezeichnet. Wegen der Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist hat sich das OLG. Posen (zu § 1956) auf einen vom **RG. 58** 81 abweichenden Standpunkt gestellt.

§ 1942. 1. Müller, PrVerwBl. **12** 654. Ist ein Landkreis zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht, so liegt die Entschließung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft in Preußen dem Kreistag ob (§ 115 KreisO.). Zur Erklärung der Annahme oder Ausschlagung ist dagegen der Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses berufen (§§ 130, 76 KreisO.). Beträgt der Wert der Zuwendung mehr als 5000 M., so muß Kgl. Genehmigung eingeholt werden (Art. 6 § 1 PrAGBGB.).

2. SchlHolstAnz. **12** 159 (Kiel). Die Pfändung des dem Schuldner zustehenden Erbanspruchs ist auch zulässig, wenn die Erbschaft noch nicht angenommen ist und die Ausschlagungsfrist noch läuft.

§§ 1942, 1958. Reichel, DJZ. **12** 914, billigt eine Entsch. des Obergerichts Zürich, welche im Nachlaßkonkurse den „vorläufigen“ Erben (§ 1942) zum Abschluß eines Zwangsvergleichs für legitimiert

erachtet, da die Anregung zum Zwangsvergleiche Verwaltungs-, nicht Aneignungshandlung sei, somit nicht notwendig eine pro herede gestio in sich zu schließen brauche. Ein Gegengrund aus § 1958 wird für unzutreffend erachtet, da § 216 KO. als lex specialis vorgehe. Erfolgt später die Ausschlagung, so treffen die Verpflichtungen aus dem Zwangsvergleiche den (annehmenden) Nachberufenen (§ 1958 Abs. 2), unbeschadet der Vorschriften über die beschränkte Haftung.

§ 1943. RG. BayRpflZ. **12** 438, DJZ. **12** 1185. Für die Beurteilung der Frage, ob der Erbe durch Vornahme erbschaftlicher Geschäfte das Ausschlagungsrecht verloren habe, kommt es regelmäßig darauf an, ob aus seinem Verhalten sein Wille, Erbe zu sein, d. h. die Erbschaft nicht nur zu verwalten, sondern auch zu behalten, gefolgert werden könne. Wenn auch regelmäßig in der Verwendung von Nachlaßmitteln der Wille des Berufenen, Erbe zu sein, zu finden sein wird (vgl. DJZ. **09** 1329), so kann er doch auch im gegebenen Falle fehlen. Vgl. auch zu § 2339.

§ 1944. SchlHolstAnz. **12** 307 (LG. Kiel). Die Frist zur Ausschlagung der Erbschaft wird in ihrem Laufe nicht dadurch gehemmt, daß eine Gemeinde zur Erbin eingesetzt ist und erst die Entschließung der Aufsichtsbehörde abzuwarten hat; die §§ 203, 206 BGB. treffen nicht zu.

§ 1949. 1. KGJ. **41** A 55, SchlHolstAnz. **12** 225 Irrt der Erbe darüber, ob seine Berufung unmittelbar auf dem Gesetz oder auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, so schließt dieser Irrtum den Beginn der Ausschlagungsfrist aus, auch wenn er in Rechtsunkenntnis des Berufenen seine Ursache hat (KGJ. **34** A 79, JDR. **6** zu § 1944). Zweifelhaft ist es, ob eine nähere und richtige Vorstellung von dem Inhalt und der juristischen Natur der dem Berufenen kraft Gesetzes angefallenen Rechte für den Beginn der Ausschlagungsfrist erforderlich sei oder nicht. Wenn z. B. der Ehegatte irrtümlich glaubte, daß ihm kraft Gesetzes nur der „Voraus" (§ 1932) oder das Recht auf den „Dreißigsten" (§ 1969) zustehe, so würde der Beginn der Ausschlagungsfrist bis zur Behebung dieses Rechtsirrtums unbedenklich ausgeschlossen sein. Wenn jedoch, falls nach dem Übergangsrechte die Berufung des überlebenden Ehegatten sich auf die mit dem bisherigen Güterstande verbundenen erbrechtlichen Wirkungen gründet und der überlebende Ehegatte diese Wirkungen (z. B. nach Art. 46 § 3 PrAGBGB.) nur durch Ausschlagung der Erbschaft beseitigen kann, so gelten für den Beginn der Ausschlagungsfrist nur die aus den allgemeinen Vorschriften des BGB. sich ergebenden Erfordernisse; denn es handelt sich dabei um die „im BGB. vorgeschriebene" Ausschlagungsfrist. Deshalb ist für den Beginn der Frist die Kenntnis von dem Bestehen des Wahlrechts nicht erforderlich. Ohne frist- und formgerechte Ausübung dieses Wahlrechts kann der überlebende Ehegatte das gesetzliche Erbrecht nach dem BGB. nicht für sich in Anspruch nehmen, auch soweit es ihm günstiger ist. Die Rechte, die nach jütischem Low der überlebenden Ehefrau bei beerbter Ehe am Vermögen ihres Mannes zustehen, sind erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes.

2. *Ebbecke, R. **11** 751 f. Zur Erbschaftsannahme ist (ähnlich, wie zur Annahme eines Angebots die Kenntnis desselben) die Kenntnis des Berufungsgrundes erforderlich. Nicht der Irrtum ist es, der die Erbschaftsannahme ungültig macht, sondern die mangelnde Kenntnis. Es ist daher unrichtig, die Vorschrift des § 1949 Abs. 1 dahin aufzufassen, daß ausnahmsweise der Irrtum im Beweggrunde hier Beachtung fände.

§ 1952. *Meyer, Rechtsschein des Todes 60. Die Ausschlagung durch den Scheinerben des für tot erklärten Erben ist auch bei Auf-

hebung der Todeserklärung oder bei Rückkehr des Verschollenen gültig. S. oben zu § 18.

§ 1953. Kipp, JW. **12** 11 (gegen Hellwig, Festschrift für Martitz 157 ff. und „Gläubigernot" [Heymann 1912] 169). Die Anfechtbarkeit der Erbschaftsausschlagung ist zwar nicht aus konstruktiven Gründen, aber um deswillen abzulehnen, weil nach dem Grundgedanken des Gesetzes ein Schuldner sich unbekümmert um seine Gläubiger über die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft soll entscheiden können.

§ 1956. PosMSchr. **12** 59 (Posen). Ist die Ausschlagungserklärung eines Vormundes unwirksam, weil er innerhalb der Ausschlagungsfrist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht beigebracht hat, hat der Vormund aber geglaubt, die Ausschlagung wirksam erklärt zu haben, so kann der Mündel diese Versäumung auf Grund des § 1956 wirksam anfechten, da zur Anfechtung nicht erforderlich ist, daß die Frist wissentlich versäumt wurde, sondern es genügt, daß der Vormund bei Kenntnis der richtigen Sachlage die Frist nicht hätte verstreichen lassen. Dagegen **RG. 58** 81, JDR. **3** zu § 1956.

§ 1958. **RG. 79** 201, JW. **12** 691, R. **12** Nr. 1637. Der Erbe, dem noch die Ausschlagungsfrist läuft, gerät nicht schon dadurch in Leistungsverzug, daß er eine ihm gegenüber außergerichtlich geltend gemachte Forderung eines Nachlaßgläubigers unbefriedigt läßt. Vor Annahme der Erbschaft fehlt es, sofern nicht ein Nachlaßpfleger bestellt ist, an einer zur Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten berufenen Person. Vgl. auch unten zu §§ 2014, 2015.

§ 1960. I. Über die Rechtsstellung des Nachlaßpflegers s. *Fraeb, ZBlFG. **13** 291—293. Der Nachlaßpfleger hat die Erben zu ermitteln; er ist gesetzlicher Vertreter einer ideellen Person und verpflichtet, die Person des als Erben Berufenen zu ermitteln, ihn vom Anfalle der Erbschaft und dem Grunde der Berufung zu benachrichtigen, dem Nachlaßgerichte hierüber zu berichten und den Erben in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung in der Nachlaßverwaltung zu vertreten. Er hat aber nicht die Teilung unter den Erben vorzunehmen, sondern den Nachlaß entweder den Erben gemeinschaftlich oder einem gemeinschaftlichen Bevollmächtigten auszuantworten, anderenfalls die Nachlaßgegenstände zu hinterlegen. Insbesondere hat er nicht Streitigkeiten über das Erbrecht auszufechten, sondern diese den Erben selbst zu überlassen. Auch einen Teilungsplan hat er nicht aufzustellen. Er kann aber einen Erbschein erwirken (292 Anm. 55). Zweifellos hat er bei Streit von Erbprätendenten abzuwarten, bis dieser ausgetragen ist und ihm klare Erbverhältnisse einwandfrei dargetan sind. Weder darf er die Anfechtung des Testaments durch die bekannten Erben, noch die Berufung der Testamentserben auf das Testament gegen die Intestaterben begünstigen. Der Nachlaßpfleger, der den nicht hinterlegbaren Nachlaß in Händen hat, kann nicht gleichzeitig die Funktionen des nicht von allen Erbprätendenten anerkannten Testamentsvollstreckers übernehmen, weil er sich entgegen seiner amtlichen Stellung und als Vertreter der ideellen Person des wahren Erben in den Erbschaftsstreit mischen müßte.

II. Voraussetzung der Nachlaßpflegschaft. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. II 2 zu § 1960 — auch RJA. **11** 178, KGJ. **41** A 94.

2. OLG. **25** 399, ElsLothNotZ. **12** 163 (Colmar). Die Anordnung der Nachlaßpflegschaft ist in Ermangelung des Bedürfnisses einer Nachlaßsicherung unzulässig, sofern Testamentsvollstrecker vorhanden sind, wenn auch bezüglich der Gültigkeit verschiedener Testamente des Erblassers Streit unter den Begünstigten besteht.

III. Vergütung des Nachlaßpflegers. SächsOLG. **33** 324. Der nach §§ 1960, 1961 bestellte Nachlaßpfleger kann eine Vergütung für seine Mühe-

waltung nur verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 1836 Abs. 1 Satz 2 vorliegen. § 1987 findet nicht entsprechende Anwendung.

IV. Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses. BadNotZ. **12** 125 (Karlsruhe). Der gesetzlich berufene, aber durch eigenhändiges Testament von der Erbschaft ausgeschlossene Erbe ist nicht befugt, auf Grund des § 1960 die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses oder die gerichtliche Erbauseinandersetzung zu beantragen, auch wenn er geltend macht, daß das eigenhändige Testament formungültig sei.

V. Aufhebung der Nachlaßpflegschaft. Vgl. u. zu § 2073.

§ 1961. Josef, BayRpflZ. **12** 396. Auch im Falle des § 1961 ist zur Anordnung der Nachlaßpflegschaft das im § 74 FGG. bestimmte Amtsgericht zuständig. AM. OLG. 2 474 (Rostock).

§ 1962. KGJ. **42** A 215. Der Nachlaßpfleger bedarf in den Fällen des § 1812 der Genehmigung des Nachlaßgerichts, wenn ein Gegenpfleger nicht bestellt ist.

§ 1964. Abs. 2. 1. Kuttner, JheringsJ. **61** 109 f. § 891 BGB. Ziff. I und § 292 ZPO.

2. RJA. **11** 269, R. **12** Nr. 2712 (KG.). Hat das Gericht die Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei, mit der Begründung abgelehnt, daß ein Dritter als Erbe anzusehen sei, so hat dagegen der Dritte kein Beschwerderecht, selbst wenn seine Erbeneigenschaft damit begründet worden ist, daß er die Ausschlagung der Erbschaft zu spät erklärt habe.

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Zu der bekannten Streitfrage, ob durch die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden aus den §§ 2014, 2015 der Eintritt der Verzugsfolgen ausgeschlossen werde, hat nunmehr das **RG. 79** 201 (u. zu §§ 2014, 2015) Stellung genommen, und zwar dahin, daß der Eintritt der Verzugsfolgen nicht ausgeschlossen werde und daher der Erbe eintretendenfalls die für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung vereinbarte Vertragsstrafe zu zahlen habe.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1968. 1. SeuffA. **67** 307 (Posen). Ein Vertrag des Ehemanns mit den Verwandten seiner Frau über den Ort und die Art der Beerdigung verstößt nicht gegen die guten Sitten und ist daher zulässig. Der Vertrag kann auch durch stillschweigende Handlungen geschlossen werden.

2. HansGZ. **12** Beibl. 29 (Hamburg). Die Vorschrift des § 1968, daß der Erbe die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers zu tragen habe, rechtfertigt noch nicht den Schluß, daß ihm nunmehr das Recht und die Pflicht zustehe, auch dann für die Beerdigung zu sorgen, wenn nähere Angehörige, z. B. die Witwe vorhanden und zur Übernahme dieser Fürsorge bereit sind. Die von dem Erblasser selbst getroffenen Verfügungen haben aber grundsätzlich den Wünschen seiner Angehörigen vorzugehen, soweit sie nicht etwa mit den guten Sitten unvereinbar und deshalb nichtig sind. Als ein solcher Verstoß gegen die guten Sitten ist es noch nicht anzusehen, wenn der Erblasser, der mehr als 30 Jahre von seiner Frau getrennt lebte, die Anordnung der Beerdigung seiner Haushälterin überträgt, selbst wenn er mit ihr in einem ehewidrigen Verhältnisse gelebt hat, er müßte denn die Verfügung getroffen haben, um dadurch auch über seinen Tod hinaus seine rechtmäßige Ehefrau zu beschimpfen.

3. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1922.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§ 1975. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1005. Zu den Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1975 gehören nicht nur (vgl. **RG. 49** 417) Ansprüche auf Geldleistungen, sondern auch Ansprüche anderer Art, insbesondere auch die Abgabe von Willenserklärungen.

2. ElsLothJZ. **12** 456 (Colmar). Ein Nachlaßgläubiger — und als solcher kommt auch der Pflichtteilsberechtigte in Betracht — ist nicht befugt, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, wenn er sich den Erben gegenüber verpflichtet hat, seine Forderung einstweilen nicht geltend zu machen.

§ 1979. WürttJ. **12** 298 (Stuttgart). Der Erbe, dem die Beschränkung seiner Haftung gemäß §§ 781, 785 ZPO. vorbehalten ist, kann gegenüber der in Nachlaßbestandteile vorgenommenen Zwangsvollstreckung eines Nachlaßgläubigers das Zurückbehaltungsrecht an diesen Sachen wegen der auf die Erbschaft durch Bezahlung von Nachlaßschulden gemachten Aufwendungen nur soweit geltend machen, als er bei der Bezahlung nach den Umständen annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Bezahlung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche (§ 1979 BGB.). Gehört zum Nachlasse der ideelle Anteil an einem Grundstück und hat sich dieser mit dem dem Erben gehörigen anderen Anteil infolge des Erbfalls zu einem ungeteilten Eigentume vereinigt, so gilt in entsprechender Anwendung des § 1991 Abs. 2 diese Vereinigung als nicht vollzogen, und der Nachlaßgläubiger ist daher nicht behindert, auf dem zum Nachlasse gehörigen ideellen Teile eine Zwangseintragung herbeizuführen.

§ 1981. Die Entsch. OLG. **24** 66 (Colmar) — JDR. **10** Ziff. 2 zu § 1981 — auch ElsLothNotZ. **12** 4, ElsLothJZ. **12** 243.

§ 1984. 1. HessRspr. **13** 232 (LG. Gießen). Da § 7 KO. im § 1984 für anwendbar erklärt ist, sind alle Rechtshandlungen, die der Erbe oder sein Bevollmächtigter nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung vornimmt, den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksam.

2. Josef, ZBlFG. **13** 345. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung (§ 1984) ist eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und wird daher erst durch die Bekanntmachung an die Beteiligten (§ 16 FGG.) wirksam. Eine Wirksamkeit gemäß § 108 KO. ist vom Gesetze nicht vorgeschrieben, auch aus der Heranziehung der §§ 7, 8 KO. in § 1984 nicht zu folgern und, wie § 76 Abs. 2 FGG. ergibt, auch gar nicht beabsichtigt. — Ob die Wirksamkeit der Verfügung schon mit der Bekanntmachung an den ersten Beteiligten oder erst, wenn die Bekanntmachung an sämtliche Beteiligten erfolgt ist, eintritt, hängt von dem Inhalte der Verfügung ab. Macht das Gericht zunächst nur die Anordnung der Nachlaßverwaltung bekannt, während die Bestellung des Verwalters durch besondere nachträgliche Verfügung erfolgen soll, so tritt der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Erben (§ 1984 BGB. und §§ 7, 8 KO.) schon ein, wenn die Anordnuug auch nur einem der Erben mitgeteilt ist; denn ohne Mitwirkung dieses einen können die anderen über den Nachlaß nicht rechtswirksam verfügen. Die Verfügung, durch die der Nachlaßverwalter bestellt wird (§ 1975), wird mit der Bekanntmachung an diesen wirksam auch für die Erben, selbst wenn ihnen die Verfügung nicht bekannt gemacht ist. Denn indem das Gesetz dem Nachlaßverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis einräumt, entzieht es sie insoweit den Vertretenen.

§ 1988. KGJ. **42** A 94. Eine einmal angeordnete Nachlaßverwaltung ist, von den gesetzlichen Ausnahmefällen abgesehen, bis zur Erledigung ihrer Aufgabe durchzuführen. Der Antragsteller — Erbe oder Nachlaßgläubiger — hat nicht das Recht, durch Zurücknahme seines Antrags

oder durch einen Wiederaufhebungsantrag die vorzeitige Aufhebung der Nachlaßverwaltung herbeizuführen (vgl. OLG. **7** 135 [Jena], RJA. **9** 9, OLG. **17** 366 [KG.]). Vgl. auch zu §§ 1993 u. 2003 Ziff. III.

§ 1990. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** Ziff. 2 zu § 1990 — auch Gruchots Beitr. **56** 603.

2. BadRpr. **12** 143 (Karlsruhe). Steht fest, daß die Voraussetzungen des § 1990 gegeben sind, so kann die gegen den Erben erhobene Klage des Nachlaßgläubigers abgewiesen werden. Dagegen besteht keine Verpflichtung des Gerichts, Beweise über das Vorliegen dieser Voraussetzung zu erheben (SeuffA. **61** Nr. 45, **RG. 69** 292), insbesondere ist eine solche Beweiserhebung nicht angezeigt, wenn die Möglichkeit der Anfechtung eines von dem Erblasser geschlossenen Vertrags besteht und der Ablauf der Anfechtungsfrist bevorsteht.

3. KGBl. **12** 117 (KG.). Gegenüber der Berufung des Erben auf den Vorbehalt der Beschränkung seiner Haftung kann der Nachlaßgläubiger sich auf diejenigen Vorschriften des materiellen Rechtes berufen, aus denen sich eine unbeschränkte Haftung des Erben ergibt, also nicht nur auf §§ 2005, 2006 Abs. 3 BGB., sondern auch auf § 27 HGB.

§ 1991. Abs. 2. **RG.** R. **12** Nr. 1818. Zu den rechtlichen Veränderungen, die unter den Voraussetzungen der §§ 1990, 1991 als wieder aufgehoben gelten, gehört auch die infolge des Erbganges eingetretene Vereinigung zweier Miteigentumsanteile in der Hand des Erben.

§ 1992. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** zu § 1992 — auch GruchotsBeitr. **56** 603.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 1993. KGJ. **42** A 94. Der Erbe hat auch während der Dauer der Nachlaßverwaltung das Recht, bei dem Nachlaßgericht ein Inventar einzureichen oder die Aufnahme des Inventars durch das Nachlaßgericht zu beantragen. Vgl. auch zu §§ 1988 und 2003 Ziff. III.

§ 1994. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 1994 — auch R. **12** Nr. 759.

§ 2002. PosMSchr. **12** 172 (Posen). Das Nachlaßinventar bedarf auch dann der Form des § 2002, wenn kein Nachlaß vorhanden ist.

§ 2003 I. Mayer, BadNotZ. **12** 102, ist für die Beseitigung des durch § 46 BadRPG. vorgeschriebenen Nachlaßverzeichnisses, da dessen Aufnahme in den meisten Fällen zwecklos sei.

II. Prüfung der Antragsbefugnis. BadNotZ. **12** 127 (Karlsruhe). Ist das Nachlaßgericht auf Grund der von ihm von Amts wegen vorgenommenen Prüfung dazu gekommen, ein eigenhändiges Testament als unverdächtig anzusehen, so ist § 2003 nicht verletzt, wenn es dem durch das Gesetz berufenen Erben die Eigenschaft eines solchen versagt und ihn darauf verweist, seinen abweichenden Standpunkt im Wege des Zivilprozesses — Feststellungsklage oder Klage nach § 2018 BGB. — zu verfolgen.

III. Zuziehung Dritter. KGJ. **42** A 94. Das Nachlaßgericht kann bei einer von ihm selbst vorgenommenen oder einer anderen zuständigen Behörde oder Amtsperson übertragenen Inventaraufnahme die Zuziehung dritter Personen anordnen, wenn deren Anwesenheit oder Mitwirkung (z. B. auch die eines Nachlaßgläubigers) sachdienlich erscheint. Vgl. auch zu §§ 1988 und 1993.

IV. Verpflichtung zur Kostentragung. Armenrecht. KGJ. **42** A 99. Das Gesuch des Erben, ihm für eine nach § 2003 zu bewirkende

Aufnahme des Nachlaßinventars das Armenrecht zu bewilligen, kann nicht mit der Tatsache, daß der Nachlaß zur Tragung der Kosten unvermögend sei, begründet werden. Sind die Erben bekannt, so kann nur ihnen persönlich das Armenrecht bewilligt werden (vgl. **RG. 50** 394). — Hat das Nachlaßgericht einen Gerichtsvollzieher gemäß § 74 Ziff. 3 PrAGGVG., Art. 38 PrFGG. mit der Aufnahme des Nachlaßinventars beauftragt, so gilt dieser Auftrag in Ansehung der Gebührenerhebung nach § 24 Abs. 1 a PrGVollzO. (JMBl. **06** 9) als Parteiauftrag, und für die durch dessen Erledigung entstehenden Kosten haften die Erben persönlich wie in dem Falle, daß sie selbst einen Notar gemäß § 2002 zugezogen haben. Diese Kosten sind aber auch zugleich Nachlaßverbindlichkeiten, insofern sich der Gerichtsvollzieher oder der Notar selbst im Falle des Nachlaßkonkurses — dann in der Stellung eines Massegläubigers (§ 224 Abs. 4 KO.) — an den Nachlaß halten kann. Die Erben können aber in Preußen ihre persönliche Haftung für die Kosten dadurch abwenden, daß sie durch geeignete Antragstellung darauf hinwirken, daß das Nachlaßgericht das Inventar entweder selbst aufnehme oder durch den Gerichtsschreiber aufnehmen lasse (§ 70 PrAGGVG., § 3 PrGKG.).

§ 2006. RG. SeuffA. **67** 405, SchlHolstAnz. **12** 95, WarnE. **5** 133, R. **12** Nr. 608. Die Stellung des § 2006 in dem mit „Inventarerrichtung, unbeschränkte Haftung des Erben" überschriebenen Abschnitte, der Umstand, daß Abs. 3 als Folge der Eidesverweigerung nur die unbeschränkte Haftung des Erben eintreten läßt, damit aber auch den Erben, der diese Folge auf sich nehmen will, gegen den Zwang zur Eidesleistung schützt, endlich die Bestimmung im § 79 FGG. geben deutlich an die Hand, daß die Leistung des im § 2006 vorgesehenen Offenbarungseids vom Nachlaßgläubiger nicht im Prozeßwege durchgesetzt, sondern nur als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei dem Nachlaßgerichte betrieben werden kann.

§ 2007. Kretzschmar, ZBlFG. **13** 434 bezieht — in Übereinstimmnng mit der herrschenden Ansicht — die Vorschrift des § 2007 Satz 2 nur auf Vermächtnisse und Auflagen, nicht auf sonstige Nachlaßverbindlichkeiten.

V. Aufschiebende Einreden.

§§ 2014, 2015. RG. 79 201, JW. **12** 691, R. **12** Nr. 1638. Durch die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden wird der Eintritt der Verzugsfolgen nicht ausgeschlossen. Im Zusammenhange mit §§ 305, 782 ZPO. lassen sich §§ 2014, 2015 sehr wohl dahin verstehen, daß der Erbe während jener Fristen nur berechtigt sein solle, das endgültige Ausscheiden von Nachlaßgegenständen aus der Nachlaßmasse zu verweigern und zu verhüten, ohne daß damit die Haftung — wenigstens der Nachlaßmasse — für die durch die Nichterfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten den Gläubigern erwachsenden Nachteile ausgeschlossen wird. Hiernach schützt die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 den Erben nicht vor der Verpflichtung, die für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung vereinbarte Vertragsstrafe zu zahlen. Dies gilt auch für den Fall, daß der Nachlaß zur Befriedigung sämtlicher Nachlaßforderungen nicht hinreicht und ein Gläubiger wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung eine Schadensersatzforderung geltend macht, denn es fehlt an jeder inneren Berechtigung, einen solchen Gläubiger gegenüber den sonstigen Nachlaßgläubigern hintanzusetzen, obwohl seine Forderungen, auch wenn sie auf Verzugszinsen und Vertragsstrafen gerichtet wären, im Konkurse mit den sonstigen nicht bevorrechtigten Konkursforderungen gleichberechtigt sein würden. Eine Schädigung der übrigen Nachlaßgläubiger tritt allerdings ein, wenn der Erbe in der irrtümlichen, aber durch

die Umstände gerechtfertigten Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1979 den andrängenden Gläubiger befriedigt hat. Der Beweggrund des Erben, durch Befriedigung des andringenden Gläubigers die Verzugsfolgen zu vermeiden, kann aber hierbei keinen Einfluß ausüben. Ob der Erbe annehmen durfte, daß der Nachlaß ausreiche, ist objektiv zu beurteilen. Läßt er sich durch das Bestreben, die Verzugsfolgen zu vermeiden, zu einer voreiligen Befriedigung eines andringenden Gläubigers verleiten, so tut er es auf seine Gefahr. Alsdann ist eigene Fahrlässigkeit die Ursache seiner Haftung. Vgl. auch oben zu § 1958.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§§ 2018 ff. *Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Rechte und Zivilprozesse. Neben dem Singularanspruche gibt es keinen besonderen Erbschaftsanspruch. Praktisch besteht nach § 2029 kein Unterschied mehr zwischen dem Erbschaftsanspruch und der Summe der Einzelansprüche. Der Erbschaftsanspruch ist kein Gesamtanspruch.

§ 2018. 1. HansGZ. **12** Beibl. 279 (Hamburg). Die Erbschaftsklage aus § 2018 kann gegen den Testamentsvollstrecker nicht erhoben werden, da er den Nachlaß auf Grund seiner Ernennung besitzt und nicht auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts erlangt hat.

2. a) ZBlFG. **13** 325 (Hamburg). Der Antrag auf Herausgabe der Erbschaft zu $^1/_{12}$ gegen Rückerstattung desjenigen, was der Kläger durch Vergleich vom Beklagten erhalten hat, ist wegen Unbestimmtheit abzulehnen. Zunächst hat die Erbauseinandersetzung stattzufinden. Das RG. hat allerdings die Klage auf Herausgabe einer Quote der Erbschaft in Verbindung mit dem Erbauseinandersetzungsantrage zugelassen (vgl. DJZ. **02** 485), aber der Fall lag damals einfacher. **b)** Dazu *Fraeb, ZBlFG. **13** 326. Die Ansprüche aus §§ 2018 und 2042 stehen dem Miterben nebeneinander zu. Er muß nur Anträge gemäß §§ 253, 254 ZPO. stellen.

§ 2027. 1. R. **12** Nr. 1194 (Hamburg). Die Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers ist höchstpersönlich und erlischt mit dessen Tode.

2. HansGZ. **12** Beibl. 269, 273 (Hamburg). Bildet im einzelnen Falle die Erbschaft den ideellen Teil einer anderen Sachgemeinschaft, so hat sich die Auskunftspflicht auf letztere zu erstrecken, da dadurch der Erbschaftsbesitzer in keiner Weise beschwert wird.

3. Auskunftspflicht des Miterben. a) HansGZ. **12** Beibl. 269 (273) (Hamburg). Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2027 ist auch ein Miterbe, wenn er Besitz und Verfügung über die Erbschaft allein für sich in Anspruch nimmt. Er hat zwar seinen Miterben nicht einzelne Nachlaßgegenstände herauszugeben, er ist ihnen aber verpflichtet, den dem Miterbenverhältnis entsprechenden Zustand herzustellen, und auch einen solchen Anspruch umfaßt das Wort „Herausgabe" im Sinne des § 2018. **b)** ElsLothJZ. **12** 475 (Colmar). Auch ein Miterbe ist zur Auskunft nach § 2027 Abs. 2 verpflichtet (GruchotsBeitr. **48** 976). Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf den Voraus (§ 1932), da der miterbende Ehegatte insoweit nach § 2174 nur ein Forderungsrecht gegen die Miterben hat, und auf den Anteil des Erblassers an dem Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1348 BGB.). Diese Verpflichtung trifft auch den Erben des Auskunftspflichtigen, aber nur soweit, als er den Bestand der Erbschaft anzugeben imstande ist. **c)** ZBlFG. **13** 325 (Hamburg) — Mitteilung von *Fraeb —. Der Antrag auf Auskunfterteilung wäre selbst dann begründet, wenn der auf Erbauseinandersetzung klagende Erbe nur noch auf den Bereicherungsanspruch beschränkt wäre. Es handelt sich dabei nicht um ein Gesamtschuldverhältnis, sondern um Einzelschuldverhältnisse; jeder Miterbe, der etwas aus dem Nachlaß erhalten hat, hat das anzu-

geben, was er erhalten hat, und ist auskunftspflichtig, wo diese Gegenstände, seien es körperliche Sachen, seien es sonstige Werte, verblieben sind.

§ 2028. 1. R. **12** Nr. 3379, 3380, 3381 (Stuttgart). Unter Erbschaftsgegenständen im Sinne des § 2028 sind nur die zum Nachlasse gehörigen Gegenstände, nicht auch solche Vermögensstücke zu verstehen, die schon bei Lebzeiten des Erblassers endgültig aus dessen Vermögen ausgeschieden sind. Daher besteht keine allgemeine Auskunftspflicht der Hausgenossen über eine Vermögensabnahme, die sich schon bei Lebzeiten des Erblassers zugetragen hat. — Die Auskunftspflicht des Hausgenossen umfaßt nicht, wie ein Vergleich mit § 2027 ergibt, die Pflicht zur förmlichen Rechnungslegung über den Bestand des Nachlasses. — Hat der Hausgenosse die Auskunft einmal erteilt, so setzt das Begehren weiterer Auskunft voraus, daß Grund zu der Annahme besteht, die Auskunft sei nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt.

2. **RG.** PosMschr. **12** 148, R. **13** Nr. 67. Der Begriff der häuslichen Gemeinschaft im Rechtssinne darf nicht zu eng, insbesondere nicht dahin ausgelegt werden, daß nur derjenige auskunftspflichtig sei, der geradezu in den Hausstand des Erblassers aufgenommen gewesen sei. Auskunftspflichtig soll derjenige sein, bei dem nach den räumlichen und persönlichen Beziehungen, die zwischen ihm und dem Erblasser bestanden haben, eine Kenntnis im Sinne des § 2028 zu vermuten ist. War der Erblasser vor seinem Ableben schwer krank und deshalb zur Besorgung seiner Angelegenheiten außerstande, so wird derjenige, der unter diesen Umständen auch nur kurze Zeit hindurch als seine Vertrauensperson sich in seiner Wohnung aufhielt, mehr mit dessen Vermögensverhältnissen vertraut geworden sein, als ein anderer, der mit dem Erblasser, während dieser noch seine Angelegenheiten selbst zu besorgen vermochte, lange Zeit den Hausstand geteilt hat. — Unter dem Gesichtspunkte des § 2028 können auch Miterben wegen Auskunftserteilung in Anspruch genommen werden.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

Vorbemerkung: Zu den einzelnen Paragraphen dieses Abschnitts hat die Rechtsprechung zahlreiche und wertvolle Beiträge geliefert. Hervorzuheben ist (Ziff. I zu §§ 2042 ff.) die Entsch. **RG. 78** 273 über den Begriff der Forderungen, die sich auf die Gemeinschaft gründen, und **RG. 79** 266 (Ziff. 2 zu § 2050) über die Verneinung der Ausgleichungspflicht der im § 2050 Abs. 2 vorgesehenen Zuschüsse.

Literatur: Kretzschmar, Geltendmachung von Ansprüchen eines Miterben gegen den Nachlaß und umgekehrt von Ansprüchen der Erbengemeinschaft gegen einen Miterben (Bericht Ziff. V zu § 2042), SächsRpflA. **11** 529. — Fraeb, Zur Nachlaßbehandlung nach BGB., ZBlFG. **13** 273, 313 (Selbstberichte des Verf. an den in Betracht kommenden Stellen).

§§ 2032 ff. 1. FrankfRundsch. **46** 166 (Frankfurt). Der Miterbe kann nicht einzelne Nachlaßgegenstände herausgreifen und ohne das Einverständnis der Miterben zur Versteigerung bringen.

2. SchlHolstAnz. **12** 12 (KG.). Daß es bei einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, insbesondere auch der Erbengemeinschaft zur Umwandlung des Gesamteigentums in Sondereigentum (Bruchteilseigentum) der einzelnen Gemeinschafter (Miterben) — und zwar auch dann, wenn sich dabei an den Anteilsverhältnissen nichts ändern soll — der Auflassung bedarf, entspricht der Rechtsprechung des RG. und des KG. (**RG. 57** 432, **67** 62 — FDR. **3** Ziff. 3 zu § 2042, **7** Ziff. I 1 a zu § 1795; KGJ. **24** A 107).

3. Streitwert. a) **RG.** WarnE. **5** 311. Bei Klagen unter Miterben, sei es auf Feststellung, sei es auf Zahlung von Nachlaßforderungen, bildet nur der

streitige Anteil den Wert des Streitgegenstandes (**RG. 33** 427, **38** 421, JW. **03** 26 Nr. 19, **02** 391 Nr. 5). **b)** R. **12** Nr. 235 (Naumburg). Werden nur einzelne Miterben auf Auflassung eines Nachlaßgrundstücks verklagt, so bemißt sich der Streitwert der Klage nur nach dem ihren Erbteilen entsprechenden Teile des Grundstückswerts.

4. Die verschiedenen Fälle der Vererbung und Formalien bei Umschreibung von Grundstücken und Hypotheken auf Erben, Miterben und andere s. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 169 ff.

§ 2033. 1. *Fraeb, ZBlFG. **13** 319. Die im § 2033 behandelte Übertragung eines Anteils am Nachlasse oder eines Teiles an einem solchen liegt außerhalb der Auseinandersetzung der Erben.

2. *Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Neben dem Anteil eines Miterben am Nachlaß ist ein selbständiger Anspruch desselben auf das Auseinandersetzungsguthaben anzuerkennen, den der Erbe formlos und in beschränkter Höhe übertragen kann. Ein Gläubiger eines Miterben, der den Anspruch gepfändet hat, hat kein Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen (148 ff., 151, 163). AA. **RG. 60** 126 ff.

3. **a)** HansGZ. **12** Beibl. 269 (Hamburg). Mit dinglicher Wirkung kann über eine Erbschaft allerdings nur durch Ausschlagung oder nach § 2033 BGB. verfügt werden. Zur Eingehung einer persönlichen Verpflichtung über seinen Erbteil ist der Miterbe aber auch durch Eingehung eines formlosen obligatorischen Vertrags, z. B. eines Erlaßvertrags (§ 397 BGB.) in der Lage. **b) RG.** R. **12** Nr. 1323. Ob ein Rechtsgeschäft eine Verfügung enthält oder nur schuldrechtliche Natur hat, ist wesentlich Sache der Auslegung. Ein Verfügungswille kann mit den Worten, der Erbe „verkaufe" die Erbschaft, sehr wohl ausgedrückt werden.

4. **RG.** FrankfRundsch. **46** 101, R. **12** Nr. 1178, 1195, 1230. Der für das PrALR. anerkannte Grundsatz, daß bei der Pfändung des Erbanteils eines Miterben die übrigen Miterben als Drittschuldner im Sinne des § 857 ZPO. anzusehen sind, gilt auch für das Recht des BGB., und zwar auch dann, wenn ein Testamentsvollstrecker bestellt ist, denn trotzdem bleiben die Miterben selbst die Träger der unter ihnen bestehenden Rechte und Pflichten. Vgl. auch zu § 2047.

§ 2038. RG. R. **12** Nr. 2290. Hat von mehreren verklagten Miterben nur einer die Klageforderung bestritten unter Geltendmachung einer bereits vom Erblasser erklärten Aufrechnung, während die übrigen Miterben lediglich beantragt haben, ihnen die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß vorzubehalten, so ist die Klage gleichwohl in vollem Umfang abzuweisen, wenn die Aufrechnung sich als begründet erweist.

§ 2039. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 660, ZBlFG. **13** 214 Nr. 135, R. **12** Nr. 2291. Das den einzelnen Miterben durch § 2039 beigelegte Recht, aus einem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Anspruch auf Leistung an oder auf Hinterlegung für alle Erben zu klagen, ist ein von dem gleichen Rechte der übrigen Miterben unabhängiges Sonderrecht. Das Unterliegen des klagenden Miterben hindert keinen der übrigen, das eigene Sonderrecht hinterher für sich geltend zu machen, und aus einem obsiegenden Urteile kann nur der klagende Miterbe selbst, nicht auch einer der übrigen die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn auch deren Ergebnis allen zugute kommt.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1196. Ein Urteil, welches auf die Klage eines Miterben einen Dritten zur Herausgabe eines Erbschaftsgegenstandes an sämtliche Miterben verurteilt, kann zwar nicht ohne weiteres ohne Zustimmung und Mitwirkung der Miterben vollstreckt werden, insbesondere bedarf es einer solchen zur

Übertragung des Besitzes und zur Rechnungslegung (PrOTr. **22** 136, **RG. 20** 318). Indessen kann von dem Nachweis einer solchen Zustimmung und Mitwirkung die Zulassung der Klage nicht abhängig gemacht werden. Die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen, daß die Miterben nachträglich sich zur Empfangnahme der vom Kläger erstrittenen Leistung bereit finden, jedenfalls können daraus, daß die Zwangsvollstreckung aus dem erstrebten Urteile möglicherweise sich nicht durchführen lassen werde, die Beklagten einen Rechtsbehelf im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht herleiten (JW. **05** 146).

§§ 2039, 2040. OLG. **25** 267 (KG.). Vor der Nachlaßteilung ist der einzelne Miterbe nur zu solchen Maßregeln berechtigt, die die Feststellung, Sicherstellung oder Erhaltung der Erbschaft bezwecken und die die Lage der anderen Miterben nicht beeinträchtigen. Über diesen Rahmen geht es hinaus, wenn ein Miterbe die Teilungsversteigerung eines Grundstücks, an dem dem Erblasser nur die ideelle Hälfte zusteht, beantragt (vgl Wolff, Anm. 5³ zu § 180 ZVG.).

§ 2040. HansGZ. **12** Beibl. 10 (Hamburg). Erwirbt ein Erbe oder eine Mehrzahl von Erben bei einer Erbauseinandersetzung einen einzelnen Nachlaßgegenstand, so vollzieht sich dieser Erwerb nicht durch die Erbfolge, sondern durch das mit der Erbengemeinschaft abgeschlossene Veräußerungsgeschäft und unterliegt daher der Wertzuwachssteuer nach dem HambG. vom 12. Oktober 1908.

Literatur: Blümke, beanstandet das von Eglinger DNotV. **11** 660 mitgeteilte Formular einer Erbauseinandersetzung insofern, als eine zu lange Stundung des für die Überlassung der Erbteile ausgesetzten Kaufpreises und die Ausbedingung der Unverzinslichkeit des Kaufgeldes den als Erben beteiligten Minderjährigen unter Umständen nachteilig sein könne, DNotV. **12** 389. — Kallee, Zuwachssteuergesetz und Nachlaßauseinandersetzungen, WürttZ. **12** 321.

§§ 2042 ff. I. Forderungen, die sich auf die Gemeinschaft gründen (§ 756 BGB.). **RG. 78** 273, SeuffA. **67** 407. JW. **12** 396, R. **12** Nr. 883. Die Auffassung, daß unter Forderungen, die sich auf die Gemeinschaft gründen (§ 756), nur solche zu verstehen seien, die durch die Gemeinschaft begründet werden (so Planck, Anm. 4 g zu § 2042, Anm. 4 zu § 2377), steht mit den Vorschriften des BGB. und deren Begründung nicht im Einklange, vielmehr begreift das Gesetz mit diesem Ausdruck alle Forderungen, die einem oder mehreren Teilhabern in ihrer Eigenschaft als Teilhaber, also vermöge ihrer Zugehörigkeit zur Gemeinschaft zustehen, im Gegensatze zu solchen Forderungen, die ihnen unabhängig von der Gemeinschaft zustehen. Keineswegs wird verlangt, daß die Gemeinschaft die alleinige und ausschließliche Grundlage der Forderung bilde. Wäre dies der Fall, so würden regelmäßig nur Forderungen zur Anrechnung gelangen können, die sich auf unmittelbare Beziehungen zur Gemeinschaft, z. B. deren Verwaltung oder Sicherstellung beschränken. Damit wäre aber die in den Motiven (2 886) ausgesprochene Absicht des Gesetzes, die gesamten schuldrechtlichen Ansprüche der Gemeinschaft mitzuberücksichtigen, unvereinbar (vgl. **RG. 65** 10). Deshalb gehören zu den anrechnungspflichtigen Forderungen auch solche, die ihren Entstehungsgrund zwar nicht in der Gemeinschaft selbst, sondern schon in einem bei Lebzeiten des Erblassers zwischen ihm und dem Miterben errichteten Schuldverhältnisse haben, aber infolge Erbganges gemeinschaftliche Forderungen der Erben geworden sind; denn ohne das Bindeglied der Gemeinschaft würden sie dem Gemeinschafter nicht zustehen. Da § 756 Satz 2 auch den Abs. 2 des § 755 BGB. für anwendbar erklärt, so kann die Anrechnungspflicht auch gegen den Sondernachfolger des Miterben (§ 2033) geltend gemacht werden ohne Rücksicht auf seine Kenntnis von der Nachlaßschuld.

II. Zwangsversteigerung eines Grundstücks als Vorbereitungshandlung. OLG. **25** 269 (Breslau). Mit dem Antrag auf Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Erbengemeinschaft wird noch nicht die Auseinandersetzung verlangt, dieser Antrag bereitet vielmehr nur die Auseinandersetzung vor mit dem dem § 753 BGB. entsprechenden Ziele, an Stelle des unteilbaren Grundstücks einen teilbaren Gegenstand, nämlich den auf die Erben als Eigentümer entfallenden Teil des Erlöses treten zu lassen.

III. Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. 1. BayObLG. **13** 13, BayRpflZ. **12** 139, SeuffBl. **12** 338, R. **12** Nr. 1134. Ein Miterbe kann als solcher nach §§ 2042, 2047 nur Auseinandersetzung des Nachlasses und den seinem Erbteil entsprechenden Teil des nach der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Überschusses, nicht aber einen bestimmten Nachlaßgegenstand oder den Teil eines solchen verlangen. Deshalb besteht ein Vertrag, durch den die Erben einem oder mehreren von ihnen ein zum Nachlasse gehörendes Grundstück auflassen, nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 181 BGB., wenn durch den Vertrag das Grundstück dem oder den Miterben zur vollständigen oder teilweisen Befriedigung ihrer Erbansprüche, sei es auch auf Grund einer Teilungsanordnung des Erblassers, übereignet wird. Wohl aber ist dies anzunehmen, wenn die Auflassung zum Zwecke der Erfüllung eines dem Erben auferlegten Vorausvermächtnisses geschieht, denn der Vermächtnisnehmer kann nach § 2174 von dem Erben die Leistung des vermachten Gegenstandes fordern.

2. ZBlFG. **13** 334 (Hamburg) — Mitteilung von *Fraeb —. Ist ein Erbschaftsvergleich nichtig, so kann die Erbauseinandersetzung auch dann noch gefordert werden, wenn der eine oder andere Miterbe zu Unrecht über Nachlaßgegenstände verfügt hat. Eine Verrechnung ist noch jetzt durchführbar.

3. a) NaumburgAK. **12** 74 (Naumburg). Der von den übrigen Miterben bei der Nachlaßteilung übergangene Miterbe kann nur auf Vornahme der Erbauseinandersetzung, nicht unmittelbar auf Herauszahlung eines dem Werte seines Erbteils entsprechenden Betrags klagen. **b**) Herzfeld aaO. 75 Anm. * bezeichnet die Entsch., insbesondere den Umweg der Klage auf die vielleicht gar nicht mehr vollziehbare Auseinandersetzung als dem praktischen Bedürfnisse nicht entsprechend. Der Nachlaß ist in natura nicht mehr vorhanden. Die Teilung soll unter bewußter Umgehung der Klägerin vorgenommen sein. Die übrigen Miterben haben die Miterbengemeinschaft vorsätzlich zerstört. Daß die Gemeinschaft und das Miteigentum noch bestehe, ist eine Fiktion. Die Klägerin verlangt nicht einzelne Nachlaßgegenstände, sondern den bei der Teilung oder Auseinandersetzung auf sie entfallenden Wert.

IV. Vorwegteilung. a) SächsOLG. **33** 550. Eine Vorwegteilung flüssiger Bestände ist nur beim Nachweise besonderer dies rechtfertigender Umstände zulässig, insbesondere wenn durch sie berechtigte Interessen einzelner Miterben nicht verletzt werden (DJZ. **06** 825 [KG.]), sie durch die Grundsätze einer verständigen Nachlaßverwaltung geboten ist (OLG. **9** 389) und der endgültigen Auseinandersetzung zurzeit Hindernisse entgegenstehen (Josef, GruchotsBeitr. **48** 63). b) Ebenso SächsRpflA. **12** 271 (Dresden).

V. Kretzschmar, SächsRpflA. **11** 529, erörtert und bejaht die Frage, ob schon vor der Erbauseinandersetzung Ansprüche eines Miterben gegen die Erbengemeinschaft oder solche der Gemeinschaft gegen einen Miterben geltend gemacht werden können. a) Der Miterbe, dem ein von früher herrührender oder ein neu entstandener Anspruch an die Erbengemein-

schaft zusteht, kann gleich einem sonstigen Nachlaßgläubiger Befriedigung aus dem Nachlaß, aber auch nur aus diesem, verlangen (§ 2059 Abs. 1 Satz 1). Für seine Klage sind die übrigen Miterben die Passivlegitimierten; die Klage, die gegen jeden Miterben besonders oder auch gegen alle zusammen erhoben werden kann, ist darauf zu richten, daß der verklagte Miterbe verurteilt werde, wegen der Klagforderung die Zwangsvollstreckung in den ungeteilten Nachlaß geschehen zu lassen (vgl. § 747 ZPO.). b) Ebenso ist die Erbengemeinschaft berechtigt, von dem Schuldner-Miterben die Berichtigung seiner fälligen Schuld zu verlangen, aber nur durch Hinterlegung für alle Erben, der verklagte Miterbe als Kläger fehlt (§ 2039 Satz 2); dieses Verlangen durch Klage geltend zu machen, ist auch jeder Miterbe berechtigt. Nach Treu und Glauben kann aber der Schuldner-Miterbe die Berichtigung einer solchen Schuld verweigern, wenn ihm ein ausreichendes Auseinandersetzungsguthaben zusteht, es müßten denn besondere Gründe die Einziehung des Anspruchs gerechtfertigt erscheinen lassen.

§ 2047. **RG.** R. **12** Nr. 1178, 1195, 1230. Die Übertragung des Rechtes auf Auszahlung der Nachlaßdividende hat nur schuldrechtliche Wirkung, ändert dagegen nichts an dem Fortbestande der Erbengemeinschaft und der dinglichen Verfügungsmacht des Miterben. Deshalb verschafft sie gegenüber einem Gläubiger, der den Erbteil eines Miterben gepfändet hat, kein wirksames Vorrecht. — Bei der Pfändung eines Miterbenanteils ist der Pfändungsbeschluß auch dann den übrigen Miterben als Drittschuldnern zuzustellen, wenn ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist. Vgl. auch o. Ziff. 4 zu § 2033.

§ 2050. 1. Ausstattung. Beweislast. a) HansGZ. **12** Beibl. 205 (Hamburg). Die Ausstattung und deren Höhe hat derjenige zu beweisen, der sie behauptet. Vgl. auch unten Ziff. 2 zu § 2315. b) Ebenso **RG.** R. **12** Nr. 445. Vgl. auch oben Ziff. I 1 zu § 1624.

2. Zuschüsse. **RG. 79** 266, BayRpflZ. **12** 283, SeuffA. **67** 409, PosMSchr. **12** 60, WarnE. **5** 349, R. **12** Nr. 1639, 1640. Die in der Rechtslehre streitige Frage, ob und inwieweit die im § 2050 Abs. 2 erwähnten Zuschüsse unter den Begriff der Ausstattung fallen, ist für die Ausgleichungspflicht ohne Bedeutung. Der Begriff der Ausstattung bestimmt sich lediglich nach § 1624. Hinsichtlich der Ausgleichungspflicht ist aber im § 2050 Abs. 2 die klare Bestimmung gegeben, daß die hier behandelten Zuschüsse — die im wesentlichen den Zinsen eines Mitgiftkapitals (vgl. § 2055) gleichstehen — nicht zur Ausgleichung zu bringen sind. Damit ist, soweit diese Zuschüsse als Ausstattung anzusehen sind, eine Ausnahme von der im § 2050 Abs. 1 aufgestellten Regel gemacht. Die gegenteilige Ansicht des Komm. v. RGR Anm. b aE. zu § 2050, daß die Zuschüsse, soweit sie eine Ausstattung enthalten, unbegrenzt ausgleichungspflichtig seien, wird nicht gebilligt. — Daß § 2050 Abs. 3 auch auf die im Abs. 2 gedachten Zuschüsse, soweit sie der Ausgleichungspflicht nicht unterliegen, Anwendung findet, kann keinem Zweifel unterliegen.

3. Andere Zuwendungen (Abs. 3). **RG.** R. **12** Ziff. 446. Hat der Erblasser die Zinsen eines von seinem Sohne geschuldeten Darlehens bezahlt, damit der Gläubiger seine Zinsen rechtzeitig erhalte, so hat der Sohn den Betrag sich auf seinen Erbteil anrechnen zu lassen, weil es sich um eine von dem Erblasser für ihn gezahlte Schuld handelt. Daß dem Erblasser bei der Zahlung die Absicht gefehlt habe, Ersatz von dem Sohne zu verlangen (vgl. § 685 Abs. 1), ist nicht behauptet. Vgl. auch Ziff. I 1 zu § 1624.

4. Wert des Streitgegenstandes. HansGZ. **12** Beibl. 16 (Hamburg). Bei einem Streite zwischen Miterben über die Ausgleichungspflicht eines Beteiligten wird der Wert des Streitgegenstandes nicht absolut nach der Höhe des angeblichen Konferendums, sondern relativ durch den Anteil bestimmt, welcher den die Ausgleichung verlangenden Erben an dem aus dem Ausgleiche der

Masse zufließenden Gewinne zugute kommen würde. Es sind daher nur die Anteilrechte derjenigen Erben in Berechnung zu ziehen, welche die höhere Ausgleichssumme verlangen (JW. **01** 717).

§ 2052. SchlHolstAnz. **12** 305 (Kiel). Haben in einem gemeinschaftlichen Testamente die Eltern sich gegenseitig und ihre Kinder zu Erben eingesetzt und bestimmt, daß nach dem Tode des Längstlebenden der gesamte alsdann vorhandene Nachlaß an die Kinder zu gleichen Teilen fallen soll, so spricht diese Bestimmung in keiner Weise gegen die Anrechnung früher erhaltener Zuwendungen; denn wenn die Aussteuern eingeworfen und zur Anrechnung gebracht werden, so gehören diese Ansprüche zum Nachlasse zur Zeit des Todes des Längstlebenden, und wenn dieser Nachlaß zu gleichen Teilen verteilt wird, entspricht dies dem zum Ausdrucke gebrachten Willen der Erblasser, daß alle Kinder gleich behandelt werden sollen.

§ 2057. 1. SächsOLG. **33** 550. Hat der ausgleichungspflichtige Miterbe Auskunft über die empfangenen Zuwendungen erteilt, so kann von ihm nicht weitere Auskunft, sondern nur noch die Leistung des Offenbarungseids (§ 260 BGB.) verlangt werden.

2. R. **12** Nr. 884 (Celle). Die Auskunftspflicht entfällt nicht unter allen Umständen schon deshalb, weil die Zuwendung den einzigen Nachlaßgegenstand bildet.

3. BayObLG. **13** 371. Die Aufgabe des Nachlaßgerichts ist gegenüber dem Antrag, einem auskunftspflichtigen Erben auf Grund der §§ 2057, 260 BGB. den Offenbarungseid abzunehmen, mit der Abnahme des Eides, und wenn der als eidespflichtig Bezeichnete im Termine nicht erscheint oder zwar erscheint, aber die Leistung des Eides verweigert, mit der Feststellung dieser Tatsachen erschöpft. Eine Entscheidung darüber, ob der Antragsteller von dem anderen Beteiligten mit Recht oder Unrecht die Leistung des Offenbarungseids verlangt, oder eine sonstige Entscheidung in der Sache selbst steht dem Nachlaßgerichte nicht zu. Nicht dieses, sondern das Prozeßgericht hat daher auch darüber zu entscheiden, wer nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes die Kosten zu tragen hat, die dem als eidespflichtig Bezeichneten durch den Antrag auf Abnahme des Offenbarungseids entstanden sind.

4. OLG. **25** 413 (BayObLG.). Soweit nicht das Reichsrecht für einzelne Angelegenheiten Bestimmungen über die Kostenpflicht getroffen hat (z. B. §§ 1034, 1035, 1217 BGB., § 138 FGG., § 254 Abs. 4 HGB.) oder nicht die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (über die Gemeinschaft, Gesellschaft, Auftrag, Geschäftsführung, Bereicherung) Platz greifen, ist (wie im Falle des § 2057 BGB.) die Landesgesetzgebung auf Grund des § 200 FGG. ermächtigt, die Tragung der Kosten zu regeln (für Bayern vgl. Artt. 131—133 BayAGBGB.).

5. Vgl. auch unten Ziff. 1 u. 2 zu § 2316.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§ 2058. R. **12** Nr. 447 (Jena). Bei einem Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung schuldet jeder einzelne Miterbe eine Individualleistung, nämlich eine von ihm ausgehende Erklärung.

§ 2059. 1. **RG.** BayRpflZ. **12** 176, R. **12** Nr. 885. Aus den Worten „Bis zur Teilung . . . kann jeder Miterbe . . . verweigern" im § 2059 Abs. 1 Satz 1 ergibt sich, daß der Miterbe, um die Befriedigung aus seinem eigenen Vermögen abzuwenden, sein Verweigerungsrecht einredeweise geltend machen und, weil die Ungeteiltheit des Nachlasses die rechtliche Grundlage für die Einrede bildet, diese Ungeteiltheit behaupten muß.

2. R. **12** Nr. 448 (Jena). Ist der Gläubiger gleichzeitig auch Miterbe, so darf er seine Gläubigeransprüche schon vor der vollständig durchgeführten Erbauseinandersetzung selbständig geltend machen und braucht damit nicht bis zur Schlußverhandlung der Miterben zu warten.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **57** 158, R. **12** Nr. 3103, 3104. Gehört zu den Erben des Schuldners auch der Gläubiger, so ist dessen Klage gegen die übrigen Miterben zuzulassen, da es widersinnig sein würde, wenn der Gläubiger sich selbst verklagen wollte (vgl. **RG.** R. **09** Nr. 491, IDR. 8 zu § 2040). Miterben sind zwar regelmäßig, wenn sie als solche aus Nachlaßverbindlichkeiten in Anspruch genommen werden, als notwendige Streitgenossen anzusehen. Ob sie jedoch in ihrer Gesamtheit verklagt werden müssen, hängt von der Natur des Klagbegehrens ab, ob also der Kläger von ihnen etwas verlangt, was sie nur einheitlich in ihrer Gesamtheit und was nicht die einzelnen gewähren können. Verlangt der Kläger von dem Erben die Einwilligung, daß er sich aus dem ungeteilten Nachlasse befriedige, so kann jeder Miterbe diese Einwilligung für seine Person erklären. **RG. 71** 370, IDR. **8** Ziff. 2, 3 zu §§ 2058, 2059 betrifft einen anders gelagerten Fall (Verlangen nach Auflassung oder Herbeiführung der Auflassung); dahingestellt gelassen wird, ob der dort ausgesprochene Satz, bei der Gesamthandklage des § 2059 Abs. 2 hätten sämtliche Erben mitverklagt werden müssen, nicht zu weit gefaßt ist und zu Mißverständnis Anlaß gibt.

4. *Kowerk, ZBlFG. **13** 437. Hinsichtlich der Haftung der Erben untereinander für die Nachlaßverbindlichkeiten kommen nicht die auf Grund der Ausgleichung festgestellten Anteile am Nachlaß (die reellen Erbteile), sondern nur die ohne Berücksichtigung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen gesetzlich bestimmten Erbquoten (die nominellen Erbteile) in Betracht. Eine Ausnahme oder Einschränkung ist in den Fällen zu machen, in denen der ausgleichungspflichtige Erbe überhaupt nichts (§ 2056 BGB.) erhält oder doch weniger, als der seinem nominellen Erbteil entsprechende Teil der Nachlaßverbindlichkeit beträgt. Im ersteren Falle braucht ein solcher Erbe (heres sine re) für Nachlaßverbindlichkeiten im inneren Verhältnis überhaupt nicht aufzukommen; im letzteren Falle haftet der Erbe im Innenverhältnisse nur bis zum Belaufe desjenigen, was er aus dem Nachlaß erhalten hat. Diese Grundsätze gelten sowohl, wenn der Nachlaß geteilt, als auch, wenn er noch nicht geteilt ist. — AM. Planck Anm. 7 c, Staudinger **09** 320, **11** 329, Komm. v. RGR § 2058 Anm. 2.

5. Bleckwenn, R. **12** 235. Die im Komm. v. RGR. Anm. 4 zu § 2059 angegebene Formel, nach der von vornherein ausgesprochen werden soll, daß bis zur Teilung die Zwangsvollstreckung in das Nicht-Nachlaßvermögen nur zu der dem Erbteile des Schuldners entsprechenden Quote zulässig sei, trifft nicht das Richtige, da die Vollstreckung zulässigerweise zunächst auch in Nicht-Nachlaßvermögen muß betrieben werden können und es durchaus dem freien Willen des Erben überlassen bleiben muß, ob er dann die Vollstreckung gelten lassen will oder nicht (§§ 781, 785, 767, nicht § 766 ZPO.).

6. *Heß, Verpflichtungsgeschäfte über Gesamtgut usw. 78, 88 bb. Die Bestimmung des § 2059 Abs. 2 konstatiert nicht eine „Gesamthandsschuld"; wegen des Begriffs s. im einzelnen zu § 421 BGB. Ziff. II 1.

Dritter Abschnitt. Testament.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Aus der Fülle der reichlich geflossenen Rechtsprechung seien hervorgehoben: (Zu § 2065) die Entscheidungen des RG. über die Unwirksamkeit einer dem Erben in einem Testament erteilten Ermächtigung, den letzten Willen des Erblassers

zu ändern, andrerseits über die Zulässigkeit, in einem Testament dem Testamentsvollstrecker einen gewissen Spielraum bei der Verwaltung des Nachlasses einzuräumen. — Der Irrtum des Erblassers über die Höhe seines Vermögens wird vom RG. (Ziff. 2 zu § 2078) nur dann als rechtlich beachtlich erklärt, wenn er zugleich einen Irrtum über den Inhalt seiner Willenserklärung in sich schließt, und die Kenntnis der Sachlage, die das Anfechtungsrecht des Pflichtteilsberechtigten nach § 2079 Satz 2 ausschließt, wird vom RG. (Ziff. 1 zu § 2079) auf die Kenntnis des Erblassers von der Person des Pflichtteilsberechtigten abgestellt, während Änderungen der Sachlage, die in anderer Beziehung eingetreten sind, nicht berücksichtigt werden dürfen.

§ 2064. BadRpr. **12** 151 (Karlsruhe). Der Mangel der Testierfähigkeit ist für die Zeit der Testamentserrichtung von dem zu beweisen, der die Richtigkeit des Testaments behauptet. Im Falle des § 104 Ziff. 2 BGB. genügt der Nachweis, daß der Erblasser um diese Zeit sich in dem dort vorausgesetzten Zustande befunden hat. Dem Gegner steht der Beweis offen, daß gleichwohl bei dem Testamentsakte selbst ein lichter Zwischenraum bestand, in dem der Krankheitszustand behoben, sein Einfluß ausgeschaltet war.

§ 2065. Literatur: Falk, Der Wille des Erblassers bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen. Mainz 1912.

1. Keine Vertretung im Willen oder in der Willenserklärung. **RG. 79** 32, SeuffA. **67** 468, JW. **12** 590, DJZ. **12** 753, R. **12** Nr. 1197. Dem Gesetze liegt der Gedanke zugrunde, bei letztwilligen Verfügungen solle eine Vertretung des Erblassers weder im Willen noch in der Erklärung des Willens statthaft sein. Auch die Testierfreiheit findet darin ihre Schranke, daß es dem Erblasser nicht gestattet ist, das Schicksal seines Vermögens (und damit des Familienvermögens) nach seinem Tode nicht von seinem, sondern eines anderen Willen abhängig zu machen. Lediglich bei Vermächtnissen und Auflagen sind gewisse Milderungen zugelassen (§§ 2151—2186, 2192, 2193). Dagegen kann der Erblasser den Erben (und beim gemeinschaftlichen Testament der eine Ehegatte den überlebenden) nicht ermächtigen, seinen (des Erblassers) letzten Willen zu ändern. Ein auf eine solche Ermächtigung gegründetes Testament ist daher wirkungslos.

2. Einräumung eines Spielraums bei der Verwaltung. **RG.** BayRpflZ. **12** 212, WarnE. **5** 190, R. **12** Nr. 886. § 2065 hat, wie seine Entstehungsgeschichte ergibt, zunächst nur solche Verfügungen im Auge, deren Geltung überhaupt oder bei denen die Bestimmung der Person des Bedachten und des Gegenstandes der Zuwendung vom nackten Wollen eines anderen, sei es auch eines Testamentsvollstreckers abhängig gemacht ist. Dem nackten Wollen eines anderen mag in dieser Beziehung sein vernünftiges Ermessen gleichstehen, weil dieses ohne nähere Angaben seiner Grundlagen in Wahrheit doch nur auf ein willkürliches nacktes Wollen hinausläuft. Darum handelt es sich aber nicht, wenn der Testamentsvollstrecker angewiesen wird, einen bestimmten Bruchteil der Einkünfte des Nachlasses unter bestimmten Bedingungen an die Nacherben zu verteilen und einen anderen Bruchteil zu gemeinnützigen Zwecken zu verwenden. Denn hierdurch ist, wie das mehr oder weniger schließlich bei jeder Vermögensverwaltung der Fall ist, den Testamentsvollstreckern ein gewisser Spielraum eingeräumt, von irgendwelcher Willkür kann aber dabei nicht die Rede sein. Vgl. auch u. zu § 2111 und § 2203.

3. *Fraeb, ZBlFG. **13** 282. Eine letztwillige Verfügung dahin, daß in bezug auf den Nachlaß des Testators die Bestimmungen gelten sollen, welche sein Bruder für seinen Nachlaß in seinem Testamente trifft oder getroffen hat, verstößt gegen § 2065 Abs. 2 und ist deshalb nichtig. Ebenso LG. Hamburg aaO.

4. SchlHolstAnz. **12** 65 (Kiel). Daß der Erblasser den Testamentsvollstrecker zum Schiedsrichter bestellen kann, falls über den Sinn des Testaments Streit entstehe, wird in Übereinstimmung mit der Rechtslehre (Planck u. Komm. v. RGR. zu § 2203, Dernburg V § 141) anerkannt.

5. Vgl. auch unten zu § 2198 (Unzulässigkeit, die Bestimmung, ob eine Testamentsvollstreckung stattfinden solle, einem Dritten zu überlassen).

§§ 2065, 2086. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** zu §§ 2065, 2086 — (Ergänzung der im Testament offen gelassenen Summe einer Zuwendung durch Auslegung) auch SeuffA. **67** 196, R. **12** Nr. 2061. — Die dadurch bestätigte Entsch. des OLG. Dresden ist veröffentlicht SächsOLG. **33** 468.

2. BayRpflZ. **13** 25 (BayObLG.). Die Annahme, daß die Kinder eines eingesetzten Erben als dessen Ersatzerben berufen sind, und die Annahme, daß die eingesetzten Erben nach Köpfen zu teilen haben, sind nicht vereinbar. Denn wenn die Erben nach Köpfen zu teilen haben, sind sie um ihrer Person willen, nicht als Vertreter ihres Stammes bedroht.

§ 2073. KGJ. **42** A 136. Läßt sich, abgesehen von dem Falle des § 2073, die Persönlichkeit des nach gewissen Merkmalen bezeichneten eingesetzten Erben nicht feststellen, so ist zwar das Testament an sich gültig, es kann auch (wegen der Unmöglichkeit, die gesuchte Person zu individualisieren) ein Aufgebot zum Zwecke der Todeserklärung nicht ergehen. Das Nachlaßgericht hat jedoch nach fruchtloser Anstellung ausreichender Ermittelungen die Erbeinsetzung als wirkungslos anzusehen und dem gesetzlichen Erben auf Antrag den Erbschein zu erteilen. Zu einer solchen Lösung der Schwierigkeit zwingt ein unabweisbares praktisches Bedürfnis; die Nachlaßpflegschaft kann nicht auf unabsehbare Zeit fortbestehen, und den Verwandten des Erblassers, die als gesetzliche Erben dem Fiskus vorgehen (§§ 1936, 1964 BGB.; KGJ. **32** A 83), darf die Erbschaft wegen einer unauffindbaren Testamentserbin nicht dauernd vorenthalten werden.

§§ 2074 ff. *Fraeb, ZBlFG. **13** 282. Unverständliche Bedingungen sind wie unmögliche zu behandeln und deshalb für unwirksam zu erachten.

§§ 2078 ff. Kretzschmar, ZBlFG. **12** 653, gibt eine systematische Darstellung der Bedeutung und Arten der Unwirksamkeit (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit) letztwilliger Verfügungen.

§ 2078. 1. Die Entsch. **RG. 77** 165 — JDR. **10** Ziff. 2 zu § 2078 — auch DNotV. **12** 258, R. **12** 73.

2. **RG.** WarnE. **5** 101, R. **12** Nr. 449, 450. Befand sich der Erblasser bei der Errichtung des Testaments in einem Irrtum über die Höhe seines Vermögens, glaubte er, es handle sich nur noch um einen geringen Rest, der zur Verteilung übrig bleibe, während tatsächlich noch erhebliche Beträge zu verteilen waren, so erscheint dieser Irrtum zunächst nur als Irrtum im Beweggrunde, und zwar dafür, daß der Erblasser den Bedachten außer dem ihnen Zugeteilten auch noch den Rest seines Vermögens zugewandt habe. Nun kann zwar (**RG. 62** 201, **75** 271, JDR. **5** Ziff. II 3, **10** Ziff. 3 zu § 119) ein Irrtum im Beweggrund zugleich einen solchen über den Inhalt der Erklärung herbeiführen, der Irrtum im Beweggrund und der über den Inhalt der Erklärung schließen sich im Falle des § 2078 ebensowenig wie im Falle des § 119 BGB. aus. Zur Anwendung des § 2078 Abs. 1 bedarf es aber einer näheren Darlegung, inwiefern der Erblasser zugleich über den Inhalt seiner Erklärung sich geirrt habe.

§ 2079. 1. **RG.** BayRpflZ. **12** 133, WarnE. **5** 133, R. **12** Nr. 609. Das im § 2079 geordnete Anfechtungsrecht dient — abweichend von § 2078 — dem Schutze des Pflichtteilsberechtigten. Nur der im § 2079 vorausgesetzte, die Übergehung des Pflichtteilsberechtigten betreffende Irrtum soll unschädlich gemacht

werden. Wenn daher § 2079 Satz 2 die Anfechtung, die an sich die ganze Verfügung von Todeswegen ergreift, insoweit ausgeschlossen sein läßt, als anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde, so kann unter der hier erwähnten Sachlage nur die aus der Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten sich ergebende Sachlage verstanden werden. Hat dagegen die Sachlage auch in anderen Beziehungen sich verändert, so dürfen diese Änderungen nicht mit berücksichtigt werden. Die nach § 2079 Satz 2 vorzunehmende Prüfung ist darauf zu richten, wie der Erblasser zur Zeit der Errichtung des Testaments (Erbvertrags) verfügt haben würde, wenn er zwar hinsichtlich der Person des Pflichtteilsberechtigten die später eingetretene Sachlage überschaut hätte, im übrigen aber diejenigen Umstände auf sich hätte wirken lassen, die ihn zur Zeit der Errichtung der Verfügung von Todes wegen zu dieser Verfügung bestimmt haben.

2. Vgl. auch zu § 2271 Ziff. III 2 OLG. **24** 73 (Naumburg).

§ 2084. 1. *Falk, Der Wille des Erblassers bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen. Hier kommt der Willenstheorie nicht eine absolute Geltung, vielmehr nur eine vorherrschende Stellung der Erklärungstheorie gegenüber zu. Gegenstand der Auslegung bleibt immer der Sinn des erklärten Willens, der mit dem zu ermittelnden wirklichen, wahren Willen — nicht dem inneren Willen oder der bloßen Absicht des Erblassers — unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles übereinstimmen muß. Dem Richter darf nicht die Befugnis gegeben werden, einzutreten, „um die Lücken auszufüllen" (284 f.).

2. *Fraeb, ZBlFG. **13** 280. Bei Auslegung von Testamenten gilt nicht § 157, sondern nur § 133. Eine in deutscher Sprache abgefaßte letztwillige Verfügung eines Deutschen ist nicht nach fremdländischem Sprachgebrauche, sondern nach deutschem auszulegen, auch wenn sie im Ausland errichtet ist.

3. **RG.** JW. **12** 344, R. **12** Nr. 849. Eine selbständige Bedeutung neben dem § 133 kommt bei der Auslegung einseitiger letztwilliger Verfügungen dem § 157 BGB. überhaupt nicht zu. Wenn Vertragschließende ihre Willenskundgebung gegen sich in der Bedeutung gelten lassen müssen, die der bestehenden Verkehrssitte und den Anforderungen der Redlichkeit im Verkehr entspricht, so hat im Unterschiede davon bei der Testamentsauslegung die Verkehrsgepflogenheit, wenn schon eine sehr gewichtige tatsächliche, so doch nicht die gleiche rechtliche Bedeutung. Sie bildet, ohne die Willenserforschung zwingend zu beherrschen, nur einen Auslegungsbehelf wie jeder andere. Der wirkliche Wille des Erblassers setzt sich bei der Testamentsauslegung auch jeder verkehrsüblichen Wortbedeutung gegenüber im positiven oder negativen Sinne durch.

§ 2085. *Fraeb, ZBlFG. **13** 278. Eine unvollendet gebliebene Erbeseinsetzung ist nichtig, die mit dieser in nahem Zusammenhange stehende Testamentsvollstreckerernennung ist deshalb auch unwirksam.

§ 2086. *Raape, Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte 24 ff. Auch der Vorbehalt der Bestätigung ist zulässig (si testator voluerit); für die gesetzliche Anerkennung der Wollensbedingung folgt daraus nichts. Vgl. zu § 158 Ziff. II 2.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087. I. Einsetzung zum Voll- oder Vorerben? 1. Hans. GZ. **12** Beibl. 264 (Hamburg) legt die Bestimmung eines Testaments, daß die Witwe bei Lebzeiten „den Nießbrauch haben" solle, im Sinne der Einsetzung der Witwe als Vorerbin aus, und zwar dahin, daß sie von dem von keinem Dritten zu verwaltenden Nachlaß ihres Mannes die Einkünfte beziehen, der Nachlaß aber erst nach ihrem Tode den gesetzlichen Erben des Erblassers als Nacherben zufallen solle.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 669, 672. Die Tatsache allein, daß der Witwe des Erblassers neben ihrem Erbanteil auch die Verwaltung der Erbteile ihrer Kinder übertragen ist, genügt nicht, sie als Vorerbin hinsichtlich der Kindererbteile anzusehen, wenn andere Bestimmungen des Testaments darauf hinweisen, daß der Erblasser auch den Kindern ein unmittelbar mit seinem Tode entstehendes Recht auf ihren Erbteil geben wollte.

II. Erbeinsetzung oder Vermächtnis? 1. **RG.** WarnE. **5** 483, R. **12** Nr. 3216. Mit der Kraft, das gesetzliche Erbrecht zu überwinden, sind nicht nur die nach Inkrafttreten des BGB. getroffenen, sondern durch Artt. 213, 214 EGBGB. auch die vorher ergangenen letztwilligen Verfügungen ausgestattet. Entscheidend ist, ob der verfügende Ehegatte den Willen hatte, lediglich das in der Verfügung Zugewandte solle der Bedachte aus dem Nachlasse haben und sonst nichts. Dieser Wille kann nur im Einzelfalle aus den Umständen, durch Auslegung der Verfügung ermittelt werden. Liegt er vor, so ist damit zwar nicht als sein Ziel, wohl aber als seine natürliche Folge der Ausschluß des vom BGB. gegebenen gesetzlichen Erbrechts festgestellt.

2. RheinZ. **4** 491 (Colmar) faßt die Bestimmung einer Verfügung, worin der Erblasser seiner Ehefrau sein Mobiliarvermögen zu Eigentum und sein Immobiliarvermögen zu lebenslänglicher Nutznießung auf den Todesfall übertragen hat, nicht als Erbeinsetzung, sondern als ein Vermächtnis auf. Im übrigen wird (unter Zugrundelegung des früheren französischen Rechtes) verneint, daß die Bestimmung im Sinne einer bewußten Ausschließung der Ehefrau von dem gesetzlichen Erbrechte des BGB. gemeint sei.

3. ElsLothJZ. **12** 187 (Colmar). Bei Beurteilung der Frage, ob eine letztwillige Verfügung als Erbeinsetzung oder als bloßes Vermächtnis anzusehen sei, kommt es weder darauf an, ob das dem Bedachten Zugewendete zur Zeit des Todes des Erblassers dessen einziges Vermögen ausgemacht hat, noch darauf, ob der Bedachte, nachdem die letztwillige Verfügung errichtet worden, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden den Rest des ihm nicht letztwillig zugewendeten Vermögens des Erblassers erworben hat. Eine Erbeinsetzung liegt vielmehr nach § 2087 Abs. 1 nur dann vor, wenn der Erblasser nach seinem Vermögensstande zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung durch diese über sein Vermögen oder über einen Bruchteil seines Vermögens verfügt hat.

4. ElsLothNotZ. **12** 26 (LG. Straßburg). Wenn in einer Verfügung von Todes wegen ein „Alleinerbe" eingesetzt ist mit Befreiung gemäß § 2136 und mit der Bestimmung, daß nach dem Tode des Erblassers sein sämtliches Vermögen dem Alleinerben zufallen soll und die Kinder des Erblassers nur den Pflichtteil zu beanspruchen haben, so ist dem Antrage des eingesetzten Erben auf Ausstellung eines Erbscheins für ihn als Vorerben mit der Befreiung von den Beschränkungen und Verpflichtungen nach § 2136 und der Angabe, daß als Nacherben die vorhandenen Kinder in Betracht kommen, stattzugeben.

5. Goldsche, DJZ. **12** 343. Waltet kein Zweifel ob, daß es der Wille des Erblassers war, den mit einem bestimmten Gegenstande Bedachten zum Erben zu machen, so liegt eine Erbeinsetzung auch dann vor, wenn der mit einem bestimmten Gegenstande Bedachte einem oder mehreren anderen bruchteilsmäßig Bedachten gegenübersteht oder wenn die anderen Bedachten neben ihm auf den Rest eingesetzt worden sind.

6. Vgl. auch unten Ziff. V zu § 2269.

§ 2088. a) ElsLothNotZ. **12** 300, ElsLothJZ. **12** 368, RheinNotZ. **12** 171 (Colmar). Hat ein Erblasser in einem vor 1900 unter der Herrschaft des code civil errichteten Schenkungsakt seiner dies annehmenden Ehefrau sein Mobiliarvermögen zu Eigentum und sein Immobiliarvermögen zu lebenslänglicher Nutznießung auf den Todesfall

übertragen, so stellt sich dies als ein Vermächtnis dar, durch dessen Anordnung das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten nicht ausgeschlossen wird.

b) Vgl. dazu die Bemerkungen von Weißler, DNotV. **12** 805 und ferner RheinNotZ. **12** 173 und ElsLoth. NotZ. **12** 319.

§ 2095. Fürnrohr, JW. **12** 61. Der Sinn des § 2095 verlangt die Selbständigkeit des anwachsenden Erbteils auch hinsichtlich der Verteilung der Pflichtteilslast nach § 2318 Abs. 1 u. 2 BGB., abgesehen von den besonders geregelten Fällen der §§ 2306, 2319 ff. Denn die Bestimmungen des § 2318 Abs. 1 u. 2 stellen nichts anderes als einen Teil der rechtlichen Beziehungen zwischen Erben und Vermächtnisnehmer dar und gehören daher richtiger in den Abschnitt „Vermächtnis". Da aus § 2318 ein Verweigerungsrecht zugunsten des Erbteils entspringt, muß notwendig die Verteilung nach § 2318 der Befriedigung des Vermächtnisnehmers vorangehen, d. h. die Verteilung der Pflichtteilslast auf Erben und Vermächtnisnehmer nach § 2318 muß getrennt und selbständig sowohl bei dem anwachsenden wie bei dem anwachsungsberechtigten Erbteile vorgenommen werden.

§ 2096. 1. *Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Ist jemand als Ersatzerbe eingesetzt worden, so unterliegt nach dem Erbfalle sein Erbteil der Pfändung bereits, bevor der zuerst Berufene weggefallen ist (203).

2. Vgl. unten Ziff. V 3 zu § 2269.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Über den Begriff des Nacherbenrechts als eines besonders gearteten Rechtes an der Erbschaft hat sich eine tiefgründige Entscheidung des KG. (Ziff. I 1 zu §§ 2113 ff.) ausgesprochen mit dem Ergebnis, daß nur dieses sog. Hauptrecht gepfändet werden könne, während die sog. Hilfsansprüche, insbes. der Anspruch des Nacherben gegen den Vorerben auf Herausgabe der Erbschaft, nicht pfändbar seien. — Das RG. behandelt in einer Entsch. (Ziff. V zu §§ 2113 ff.) eingehend das Verfügungsrecht des Vorerben im Gegensatze zu seiner Befugnis, über die zur Vorerbschaft gehörigen Gegenstände sich schuldrechtlich zu verpflichten. — Zu der zwischen dem BayObLG. und dem KG. bestehenden Meinungsverschiedenheit, ob die Zustimmung des Nacherben zu einer durch den Vorerben vorgenommenen Veräußerung nur dem Vorerben (OLG. **14** 132, KGJ. **33** A 184) oder auch dem Erwerber gegenüber (BayObLG. **13** 22) erklärt werden könne, hat das RG. in der ihm vom BayObLG. zur Entscheidung vorgelegten Sache nicht Stellung genommen, da im gegebenen Falle die Vorerbin zugleich im Namen der Nacherben (ihrer Kinder) den Vertrag geschlossen hatte, ein solcher Vertrag aber nach der Entscheidung des RG. unbedenklich mit dem Dritten geschlossen werden kann.— Ob im einzelnen Falle der Nachweis der Entgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts des befreiten Vorerben als geführt angesehen werden könne, ist noch immer der Gegenstand vielfachen Kopfzerbrechens der OLG., wie die Zusammenstellung zu § 2136 ergibt.

§ 2100. Die Entsch. MecklZ. **30** 40 (Rostock) — JDR. **10** Ziff. III zu § 2100 — auch R. **12** Nr. 762.

§ 2102. ElsLothNotZ. **12** 282 (LG. Straßburg). Wenn in einem Erbvertrage zwei Personen sich gegenseitig als Vorerben des Erstversterbenden von ihnen und einen Dritten als ihren Nacherben unter der Bedingung der Leistung verschiedener Vermächtnisse eingesetzt haben, so ist dieser Dritte der Nacherbe des Erstverstorbenen und der Ersatzerbe des Zuletztverstorbenen. Dem Dritten ist daher auf Antrag ein Erbschein als Erben nach dem Zuletztverstorbenen zu erteilen.

§ 2108. 1. SchlHolstAnz. **12** 84 (Kiel). Die während der Ehe erworbene Anwartschaft einer Ehefrau auf eine Nacherbschaft gehört zum

eingebrachten Gute (§ 1363 Abs. 2 BGB.). Daher kann der Ehemann die daraus sich ergebenden Ansprüche, insbesondere die aus § 2119 in eigenem Namen geltend machen. Unbegründet ist aber das Verlangen, daß das Kapital auf den Namen des Vorerben und der Nacherben angelegt werde, vielmehr ist die von dem Vorerben den Nacherben zu leistende Sicherheit verschieden von der Anlegung des zum Nachlasse gehörigen Vermögens (vgl. §§ 2116, 2117, 2118 BGB., § 52 GBO.).

2. KGJ. **42** A 104, RJA. **12** 22. Auch das Recht des Ersatznacherben geht, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, auf die Erben des Berufenen über, wenn dieser vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge und vor dem Wegfalle des zunächst berufenen Nacherben, aber nach dem Erbfalle stirbt. So gut wie der gewöhnliche Ersatzerbe „eingesetzter Erbe" ist (vgl. § 2096), ist der Ersatznacherbe „eingesetzter Nacherbe" im Sinne des § 2108 Abs. 2 Satz 1.

§ 2111. RG. BayRpflZ. **12** 212, WarnE. **5** 190, R. **12** Nr. 887. Der Erblasser kann zwar den Erwerb des Vorerben an den Nutzungen des Nachlasses nicht mit dinglicher Wirkung zugunsten des Nacherben ausschließen, wohl aber durch Anordnung eines Vermächtnisses zugunsten des Nacherben eine schuldrechtliche Verpflichtung des Vorerben dahin begründen, die auf die Zeit der Vorerbfolge entfallenden Nutzungen beim Eintritte des Falles der Nacherbfolge oder auch schon vorher ganz oder teilweise an den Nacherben herauszugeben, oder durch Anordnung einer Auflage bestimmen, daß auch die auf die Zeit der Vorerbfolge entfallenden Einkünfte bei oder schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge ganz oder teilweise zu gewissen Leistungen verwandt werden sollen, — dies alles unbeschadet der Rechte des Vorerben im Falle der Beeinträchtigung seines Pflichtteilsrechts. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2065 u. § 2203.

§§ 2113 ff. I. Das Nacherbenrecht als besonders geartetes Recht an der Erbschaft. 1. KGJ. **42** A 228. Das Nacherbenrecht erschöpft sich nicht in dem Herausgabeanspruche des Nacherben gegen den Vorerben (§§ 2130—2138), vielmehr ist dieser Anspruch nur eines der mehreren dem Nacherben gegebenen Rechte. Über den Einzelrechten besteht ein Recht, welches sich nicht mit dem dem Vollerben an der Erbschaft zustehenden Rechte deckt, sondern ein besonders geartetes Recht an der Erbschaft ist, das nur erbrechtliche, aber nicht zugleich sachenrechtliche Wirkungen hervorbringt. Wenn das Recht des Nacherben auch gewisse dingliche Wirkungen hat (vgl. §§ 2113—2119, 2130—2138), so sind diese doch nicht sachenrechtlicher Art, sondern Wirkungen, wie sie sich aus allen absoluten Rechten ergeben.

2. Pfändung. KGJ. **42** A 228. Das Nacherbenrecht ist, wie vererblich (§ 2108 Abs. 2), so auch übertragbar und pfändbar. Die Pfändung besteht nicht in der Pfändung eines (in Wirklichkeit nicht bestehenden) dinglichen Rechtes an den einzelnen Nachlaßgegenständen, sondern in der Pfändung des Nacherbenrechts selbst als sog. Hauptanspruchs. Die alleinige Pfändung der Hilfsansprüche, d. h. der aus dem Nacherbenrechte hervorgehenden Einzelrechte, insbesondere des Herausgabeanspruchs gegen den Vorerben, genügt nicht. Ist nur ein Nacherbe vorhanden, so fehlt es an einem Drittschuldner. Sind mehrere Nacherben vorhanden, so sind die anderen Nacherben Drittschuldner. Für die Hilfsansprüche ist stets ein Drittschuldner vorhanden, meist ist es der Vorerbe.

3. Vgl. auch die ausführliche Mitteilung von Schlegelberger, SeuffBl. **13** 104.

II. Beschränkung des Verfügungsrechts und schuldrechtliche Verpflichtung. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 609, JW. **12** 188, WarnE. **5** 69, R. **12** Nr. 230. Das Gesetz beschränkt nach den §§ 2113—2115 lediglich das

Verfügungsrecht der Vorerben, entzieht ihnen damit aber nicht die Befugnis, sich in Hinsicht auf die in jenen Bestimmungen bezeichneten Gegenstände schuldnerisch zu verpflichten. Verkauft daher der Vorerbe ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück und ist der Kaufvertrag sonst nur rechtsbeständig zustande gekommen, dann ist der Vorerbe zur Erfüllung auch schuldnerisch verpflichtet nach den §§ 241, 242 BGB. in Verb. mit §§ 433 ff. BGB. Gemäß § 2113 kann allerdings, wenn es sich um ein Grundstück handelt, die Verfügung des Vorerben nachträglich, nämlich beim Eintritte der Nacherbfolge, insoweit wieder unwirksam werden, als sie das Recht der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Indessen würde auf diesem Wege die Leistung des Vorerben in der Folge auch wirklich vereitelt, so käme alsdann für das Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Käufer nur eine Schadensersatzhaftung aus dem Vertrage wegen Entziehung der Kaufsache in Frage, dagegen enthebt die Möglichkeit des Eintritts solcher Folgen den Vorerben nicht der Verpflichtung, zunächst den Vertrag zu erfüllen und dem Käufer das verkaufte Grundstück zu übereignen. Alles in allem liegt die Sache nicht anders, als im Falle einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB.). Im Falle des § 2113 endigt die Wirksamkeit der Verfügung freilich auch im schlimmsten Falle immer nur insoweit, als durch sie das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt werden würde (Mot. V, 114 u. Prot. V, 97, 98). Es kommt ferner hinzu, daß der Nacherbe dem Vorerben gegenüber verpflichtet sein kann, seine Einwilligung zu der beabsichtigten Verfügung zu erteilen (§ 2120).

III. Vertretung des Nacherben durch den Vorerben. a) BayObLG. **13** 22, SeuffBl. **12** 267, BayNotZ. **12** 307 R. **12** Nr. 1136. Die Zustimmung des Nacherben zu einer durch den Vorerben vorgenommenen Veräußerung kann (aM. OLG. **14** 132 [KG.] — JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 2113 —) auch dem Erwerber gegenüber erklärt werden, da der in der Zustimmung liegende Verzicht nicht der Annahme des Vorerben bedarf, vielmehr als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung aufzufassen ist. Wird aber der Nacherbe (z. B. ein Kind) durch den Vorerben (z. B. seine Mutter) verteten, so kann die dem Dritten gegenüber erklärte Zustimmung nur als solche, die der Vertreter sich selbst gegenüber abgibt, also als eine durch § 181 BGB. verbotene Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst angesehen werden. Da diese Auffassung der Entsch. **RG. 76** 89 — JDR. **10** Ziff. 6 zu § 181 — entgegensteht, ist die Sache gemäß § 79 Abs. 2 GBO. dem RG. vorgelegt worden. **b)** Das **RG.** hat — BayObLG. **13** 28, BayNotZ. **12** 307, 314, BayRpflZ. **12** 308, JW. **12** 790, SeuffBl. **12** 432, WarnE. **5** 435, R. **12** Nr. 1748 — dahin entschieden, daß es für den vorliegenden Fall auf die seiner Entscheidung unterbreitete Rechtsfrage nicht ankomme, da nach Inhalt des vorgelegten Kaufvertrags die Vorerbin (Witwe) den Vertrag zugleich im Namen der Nacherben (ihrer Kinder) geschlossen habe, durch die §§ 181, 1795 Abs. 1, 2 (§ 1630 Abs. 2, 1686) oder sonst im Gesetz aber nicht verboten sei, daß ein gesetzlicher Vertreter (Vormund oder Inhaber der elterlichen Gewalt) im eigenen Namen und zugleich im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten vornehme. Im Falle eines erheblichen Gegensatzes der Interessen steht es im Ermessen des Vormundschaftsgerichts, gemäß § 1796 in Verb. mit §§ 1630 Abs. 2, 1686 BGB. dem gesetzlichen Vertreter die Vertretung in der Verkaufsangelegenheit zu entziehen.

IV. *Leiling, BayNotZ. **12** 307 ff. Wegen Zustimmung des Nacherben s. auch bei §§ 181 Ziff. 1 u. 182 Ziff. 2.

§ 2115. RG. JW. **12** 909, DJZ. **12** 1298, R. **12** Nr. 2687, 2696. Die Aufrechnung einer wider den Vorerben persönlich gerichteten Forderung gegen eine von dem Vorerben geltend gemachte Nachlaßforderung ist unstatthaft. Wäre

die Aufrechnung als statthaft anzusehen, so wäre der Nachlaßschuldner in der vorteilhaften Lage, den Weg der Zwangsvollstreckung zu vermeiden und den Bestimmungen des § 773 ZPO. auszuweichen, der Vorerbe andererseits aber außerstande, die Erbschaft unversehrt zu bewahren und dem Nacherben unverkürzt zu überliefern.

§ 2136. I. **RG.** R. 12 Nr. 451. Die Stellung des Vorerben als befreiten Vorerben kann daraus gefolgert werden, daß der Nacherbe nur auf das beim Tode des Vorerben vorhandene Vermögen eingesetzt und letzterem die „unbeschränkte" Verwaltung neben dem Nießbrauch eingeräumt ist.

II. Nachweis der Entgeltlichkeit. 1. ElsLothNotZ. **12** 119, ElsLoth. JZ. **12** 196 (Colmar) findet in den Entsch. OLG. **21** 326, ZBlFG. **10** 766, **11** 626, RJA. **11** 125 (KG.) u. ZBlFG. **11** 377 (Darmstadt) — JDR. **9** Ziff. 1 a u. 2 c, **10** Ziff. 4 c zu § 2136 BGB. —, wonach die Unentgeltlichkeit einer Verfügung des Vorerben durch die Sachlage dann ausgeschlossen werde, wenn die Eintragungsbewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts sei, eine deutliche Abweichung von der für **RG. 65** 217 — JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 2136 — als grundlegend erscheinenden Rechtsauffassung, indem dazu bemerkt wird: Durch die in der Vertragsurkunde enthaltenen Erklärungen der Beteiligten werden nur die diesen selbst gegenüber für die Eintragung der Rechtsänderung erforderlichen Nachweise erbracht. Die Berücksichtigung der Möglichkeit, daß es sich nur um zum Schein abgegebene Erklärungen handle, darf daher nicht eingeschränkt werden auf den Fall, daß zufällig dem Grundbuchamt einmal bestimmte Tatsachen bekannt sind, welche es nach Lage der Sache besonders zweifelhaft erscheinen lassen, ob der Nacherbe die Verfügung als eine entgeltliche gegen sich gelten lassen muß. Als durch die Sachlage ausgeschlossen kann die Unentgeltlichkeit nur dann erscheinen, wenn die Sachlage soweit feststeht, daß damit zugleich die Entgeltlichkeit der Verfügung als unumstößlich feststehend erscheint.

2. a) Dagegen BayObLG. **13** 176, BayNotZ. **12** 177, SeuffBl. **12** 372, Bay. RpflZ. **12** 240, ZBlFG. **13** 404, R. **12** Nr. 1494. Die Unentgeltlichkeit der Verfügung ist durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen, wenn der Vorerbe ein Grundstück im Wege der öffentlichen Versteigerung erstanden hat und der in fünf Jahresfristen zahlbare Versteigerungspreis sofort kaufsweise an eine Genossenschaft abgetreten worden ist. **b)** KGJ. **41** A 176, OLG. **25** 385 Anm. 1. Die einseitige Erklärung des befreiten Vorerben genügt zum Nachweise der Entgeltlichkeit der Verfügung, wenn die Richtigkeit dieser Erklärung durch andere, in der Form des § 29 GBO. nachgewiesene Umstände bestätigt wird. Derartige Umstände können darin gefunden werden, daß der Vorerbe Teilhaber einer Erbengemeinschaft ist und seine Erklärung mit derjenigen der übrigen Teilhaber übereinstimmt, die keine Vorerben, sondern Vollerben sind. **c)** KGJ. **41** A 180, OLG. **25** 385 Anm. 1, SchlHolst. Anz. **12** 284. Die Erklärung des befreiten Vorerben, daß er eine zu dem Nachlasse gehörige Eigentümerhypothek aufgebe und deren Löschung bewillige, ist dann eine entgeltliche, wenn der Vorerbe gleichzeitig eine neue Darlehnshypothek bestellt und deren Gläubiger die Löschung der Eigentümerhypothek verlangt. **d)** DNotV. **12** 821 (KG.). Hat eine Witwe als befreite Vorerbin eine Hypothek abgetreten, den Empfang des Gegenwerts bekannt und eine Bestätigung des Erwerbers über die Bezahlung der vollen Valuta überreicht, so kann eine Schenkung nicht gut vorliegen; denn es würde dadurch die Witwe nicht nur sich selbst, sondern auch ihren Kindern, den Nacherben, die Valuta entzogen haben. Auch läßt die Tatsache, daß der Grundstückseigentümer die Kosten übernommen hat, den Schluß zu, daß die Abtretung auf seine Veranlassung zur Deckung der ihm gekündigten Hypothek geschehen ist. e) Vgl. dazu die Bemerkungen von Weißler, DNotV. **12** 821.

3. Cohn, JW. 12 171, Der befreite Vorerbe vor und nach dem 1. Januar 1900, hält den Ausweg, die Entgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts dann als vorhanden anzunehmen, wenn der Notar sie bescheinige, für bedenklich, da, wenn es darauf ankomme, einer Behörde den Nachweis der Zahlung zu liefern, es ein Leichtes sei, auf dem Tische des Notars das Geld aufzuzählen und es auf der Treppe zurückzugeben. Vgl. auch u. Ziff. 2 zu § 2363.

III. Löschung des Nacherbenvermerkes. 1. Die Entsch. OLG. **24** 85 (BayObLG.) — JDR. **10** Ziff. III a zu § 2136 — auch BayObLG. **12** 739, BayRpflZ. **12** 77, DJZ. **12** 1247, BayNotZ. **12** 111, RJA. **11** 300.

2. BayRpflZ. **12** 485, SeuffBl. **13** 66 (BayObLG.). Ist nach den Umständen anzunehmen, daß der Vorerbe ein Erbschaftsgrundstück gegen Entgelt verkauft hat, und ist der Käufer im Grundbuch als Eigentümer dieses Grundstücks eingetragen, so macht der Vermerk des Rechtes des Nacherben auf dem Blatte dieses Grundstücks das Grundbuch im Sinne des § 22 GBO. unrichtig.

§ 2137. SächsOLG. **33** 326. Die Vorschrift des § 2137 schließt nicht aus, daß der Erblasser eine Befreiung des Vorerben von den gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen auch mit anderen Worten bestimmt.

Vierter Titel. Vermächtnis.

§§ 2151 ff. *Falk, Der Wille des Erblassers. Mit Ausnahme des § 2165 ist hier dem Richter ein Nachprüfungsrecht gegenüber der Bestimmung des Dritten nicht gegeben.

§ 2191. Kretzschmar, SächsRpflA. **12** 289. Das BGB. gibt keine Begriffsbestimmung für das „Nachvermächtnis", setzt den Begriff vielmehr als gegeben voraus. Das Nachvermächtnis ist ein betagtes oder aufschiebend bedingtes Vermächtnis, dessen Eigenart darin besteht, daß Beschwerter nicht der Erbe ist, sondern derjenige Vermächtnisnehmer, dem der vermachte Gegenstand zunächst zugewendet ist, daß also derselbe Gegenstand mehreren nacheinander zugewendet wird. Von der Einsetzung eines Nacherben unterscheidet es sich dadurch, daß es keine dingliche Wirkung ausübt, sondern immer nur den obligatorischen Anspruch des Nachvermächtnisnehmers gegen den Vorvermächtnisnehmer auf Leistung des vermachten Gegenstandes begründet. Mit Rücksicht hierauf sind im § 2191 Abs. 2 von den für die Nacherbeinsetzung geltenden Vorschriften nur die des §§ 2102, 2106 Abs. 1, 2107 und 2110 Abs. 1 für entsprechend anwendbar erklärt; im übrigen gelten insoweit die Vorschriften über das betagte und das bedingte Vermächtnis. (Wird im einzelnen dargelegt.)

Fünfter Titel. Auflage.

§ 2192. Vgl. oben zu § 2111.

§§ 2192 ff. *Thießen, Person und Vermögen 23. Die Auflage ist reine Obligation. — Pflicht, nicht Recht, wie die Kündigung nur Recht, keine Pflicht enthält. — Die Lehre, die für jedes Recht eine gegenüberstehende Pflicht, für jede Pflicht ein gegenüberstehendes Recht fordert, wird an diesen Beispielen widerlegt.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Eine große Zahl von Einzelfragen hat die höchsten Gerichtshöfe beschäftigt, ohne daß aber solche von weitreichender Bedeutung erörtert worden sind. Hervorzuheben ist die Entsch. des KG. (Ziff. 4 zu § 2205) über die Berechtigung des Testamentsvollstreckers, für das zum Nachlasse gehörige Handelsgeschäft Prokura zu erteilen, und zu § 2218 über das Erlöschen der von dem Testamentsvollstrecker einem Dritten erteilten Vollmacht. — Mayer (WürttZ. **12** 1) hat eine Entsch. des OLG. Stuttgart (s. u. zu

§§ 2205 ff. Ziff. 2) zum Ausgangspunkt für eine eingehende Erörterung der Frage genommen, ob und wieweit der in einem Rechtsstreit unterlegene Testamentsvollstrecker für die Prozeßkosten hafte.

§§ 2197 ff. Literatur: Inhulsen, Die Unterscheidung zwischen Repräsentanten und benefiziarisch Berechtigten im englischen Nachlaßrechte, RheinANV. **29** 138.

1. *Kormann, HirthsAnn. **11** 905. Der Testamentsvollstrecker ist „Repräsentant"; vgl. zu §§ 164 ff. BGB.

2. *Falk, Der Wille des Erblassers. Der Testamentsvollstrecker leitet sein Recht unmittelbar von dem des Erblassers ab. Seine gesetzlich begrenzten Befugnisse sind ihm auf Grund des vom Gesetze getragenen letzten Willens — unabhängig vom Willen der Erben und der Bedachten — als selbständiges höchstpersönliches Recht zum Zwecke seines Vollzugs im Interesse anderer — nicht zu eigenen Gunsten — zugewiesen. Daher muß eine authentische Auslegung der letztwilligen Verfügung als unzulässig bezeichnet werden, da sie in der Tat dem Treueverhältnisse, auf dem die Testamentsvollstreckung beruht, widerspräche. Die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers kann der Erblasser einem seiner Erben — nicht dem Alleinerben — überlassen.

§ 2197. 1. Die Entsch. **RG. 77** 177. — IDR. **10** Ziff. 1 zu § 2197 — (Unzulässigkeit der Ernennung des alleinigen Erben oder Vorerben zum Testamentsvollstrecker) auch SeuffA. **67** 238.

2. *Fraeb, ZBlFG. **13** 288 f. Der Miterbe kann Testamentsvollstrecker sein, soweit er das Amt nicht zu seinen Gunsten ausüben muß, insbesondere ist er von der Vornahme der Erbteilung ausgeschlossen, wenn nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat. Auch indirekt darf ein fähiger Testamentsvollstrecker durch Generalbevollmächtigung eines Miterben oder dessen Bevollmächtigten diesen nicht mit der Erbteilung betrauen. Die Rolle eines Nachlaßpflegers kann mit derjenigen eines (bestrittenen) Testamentsvollstreckers nicht in einer Person vereinigt werden. Es verstößt gegen § 31 Ziff. 2 RAO., wenn ein Rechtsanwalt in derselben Nachlaßsache die Rolle eines Nachlaßpflegers, eines bestrittenen Testamentsvollstreckers und eines Prozeßbevollmächtigten der bestrittenen Testamentserben übernimmt.

3. Abs. 2. *Fraeb, ZBlFG. **13** 286. Hat der Erblasser die einzelnen Testamentsvollstrecker nicht ausdrücklich als sich nacheinanderfolgend ernannt, so kommt die Vorschrift des § 2224 BGB. in Anwendung. Danach läßt sich aber nicht ohne weiteres annehmen, daß bei Wegfall der beiden ersten Testamentsvollstrecker der letzte das Amt allein führen soll.

§ 2198. KGJ. **42** A 219, RJA. **12** 63. Ist dem Erblasser auch die Befugnis eingeräumt, die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten zu überlassen, so kann er doch die Bestimmung darüber, ob eine Testamentsvollstreckung stattfinden soll, nicht einem Dritten überlassen (§ 2065 Abs. 1). Dies ist der Fall, wenn die Geltung der Anordnung der Testamentsvollstreckung davon abhängig gemacht ist, daß die Anwaltskammer die Ernennung eines Testamentsvollstreckers verlangen sollte. Enthält das Testamentsvollstreckerzeugnis diese Testamentsbestimmung, so ist es zur Legitimation des angeblichen Vollstreckers im Grundbuchverkehre nicht geeignet.

§ 2199. *Fraeb, ZBlFG. **13** 287. Der Testamentsvollstrecker kann sein Amt nicht durch Generalvollmacht übertragen.

§ 2201. Die Entsch. des KG. — IDR. **10** Ziff. 1 zu § 2201 — auch R. **12** Nr. 766, KGJ. **41** A 70.

§ 2202. 1. BayObLG. **13** 49. Die Entlassung des Testamentsvollstreckers ist schon vor Beginn seiner Tätigkeit möglich; ob schon vor der Annahme des Amtes (§ 2202), wird dahingestellt gelassen.

2. KGJ. **41** A 62, R. **12** Nr. 1698. Hat ein Ausländer eine Testamentsvollstreckung angeordnet, so bestimmt sich die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts in Ansehung der Testamentsvollstreckung nach den materiellrechtlichen Vorschriften des internationalen Privatrechts, und der Erblasser kann, auch wenn er seinen Wohnsitz im Deutschen Reiche gehabt hat und der Nachlaß sich im Inlande befindet, nicht abweichend davon anordnen, daß die Testamentsvollstreckung den deutschen Gesetzen und dem deutschen Nachlaßgericht unterstehen solle.

§ 2203. RG. BayRpflZ. **12** 212, WarnE. **5** 190, R. **12** Nr. 888. Besteht zwischen dem Vorerben und dem Testamentsvollstrecker darüber Streit, inwieweit beim Tode des Vorerben der Nachlaß den Erben des Vorerben oder dem Nacherben herauszugeben sei, so ist der Testamentsvollstrecker mit Rücksicht auf seine Pflicht, den letzten Willen des Erblassers auszuführen, und im Hinblick auf die von ihm übernommene Verantwortlichkeit zur Anstrengung der Feststellungsklage befugt. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2065 und § 2111.

§§ 2203—2205. *Fraeb, ZBlFG. **13** 295. Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins zu stellen. Der Abschluß eines Vergleichs über das Erbrecht zwischen Erbprätendenten fällt nicht unter den Wirkungskreis des § 2203, ist keine Erbauseinandersetzung (§ 2204) und keine Verwaltungshandlung im Sinne des § 2205.

§§ 2205 ff. Haftung des Testamentsvollstreckers für Prozeßkosten. 1. WürttZ. **12** 8 (Stuttgart). Es liegt nicht in der Aufgabe eines gemäß § 2222 ernannten Testamentsvollstreckers, die Kosten eines pflichtmäßig von ihm geführten Prozesses endgültig aus eigenen Mitteln zu bestreiten. Es ist aber seine Pflicht, dafür zu sorgen, daß das Geld hierzu beigeschafft wird, und er hat es zur Zahlung der Kosten zu verwenden. Der Staat kann, wie der Gegner, sich nur an die verurteilte Partei halten. Er kann die dem Testamentsvollstrecker zustehenden Ansprüche nicht geltend machen und hat keine Möglichkeit, auf diesen einzuwirken, daß er davon Gebrauch mache. Er darf nicht dadurch, daß der Testamentsvollstrecker sein Amt niederlegt, um seinen Anspruch auf Kostenerstattung gebracht werden, und wenn der Testamentsvollstrecker etwa von irgendeiner Seite die Kostenbeträge erhält, sie aber anderweit verwendet, so muß dieser eben hierfür einstehen. Dahingestellt gelassen wird, wie es sich verhielte, wenn der Testamentsvollstrecker den Nachweis erbrächte, daß er aus dem Nachlaß oder sonst nichts erhielte, insbesondere ob er in diesem Falle Zahlung aus eigenen Mitteln zu verweigern berechtigt oder (gegenüber der Staatskasse) auf Nachlaß im Gnadenweg angewiesen wäre.

2. Mayer, WürttZ. **12** 1, Der Prozeßkostenersatz seitens des unterlegenen Testamentsvollstreckers, unterscheidet folgende Fälle: 1. Steht dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zu und handelt es sich um ein zum Nachlasse gehörendes Recht oder einen Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet (§§ 2212, 2213), so haftet der Testamentsvollstrecker für die Kosten dem Gegner und dem Staate nur mit dem Nachlasse. 2. Steht dem Testamentsvollstrecker nicht die Verwaltung des Nachlasses zu, z. B. in den Fällen des § 2208 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, so wird ein Prozeß regelmäßig nur zwischen ihm und dem Erben in Frage kommen. Unterliegt der Testamentsvollstrecker dabei, so ist das Gericht nicht in der Lage, im Urteil auszusprechen, daß der Nachlaß hafte. Wohl aber bilden die Prozeßkosten Verbindlichkeiten des Nachlasses. Der Testamentsvollstrecker selbst kann die Verbindlichkeit dem Erben gegenüber, der den Nachlaß besitzt oder der unbeschränkt haftet, geltend machen; dieser kann dem Testamentsvollstrecker entgegnen, daß er

durch schuldhaftes Verhalten die Kosten verursacht habe. Die Staatskasse und der Gegner haben keinen Anspruch an den Erben, können sich vielmehr nur an den Testamentsvollstrecker halten, doch wird er von seiner Verpflichtung frei, wenn er ohne sein Verschulden die Kosten aus dem Nachlaß oder von dem Erben nicht erhalten kann; denn es kann nicht der Wille des Gesetzes sein und es widerspricht der dem Testamentsvollstrecker durch das Gesetz gegebenen Aufgabe, daß er in einem solchen Falle für die Kosten aufzukommen habe. Prozessual wird es sich hierbei um eine Einwendung gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch auf Kostenersatz und Kostentragung handeln. Die Rechtslage ist die gleiche, wenn es sich um einen Prozeß des den Nachlaß verwaltenden Testamentsvollstreckers über einen Gegenstand handelt, der nicht den Nachlaß, sondern die Vollstreckertätigkeit selbst angeht, z. B. bei einem Streite über die Pflicht zur Auskunftserteilung (§ 2215) oder über die Überlassung von Nachlaßgegenständen (§ 2217); oder wenn ein Testamentsvollstrecker, dessen Verwaltung nur einzelne Nachlaßgegenstände unterliegen (§ 2208 Abs. 1 Satz 2), hierüber zu prozessieren hat; oder bei Pflichtteilsansprüchen (§ 748 Abs. 3 ZPO.). 3. Der nach § 2222 ernannte Testamentsvollstrecker hat den Anspruch gegen den Erben, nicht den Nacherben, daß der Erbe die Prozeßkosten bestreite. Ähnlich ist es bei dem Testamentsvollstrecker des § 2223, soweit es sich nicht um Auslagen handelt, die dem Vermächtnisnehmer auf Grund der ihm auferlegten Beschwerung zur Last fallen. 4. Der nach Ziff. 2 u. 3 zur Tragung der Kosten verurteilte Testamentsvollstrecker kann sich seiner Verpflichtung nicht durch Niederlegung seines Amtes entziehen, wohl aber kann er beanspruchen, daß der Erbe ihm die Mittel zur Bezahlung der Kosten gewähre oder ihn von seiner Schuld befreie.

§ 2205. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 2205 — auch R. **12** Nr. 800.

2. **RG.** R. **12** Nr. 889. Der Dritte, der erkennt oder erkennen muß, daß der Testamentsvollstrecker seine Vollmacht zum Nachteile des Nachlasses mißbraucht, und sich gleichwohl auf das Geschäft einläßt, ist dem Nachlaß ersatzpflichtig.

3. SchlHolstAnz. **12** 155 (Kiel). Hat der Erblasser in seinem Testamente dem Testamentsvollstrecker die „dauernde, unbeschränkte" Verwaltung übertragen, so darf diese doch nur so lange andauern, bis der Nachlaß soweit versilbert ist, als es zur Verteilung unter die Erbschaftsgläubiger und Erben erforderlich erscheint; denn damit ist ihr Zweck erreicht, und eine Fortsetzung der Verwaltung würde darauf hinauslaufen, daß das Testament in erster Linie als zugunsten des Testamentsvollstreckers abgefaßt angesehen werden müßte.

4. KGJ. **41** A 75, RJA. **11** 271, R. **12** Nr. 2701. Der Testamentsvollstrecker, der in der Verwaltung des Nachlasses nicht beschränkt ist, kann für das zu dem Nachlasse gehörige Handelsgeschäft Prokura erteilen (§ 48 HGB.); denn er ist an Stelle der Geschäftsinhaber und in ihrem Interesse auf Anordnung des Erblassers mit umfassenden Verwaltungsbefugnissen ausgestattet und nimmt daher eine Rechtsstellung ein, die derjenigen nahe kommt, die der Erblasser bei Lebzeiten als Inhaber des Handelsgeschäfts eingenommen hatte (Ritter Anm. 1, Brand Anm. 3 c zu § 48 HGB.). Die §§ 2218, 664 Abs. 1 Satz 1 BGB. stehen dem nicht entgegen, da in der Bestellung von Prokuristen nicht die Übertragung des Amtes in vollem Umfange zu erblicken ist (vgl. § 52 Abs. 1 HGB.) und die Vertretungsmacht der Prokuristen nicht den ganzen Nachlaß, sondern nur den in dem Handelsgeschäfte verkörperten Teil des Nachlasses betrifft.

5. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 2018 (Keine Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers gegenüber einer Erbschaftsklage aus § 2018).

6. Satz 2. *v. Henle, R. **12** 77. Es ist auf die Spitze getriebener Formalismus, wenn angenommen wird (Güthe, GBO. 788 mit Bezug auf **RG. 74** 215),

daß der Testamentsvollstrecker auch mit Einwilligung aller Erben, selbst wenn andere Beteiligte nicht vorhanden sind, nicht über Nachlaßgegenstände unentgeltlich verfügen dürfe.

§ 2208. Abs. 2. **RG.** R. **12** Nr. 3478. Kann schon nach § 2208 Abs. 2 derjenige Testamentsvollstrecker, dem nur ein Aufsichtsrecht verliehen ist, die Ausführungen der Verfügung des Erblassers von dem Erben verlangen, so muß das entsprechende Recht um so mehr einem mit den vollen gesetzlichen Befugnissen ausgestatteten Testamentsvollstrecker zustehen.

§ 2209. BayObLG. **13** 49, BayRpflZ. **12** 196, R. **12** Nr. 1198. Die Übertragung der Verwaltung kann, ebenso wie im Falle des § 2208, sich auch nur auf einen Teil des Nachlasses oder einzelne Nachlaßgegenstände beschränken, bei einer Mehrheit von Erben jedoch nur unter der Voraussetzung, daß für diese die Auseinandersetzung ausgeschlossen oder aufgeschoben ist (Planck, Anm. 5 zu § 2209).

§ 2212. **RG.** JW. **12** 147. Treten Testamentsvollstrecker als Kläger auf, ohne zu erkennen zu geben, daß sie nur als Vertreter der Erben den Prozeß führen wollen, so sind in dem Urteilstenor als Kläger lediglich die Testamentsvollstrecker als solche zu benennen.

§ 2218. KGJ. **41** A 79. Die von einem Testamentsvollstrecker einem Dritten erteilte Vollmacht erlischt notwendig mit der Beendigung des Amtes des Vollstreckers; denn der Bevollmächtigte hat nur als Vertreter des Testamentsvollstreckers, nicht aber, sei es unmittelbar oder mittelbar, als Vertreter des Erben gehandelt; nach dem Wegfalle des Testamentsvollstreckers können aber die Geschäfte des Nachlasses durch die Erben selbst oder durch einen für sie bestellten Vertreter besorgt werden. Dies gilt auch für den Fall, daß an die Stelle des Vollmachtgebers ein anderer Testamentsvollstrecker tritt, mag sein Eintritt auf einer Ersatzberufung, auf Ernennung durch das Nachlaßgericht oder selbst auf Ernennung durch den früheren Vollstrecker beruhen (§§ 2197 Abs. 2, 2199 Abs. 2, 2200 BGB.); denn der neue Testamentsvollstrecker ist nicht als Rechtsnachfolger seines Vorgängers in dem Sinne anzusehen, daß dessen Rechtshandlungen schlechthin für ihn bindend wären. Welche persönlichen Ansprüche oder Verpflichtungen trotz des Erlöschens der Vollmacht für den bisherigen Bevollmächtigten aus dem inneren Rechtsverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag usw.) möglicherweise bestehen bleiben, ist eine besondere, hier nicht zu untersuchende Frage.

§ 2221. 1. OLG. **25** 16 (KG). Die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers, Miterben auseinanderzusetzen, umfaßt auch die Verpflichtung, den dazu notwendigen Auseinandersetzungsplan zu beschaffen. Wer daher das Amt eines auch für die Auseinandersetzung ernannten Vollstreckers übernimmt, geht auch ohne weiteres jene Verpflichtung ein. Wie er zu dem Plane gelangt, ist ausschließlich seine Sache. Wenn er dabei die Aufstellung des Planes einem Dritten überträgt und diesen entlohnt, so besorgt er ein eigenes Geschäft und hat keine Aufwendungen für die Erben gemacht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er als Testamentsvollstrecker eine mäßige oder reichliche Vergütung erhält.

2. HessRspr. **13** 246 (LG. Mainz). Das Nachlaßgericht ist nicht zuständig, die von dem Testamentsvollstrecker verlangte angemessene Vergütung festzusetzen. Es muß dem Testamentsvollstrecker überlassen bleiben, sich hierüber mit den Erben auseinanderzusetzen und gegebenenfalls seinen Anspruch auf dem Klagewege zu verfolgen (OLG. **8** 279, R. **04** 605).

3. NaumburgAK. **12** 85. Gutachten des Vorstandes der Dresdner Anwaltskammer über die sachgemäße Berechnung des einem Rechtsanwalt als Testamentsvollstrecker zuzubilligenden angemessenen Honorars. (Als nicht

unangemessen werden bezeichnet ein Prozent der Bruttoaktivmasse, in umfänglicheren Sachen 2 v. H., bei besonders schwierigen bis 3 v. H., bei kleinen Nachlässen [etwa bis 5000 M.] bis 4 v. H., bei ganz kleinen Nachlässen bis 6 v. H.)

§ 2222. Kretzschmar, SächsRpflA. **12** 505, Der beaufsichtigende Testamentsvollstrecker. Seine Ernennung erfordert eine besondere hierauf gerichtete Erklärung des Erblassers, OLG. **18** 335; sie ist bei der Eintragung des Vorerben neben dem Rechte des Nacherben mitzuvermerken, KGJ. **40** A 196. Gegenüber einem gemäß § 2209 ernannten Testamentsvollstrecker kann kein beaufsichtigender Testamentsvollstrecker ernannt, sondern nur etwa vom Gericht eine sog. Vigilanzpflegschaft eingeleitet werden. Ein solcher Pfleger hat nur das Recht, die Entlassung des Testamentsvollstreckers auf Grund des § 2227 zu beantragen (vgl. OLG. **10** 305). Der Vorerbe kann nicht zugleich zum beaufsichtigenden Testamentsvollstrecker ernannt werden (vgl. KGJ. **33** A 159).

§ 2224. *Fraeb, ZBlFG. **13** 287. Nicht ohne weiteres ist anzunehmen, daß bei Wegfall einiger Testamentsvollstrecker der letzte das Amt allein führen soll.

§ 2225. SächsRpflA. **12** 423 (Dresden). Endigt im Laufe eines Prozesses des Testamentsvollstreckers sein Amt, ohne daß ein anderer Testamentsvollstrecker an seine Stelle zu treten hat, so wird der Rechtsstreit nicht unterbrochen, vielmehr hat der Erbe den Rechtsstreit in der Lage als Hauptpartei zu übernehmen, in der er sich befindet.

§ 2227. 1. BayObLG. **13** 49, BayRpflZ. **12** 196, ZBlFG. **13** 155, R. **12** Nr. 1199, 1200, 1201. Feindschaft zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben kann einen Entlassungsgrund nur unter besonderen Umständen abgeben, z. B. wenn sie der geordneten Ausführung der letztwilligen Anordnungen hinderlich und damit zugleich den berechtigten Interessen der Bedachten schädlich ist. Daß der Testamentsvollstrecker zugleich Nachlaßgläubiger ist, bildet an sich keinen Entlassungsgrund, wie auch der Umstand, daß ein Vormund zugleich Gläubiger und Schuldner des Mündels ist, ihn nicht ohne weiteres von der Wahrnehmung seiner Rechte und Pflichten ausschließt. Ob ein wichtiger Entlassungsgrund vorliege, ist nach der gegebenen Sachlage, nicht nach dem vermutlichen Willen des Erblassers zu beurteilen.

2. BayObLG. **13** 570, R. **12** Nr. 3217. Der Umstand, daß dem Erben nach seiner subjektiven Ansicht der persönliche Verkehr mit dem Testamentsvollstrecker wegen der zwischen ihnen bestehenden Spannung nicht zuzumuten ist, begründet noch nicht die Entlassung des Testamentsvollstreckers, vielmehr bedarf es der objektiven Feststellung, daß nach dem vorliegenden Sachverhalt ein Verkehr des Erben mit dem Testamentsvollstrecker ausgeschlossen sei (vgl. KGJ. **36** A 73, JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2227). Daher ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn festgestellt wird, daß ein geschäftlicher (schriftlicher) Verkehr nicht ausgeschlossen erscheine.

3. Pos. Mschr. **12** 149 (KG.). Das Verhalten des Testamentsvollstreckers bei Lebzeiten des Erblassers kann zur Begründung des Entlassungsantrags nicht herangezogen werden, wohl aber ein Interessenwiderstreit zwischen ihm und dem Erben oder eine zwischen ihnen bestehende gegenseitige Feindschaft.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel kann fast nur über gerichtliche Entscheidungen berichtet werden, aber auch über solche von erheblicher Bedeutung. So hat das RG. (Ziff. I zu § 2241) ausgesprochen, daß eine bestimmte Stelle, an der die Ortsbezeichnung im Protokolle enthalten sein müsse, im Gesetz nicht vorgeschrieben sei, insbes. nicht dahin,

daß sie von den anderen Bestandteilen des Protokolls getrennt gehalten werden müsse. In Übereinstimmung hiermit ist (Ziff. III zu § 2241) entschieden, daß es genügt, wenn aus dem Protokolle selbst in einer an sich verständlichen Weise der Ort und Tag der Verhandlung hervorgehe. — Der Feststellungsvermerk (§ 2242 Abs. 1 Satz 2) kann nach **RG. 79** 366 (Ziff. I 2 zu § 2242) den Unterschriften der Beteiligten im Protokolle nachfolgen, ohne daß die Beteiligten bei dessen Fertigung zugegen zu sein brauchen, nur kann er nach dem endgültigen Abschlusse des Protokolls nicht mehr nachgeholt werden. — In welcher Weise die Unterschriften der Zeugen den Protokollinhalt decken müssen, versucht SächsOLG. **33** 474 (Ziff. II zu § 2242) näher zu bestimmen. — Daß die Durchstreichung der Tagesangabe in einem eigenhändigen Testament nicht notwendig als Widerruf des Testaments im Sinne des § 2255 gedeutet zu werden braucht, hat das RG. (Ziff. I zu § 2255) ausgesprochen. An die Tatsache der durch den Erblasser bewirkten Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde knüpft das Gesetz, wie das RG. (Ziff. III zu § 2255) ausführt, die Vermutung, daß der Erblasser die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe, dagegen spricht keine Vermutung dafür, daß Urheber der Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde der Erblasser gewesen sei. — Auch ein Dritter kann, wie das OLG. Hamburg (Ziff. IV zu § 2255) ausführt, als Werkzeug von dem Erblasser mit der Vernichtung der Testamentsurkunde beauftragt werden, doch muß er, wenn die Vernichtung wirksam sein soll, diese vor dem Tode des Erblassers vorgenommen haben.

§ 2229. RG. R. **12** Nr. 2570. Gegenüber einem notariellen Testamente muß derjenige, welcher die Nichtigkeit des Testaments wegen Geschäftsunfähigkeit des Erblassers behauptet, den Beweis der Geschäftsunfähigkeit führen. Solange nur Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit bestehen, kann die Nichtigkeit des Testaments nicht festgestellt werden.

§ 2231. 1. Die Entsch. des OLG. Colmar — JDR. **10** Ziff. 3 zu § 2231 — auch ElsLothJZ. **12** 41.

2. SchlHolstAnz. **12** 193 (Kiel). Eine eigenhändige Niederschrift des Erblassers ist auch dann noch anzunehmen, wenn seine Hand bei der Ausführung der Niederschrift in der von ihm gewollten Bewegung frei bleibt und ihr hierbei von einem Dritten nur Unterstützung zur Ermöglichung der Niederschrift geliehen wird. Dagegen hat nicht mehr die eigene Hand des Erblassers die Niederschrift bewirkt, wenn der Erblasser zwar die Feder angefaßt hält, aber nicht mehr die Gestaltung der Schriftzüge bestimmt, sondern in seiner Handführung bei der Niederschrift völlig unter der Herrschaft und Leitung eines Dritten steht (GruchotsBeitr. **53** 100).

3. ÖstNotZ. **12** 207, BayNotZ. **12** 461 (Landesgericht Wien). Wo das Gesetz die eigene Schrift oder Unterschrift verlangt und daher Wert auf die charakteristischen Zeichen der eigenen Handschrift legt, ist die Verwendung der Schreibmaschine ausgeschlossen.

4. HansGZ. **12** Beibl. 269 (Hamburg). Die Ort- und Zeitangabe beim eigenhändigen Testamente soll in unvollkommener Weise die beim öffentlichen Testament erforderte Protokollaufnahme ersetzen. Handelt es sich daher um eine bewußte und gewollte unrichtige Datierung, so ist das eigenhändige Testament ebenso nichtig, wie dies in einem solchen Falle bei dem öffentlichen Testamente zutrifft.

§ 2238. 1. R. **12** Nr. 1819 (Colmar). Wenn auch die „mündliche Erklärung" des Erblassers nicht in zusammenhängender Rede abgegeben zu werden braucht, sondern auch im Wege von Frage und Antwort herbeigeführt werden kann, so ist doch ein Testament nichtig, das bloß durch Kopfnicken oder ähnliche auf die Fragen der Urkundsperson abgegebenen Zeichen des Erblassers zustande gekommen ist.

2. a) Ebenso PosMSchr. **12** 40, DNotV. **12** 797 (KG.). **b)** S. dazu die Bemerkungen von Weißler, DNotV. **12** 798.

§ 2241. I. Angabe des Ortes der Verhandlung. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1010, SeuffBl. **12** 529, R. **12** Nr. 1642. Aus dem Umstande, daß § 2241 unter drei verschiedenen Nummern die verschiedenen Bestandteile unterscheidet, die das Protokoll notwendig enthalten muß, darunter unter Nr. 1 den Ort und Tag der Verhandlung, ist nicht eine neue Formvorschrift des Inhalts herzuleiten, daß die Bezeichnung des Ortes der Verhandlung von den beiden anderen Bestandteilen des Protokolls getrennt gehalten werden müsse. Keine Vorschrift besteht darüber, an welcher Stelle des Protokolls die Ortsbezeichnung sich befinden müsse und in welcher Weise sie zu erfolgen habe. § 2241 fordert nur, daß das Protokoll den Ort der Verhandlung enthalten muß. Aus dem Protokolle muß allerdings, da es sich um eine Formvorschrift handelt, hervorgehen, daß die Formvorschrift beobachtet ist, es darf nicht erst durch eine Beweisaufnahme der Sinn der die Ortsbezeichnung enthaltenden Angabe klargestellt werden. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß zum Verständnisse der Angabe eine weitere im Protokoll enthaltene Angabe herangezogen wird (JW. **11** 589, R. **11** Nr. 2586, **12** Nr. 610).

II. Angabe des Tages der Verhandlung. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 3 zu § 2241 — auch KGJ. **41** A 86, DNotV. **12** 794.

III. Ort und Tag der Verhandlung. **RG.** DJZ. **12** 401, R. **12** Nr. 610. Es genügt, daß aus dem Protokolle selbst in einer an sich verständlichen Weise der Ort und der Tag der Verhandlung hervorgeht. Der Ort ist dadurch genügend bezeichnet, daß im Eingange des Protokolls „der Fabrikbesitzer Paul F. als vor dem unterzeichneten, zu B. wohnhaften Notare G. in der zu B. . . . straße Nr. 111 belegenen Wohnung erschienen" aufgeführt ist. Und auch hinsichtlich des Tages ist in dem Protokoll ausreichend bezeugt, daß die von dem Erblasser übergebene, „diesem" Protokoll als Anlage beigefügte Schrift vom Notar als „Anlage zum Protokolle vom 26. April 1907 Nr. 125 des NotReg. für 1907" bezeichnet ist. Es ist dadurch zugleich in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise bezeugt, daß das Protokoll, dem die Schrift anliegt, am 26. April 1907 aufgenommen wurde. Auch ohne Heranziehung der Nummer des NotReg. ist es vollständig klar, daß das Protokoll über die Testamentserrichtung mit demjenigen identisch ist, welchem der Notar die von dem Erblasser übergebene, seinen letzten Willen enthaltende Schrift als Anlage beigefügt hat. Es wird deshalb dahingestellt gelassen, ob die Heranziehung der Nummer des NotReg. deshalb unzulässig sei, weil die Nummer an der Spitze des Protokolls nicht einen Teil der Verhandlung bilde und auch erst nach deren vollständiger Aufnahme und demnächstiger Eintragung in das Register hätte hinzugefügt sein können.

IV. Bezeichnung der mitwirkenden Personen. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 5 b zu § 2241 — (Bezeichnung der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen) auch KGJ. **41** A 81, DNotV. **12** 793.

2. *Fraeb, ZBlFG. **13** 277. Ein Testament oder ein Errichtungsprotokoll muß aus seiner Fassung die Beobachtung wesentlicher Formalitäten jederzeit in zweifelsfreier Weise nachweisen lassen; dies gilt insbesondere von der Gegenwart von Zeugen während der ganzen Verhandlung.

§ 2242. I. Protokoll. Erfordernis seines Inhalts. 1. Josef, IheringsJ. **25** 412—422 — gegen Herzfelder, ZBlFG. **12** 101 — JDR. **10** Ziff. I 2 zu § 2242. Die Angabe von Ort und Zeit der Verhandlung, sowie die Bezeichnung der Beteiligten und der Mitwirkenden hat der Urkundsbeamte selbständig und ohne Zutun der Beteiligten zu bewirken. Aber diese Feststellungen des Urkundsbeamten sind auch nicht ein bloßes Zeugnis derart, daß ihre Vorlesung

und Genehmigung durch die Beteiligten nicht erforderlich wäre. Vielmehr haben die Beteiligten ein Interesse daran, daß der Notar bei Erfüllung der Amtspflicht zur Tages- und Ortsangabe sowie zur Bezeichnung richtig verfahre, da eine Unrichtigkeit ihnen Nachteile bringen kann. Folglich muß auch derjenige Teil des Protokolls vorgelesen werden, der Ort und Tag der Verhandlung sowie die Bezeichnung der Beteiligten und der Mitwirkenden enthält. Unterschreibt der Beteiligte das Protokoll, erhebt er aber gegen die gedachten Feststellungen des Urkundsbeamten Widerspruch, so wird durch den Widerspruch, wenn er die vom Urkundsbeamten gewählte Ortsangabe oder Bezeichnung betrifft, die Rechtswirksamkeit der Beurkundung nicht berührt. Dagegen hat im gedachten Falle ein Widerspruch gegen die Angabe des Tages der Verhandlung die Nichtigkeit der beurkundeten materiellen Erklärungen zur Folge, wenn diese nach der Absicht der Beteiligten sich auf einen anderen Tag erstrecken sollen, als auf den wahren Tag der Verhandlung.

2. **RG. 79** 366, JW. **12** 812, R. **12** Nr. 1942. Die im § 2242 Abs. 1 Satz 2 (und § 177 Abs. 1 Satz 2 FGG.) erforderte Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist, gehört nicht selbst zu denjenigen Teilen des Protokolls, die nach § 2242 Abs. 1 Satz 1 (und § 177 Abs. 1 Satz 1 FGG.) vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und unterschrieben werden müssen. Es kann deshalb der Feststellungsvermerk den Unterschriften der Beteiligten im Protokolle nachfolgen (**RG. 62** 1, **63** 31, JDR. **5** Ziff. 1 a und b zu § 2242). Hieraus folgt weiter, daß, da das Gesetz eine zeitliche Einheit der Akterrichtung nicht vorschreibt, diese Feststellung nicht notwendig im Laufe der Verhandlung selbst in Gegenwart der Beteiligten zu erfolgen braucht. Jedoch ist sie nur bis zum endgültigen Abschlusse des Protokolls zulässig.

3. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** Ziff. III zu § 2242 (Vermerk der Vorlesung und Genehmigung von Einschiebseln) — auch RheinA. **109** I 370. Durch dieses Urt. ist die abweichende Entsch. RheinA. **108** 268 (Cöln) — JDR. **9** Ziff. 3 a zu § 2242 — aufgehoben.

II. Unterschrift der mitwirkenden Personen. SächsOLG. **33** 474, DJZ. **12** 1303. Die nach § 2242 Abs. 3 erforderlichen Unterschriften der Zeugen, die als Urkundspersonen bei der Testamentserrichtung mitgewirkt haben, müssen zwar den Protokollinhalt, den sie bestätigen sollen, der äußeren Erscheinung nach decken, doch liegt die Frage, ob im einzelnen Falle diese Deckung vorhanden sei, auf tatsächlichem Gebiet und ist unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu beurteilen (**RG. 57** 67, **61** 7). Sie ist unbedenklich zu bejahen, wenn der Namenszug mitten unter dem Texte steht, aber auch dann wird die Erklärung als durch die Unterschrift gedeckt anzusehen sein, wenn nur der Namenszug tiefer als der Text steht und der seitliche Abstand nicht so groß ist, daß von einem räumlichen Zusammenhange nicht mehr die Rede sein könnte. OLG. **7** 363 (KG.) — JDR. **2** Ziff. 7 zu § 2242 — betrifft einen tatsächlich anders liegenden Fall.

§§ 2249 ff. *Klau, Über außerordentliche Testamentsformen (Frankfurt a. M. 1912). Verf. unternimmt den Versuch, die sämtlichen außerordentlichen Testamentsformen in ihrem Zusammenhang und in ihrer historischen Entwickelung zu betrachten, sie unter ein System zu bringen, auch die gesetzlichen Einzelbestimmungen jeder Form wiederzugeben und zu kommentieren, und stellt schließlich als das wichtigste unterscheidende Kriterium der beiden Arten der außerordentlichen Testamente fest, daß die „Testamentsaushilfsformen" nur vorübergehend gültig sind, während die „Testamentssonderformen" gültig bleiben, wenn sie einmal vorschriftsmäßig verwendet sind.

§ 2249. Literatur: Sorgenfrey, Das Nottestament vor Gemeinde- oder Gutsvorsteher nach der preuß. MinAnw. vom 23. Juni 1900. Wolmirstedt 1912.

Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** Ziff. 2 b zu § 2249 — auch SeuffA. **67** 195.

§ 2251. Literatur: Böthke, Militär- und Marinetestament, ArchMilR. 3 45. — Weyl, Militär- und Marinetestament in Dietz, Handwörterbuch für Militärrecht.

§ 2253. **RG.** R. **12** Nr. 2959. § 2253 Abs. 2 betrifft nur den Fall der Entmündigung wegen Geistesschwäche, nicht auch wegen Geisteskrankheit. Eine solche Entmündigung schließt übrigens die Annahme einer auf § 104 Ziff. 2 BGB. beruhenden Geschäftsunfähigkeit nicht aus.

§ 2255. I. Durchstreichung der Zeitangabe in einem eigenhändigen Testamente. **RG.** BayRpflZ. **12** 483, WarnE. **6** 22. Bei Prüfung der Frage, ob die Form des § 2255 gewahrt sei, ist nicht auf die persönliche Willensrichtung des Erblassers Rücksicht zu nehmen, sondern die Form, die § 2255 vorschreibt, muß sachlich vorhanden sein und nach Verkehrsgewohnheiten, nicht nach der bloßen Willensmeinung des Erblassers die Absicht der Aufhebung der schriftlichen Willenserklärung ausdrücken. Hat der Erblasser in seinem eigenhändigen Testamente die Unterschrift, Ortsangabe und Jahreszahl stehen lassen und nur die Tagesangabe mit Bleistift durchstrichen, so wird in dieser Weise nach den Gewohnheiten des Verkehrs bei der Aufhebung einer letztwilligen Verfügung oder überhaupt einer schriftlichen Willenserklärung nicht verfahren. Eine solche Veränderung kann ebensowohl und sogar noch eher bedeuten, daß der Erblasser die letztwilligen Anordnungen in einer neuen, mit anderer Zeitangabe zu versehenden Urkunde zusammenfassen will, daß aber bis zur Errichtung der neuen Urkunde die letztwillige Verfügung als solche bei Bestand bleiben soll, soweit nicht einzelne Anordnungen besonders aufgehoben sind.

II. Anbringung von Entwertungsvermerken. 1. HansGZ. **12** Beibl. 152 (Hamburg) hat im Anschluß an **RG.** HansGZ. **11** Beibl. 163 — JDR. **10** Ziff. 2 zu § 2255 — festgestellt, daß der Erblasser, als er den Vermerk „Annulliert" auf sein Testament setzte, wirklich die Absicht gehabt hat, sein Testament aufzuheben. Die Erwägungen, die den Erblasser leiteten, die Urkunde nicht zu vernichten, sondern mit dem Vermerke versehen aufzubewahren, werden nicht als entscheidend angesehen, ebensowenig, ob der Erblasser im „Affekte" gehandelt hat.

2. **RG.** R. **12** Nr. 3382. Als eine Veränderung an der Urkunde kann sehr wohl auch die Anbringung von sog. Entwertungsvermerken auf der Urkunde angesehen werden, die nach der Auffassung des Verkehrs zum Ausdrucke bringen, daß die Urkunde nicht mehr gelten, als gar nicht errichtet angesehen werden soll, die also die körperliche Vernichtung der Urkunde gewissermaßen zu ersetzen bestimmt sind.

III. Beweisgrundsätze. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1013, JW. **12** 798, R. **12** Nr. 1910. An sich müßte im Falle des § 2255 der das Testament Bekämpfende sowohl beweisen, daß es der Erblasser gewesen ist, der die Testamentsurkunde errichtet oder in der bezeichneten Weise verändert hat, als auch dartun, daß der Erblasser dabei in der Absicht gehandelt hat, das Testament aufzuheben. Dieser Beweis würde in vielen Fällen, wenn überhaupt, nur sehr schwer zu erbringen sein. Deshalb kommt (vgl. Mot. V, 301/302) das Gesetz dem Beweispflichtigen insofern zur Hilfe, als es im § 2255 Abs. 2 die Vermutung aufstellt, daß, wenn der Erblasser die Urkunde vernichtet oder verändert hat, die Aufhebung des Testaments beabsichtigt gewesen sei. Keine Vermutung aber stellt das Gesetz dafür auf, daß die Testamentsurkunde, wenn sie vernichtet oder verändert ist, vom Erblasser vernichtet oder verändert sei. In dieser Beziehung will es vielmehr der freien richterlichen Überzeugung Raum lassen. Bei der Beweiswürdigung wird aber zu berücksichtigen sein, daß, wenn sich die Urkunde bis zuletzt im Gewahrsame des Erblassers befunden hat, viel für die Annahme einer eigenen Tätigkeit des Erblassers spricht.

IV. Vernichtung durch einen Beauftragten. HansGZ. 12 Beibl. 169 (Hamburg). Hat der Erblasser, was für zulässig erachtet wird, einem das Testament aufbewahrenden Dritten dessen Vernichtung aufgetragen, so bleibt das Testament wirksam, wenn der Dritte bei Lebzeiten des Erblassers den Auftrag nicht ausführt. Nach dem Tode des Erblassers kann der Dritte (als Werkzeug) nicht mehr tätig werden, da der Widerruf einer letztwilligen Verfügung nach dem Tode des Erblassers ein Unding ist.

§ 2256. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** zu § 2256 — (Unanfechtbarkeit der Rücknahme eines Testaments aus der amtlichen Verwahrung) auch RJA. **11** 178, KGJ. **41** A 94.

§§ 2259 ff. *Fraeb, ZBlFG. **13** 277. Die nach ausländischem Rechte erforderliche Insinuation des Testaments durch das Gericht des Errichtungsorts kann nicht durch die Testamentseröffnung des Nachlaßgerichts nach BGB. ersetzt werden. Die Vorschriften der §§ 2259 ff. BGB. beziehen sich nur auf Testamente nach deutschem Rechte.

§ 2259. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 2259 — auch R. **12** Nr. 789.

2. DJZ. **12** 1476 (Darmstadt). Für die Entscheidung der Frage, ob ein vor einem Notar errichteter Ehe- und Erbvertrag nach der Eröffnung in der Verwahrung des Nachlaßgerichts zu verbleiben habe oder dem Notar zurückzugeben sei, ist das Landesrecht maßgeblich, und zwar das Recht des Staates, in dessen Gebiete der Notar seinen Amtssitz hat. Handelt es sich hiernach um preußisches Recht, so gilt Art. 42 PrAGBGB., auch wenn das Nachlaßgericht ein hessisches Gericht ist und nach Art. 132 HessAGBGB. der Ehe- und Erbvertrag dauernd bei dem Nachlaßgerichte zu verbleiben hätte.

3. ElsLothNotZ. **12** 316 (Colmar). Die Verpflichtung eines Notars, ein in seiner amtlichen Verwahrung befindliches Testament an das Nachlaßgericht abzuliefern, hat öffentlich-rechtlichen Charakter und kann daher nicht von der vorherigen Zahlung der Ablieferungskosten abhängig gemacht werden.

§ 2261. BayRpflZ. **12** 405 (LG. München I). Die Zweckmäßigkeitsrücksichten, die für die Bestimmung des § 2261 maßgebend waren, nämlich die Verhütung des Verlustes bei Übersendung letztwilliger Verfügungen, treffen auch zu, wenn das Nachlaßgericht ein ausländisches ist. Es ist daher die Abgabe der uneröffneten Testamente an die ausländische Nachlaßbehörde unzulässig und die Eröffnung durch ein deutsches Nachlaßgericht geboten.

§ 2262. a) RJA. **12** 25, HansGZ. **12** Beibl. 232 (Hamburg). „Beteiligte" im Sinne des § 2262 sind diejenigen, denen durch den betreffenden Inhalt des Testaments Rechte gewährt oder denen Rechte entzogen oder Pflichten auferlegt werden. Ist in einem Testamente die Zuwendung von dem freien Belieben des Belasteten abhängig gemacht, so erlangt der Bedachte ein Recht erst mit dem Tode des Belasteten, wenn dieser die Zuwendung hat bestehen lassen, und ist daher bis zu diesem Zeitpunkte kein Beteiligter im Sinne des § 2262. **b)** In der Anm.* aaO. wird bemerkt: Eine Zuwendung der vorerwähnten Art ist nach § 2065 Abs. 1 überhaupt nicht gültig. Ob aber ungültige Legate nicht dennoch mitzupublizieren sind, ist zweifelhaft.

§ 2264. 1. HessRspr. **13** 38 (LG. Gießen). Der Erblasser kann verlangen, daß ihm die Einsichtnahme in sein bei Gericht in amtliche Verwahrung genommenes Testament gestattet werde, sobald eine solche durch ein zwingendes rechtliches Interesse geboten erscheint. Bei der Öffnung ist so zu verfahren, daß die Gefahr einer Veränderung der Testamentsurkunde ausgeschlossen wird (vgl. OLG. **9** 413).

2. HessRspr. **13** 40 (LG. Gießen). Wer die Einsichtnahme eines hinterlegten Testaments oder die Erteilung einer Abschrift eines solchen verlangt, muß zunächst nachweisen, daß er ein so großes rechtliches Interesse an der Wiederöffnung des Testamentsverschlusses hat, daß es alle Gefahren, die in der Wiederöffnung liegen, überwiegt.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Vorbemerkung: Die praktische Verwendbarkeit der Vorschrift des § 2269 begegnet noch immer in der Literatur Bedenken, insbesondere im Hinblick auf Pflichtteilsforderungen ungehorsamer Kinder, auch wird der Umstand, daß die Verwandten des Erstverstorbenen als von dem Letztverstorbenen bedacht angesehen und daher nach den höheren Sätzen des Erbschaftssteuergesetzes zur Erbschaftssteuer herangezogen werden, als Härte empfunden, vgl. dazu im folgenden (zu § 2269) die Aufsätze von Carlebach, Mersmann, Burth und Mirre. Zahlreich sind auch (Ziff. V zu § 2269) die Entscheidungen, welche zur Auslegung von Testamenten und Erbverträgen auf der Grundlage des § 2269 ergangen sind. Es wird ferner auf die zu den §§ 2270, 2271 ergangenen Entscheidungen mannigfachen Inhalts aufmerksam gemacht.

§ 2267. 1. KGJ. **42** A 116. Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in der Form des § 2267 ist nicht erforderlich, daß die Erklärung des einen Ehegatten — die Haupterklärung — sprachlich die Anordnungen beider Teile enthält und somit unmittelbar auch das ergibt, was der andere Ehegatte für den Fall seines Todes bestimmen will. Vielmehr genügt es, wenn der letzte Wille des zweiten Ehegatten aus dem Gesamtinhalte des Testaments — der Haupterklärung und der Beitrittserklärung in ihrer Beziehung aufeinander — zu entnehmen ist.

2. ZBlFG. **13** 146 (LG. Leipzig). Ein gültiges gemeinschaftliches Testament liegt vor, wenn der eine Ehegatte der ihn zum Alleinerben einsetzenden letztwilligen Verfügung des anderen Ehegatten lediglich unter Angabe des Ortes und Tages die Erklärung beifügt: „Vorstehendes Testament soll auch als mein Testament gelten".

§ 2269. I. Carlebach, DNotV. **12** 490, verfolgt die rechtliche Ausdeutung, die das sog. Berliner Testament nach früherem preußischen und Gemeinen Rechte gefunden hat, mit dem Ergebnisse, daß das preußische Recht darunter die Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Fiduziarerben unter Substituierung der Kinder auf den Überrest verstand, während nach Gemeinem Rechte angenommen wurde, daß mit dem Inhalte des Berliner Testaments jeweils der Überlebende der Ehegatten als Erbe des Erstgestorbenen und die Kinder als Erben des Überlebenden in das bei dessen Tode vorhandene Vermögen berufen seien (vgl. **RG. 27** 150). Verf. ist der Ansicht, daß das Berliner Testament, wie es sich nach preußischem Rechte auf der Grundlage des Märkischen Statutarrechts (constitutio Joachimica von 1527) entwickelt habe, eine besondere Bedeutung gehabt habe, nämlich die Einführung einer Gütergemeinschaft auf den Todesfall eines der Ehegatten und die Vereinbarung des Ausschlusses der Auseinandersetzung bis zum Tode des Überlebenden. Dies wird für wirtschaftlich richtiger gehalten, als die vertragsmäßige Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft zu dem Zwecke, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach dem Tode des Erstgestorbenen der Eheleute zu gewinnen, da für die Zeit, in der die Ehe bestehe, die allgemeine Gütergemeinschaft weder den Interessen, noch dem wirklichen Willen der Ehegatten entspreche. Als wünschenswert wird eine Änderung des Gesetzes dahin bezeichnet, daß die Fortsetzung einer Gütergemeinschaft nach dem Tode eines Ehegatten nicht als Nebenwirkung eines einzelnen Güterstandes eintritt, sondern daß sie bei jedem

Güterstand und zugleich mit einer auf den Todesfall des Erststerbenden erst eintretenden Gütergemeinschaft vereinbart werden dürfe.

II. Mersmann, ABürgR. **37** 271, erörtert unter eingehender Darstellung der bisherigen Lösungsversuche die Frage, ob die praktische Verwendbarkeit des im § 2269 vorgesehenen Testaments durch die Bestimmungen des BGB. hinreichend gegenüber Pflichtteilsforderungen ungehorsamer Kinder der Erblasser gesichert sei, und schlägt als gangbaren Ausweg folgenden Zusatz zu § 2269 vor: „Wenn der Dritte nach dem zuletzt versterbenden Ehegatten von der Erbfolge ausgeschlossen oder auf den Pflichtteil gesetzt ist, so ist im Zweifel bei der Berechnung des Pflichtteils der Wert desjenigen, was der Ehegatte beim Tode des Erstversterbenden als Nachlaß erhalten hat, vom Werte des Gesamtnachlasses in Abzug zu bringen."

III. Burth, WürttZ. **12** 161, verteidigt gegenüber den WürttZ. **11** 311 — JDR. **10** Ziff. II b zu § 2269 — erhobenen Bedenken praktischer Art seinen Vorschlag — JDR. **6** Ziff. 3 zu § 2136 —, statt der Erbeinsetzung nach § 2269 die Form des Summenvermächtnisses zu wählen, wonach die Verwandten des Letztlebenden der Ehegatten als dessen Erben berufen, die Verwandten des Erstverstorbenen aber von diesem mit einem (erst beim Tode des Letztlebenden anfallenden) Geldvermächtnis in Höhe des hälftigen Wertes des vom Letztsterbenden hinterlassenen Vermögens bedacht werden. Bei der Erbeinsetzung nach § 2269 gelten auch in Ansehung der Veranlagung zur Erbschaftsteuer die Verwandten des Erstverstorbenen als vom Letztverstorbenen bedacht, mit dem sie nicht verwandt sind, und werden daher zu den höheren Sätzen des ErbschStG. zur Erbschaftssteuer herangezogen. Dies wird im Volke als Unbilligkeit und Härte empfunden.

IV. *Mirre, DNotV. **12** 281 ff. Für die Auslegung muß das gemeinschaftliche Testament in seine beiden Teile zerlegt, aus der Wir-Form in die Ich-Form übersetzt werden. Nach § 2269 hat die Übersetzung im Zweifel zu lauten: „Ich setze meinen Ehegatten ein und, falls er vor mir stirbt, B., C. usw." (Schlußerben). Die andere Auffassung „Ich setze meinen Ehegatten zum Vorerben, B., C. usw. zu Nacherben ein" ist nur anzunehmen, wenn der Wortlaut deutlich dafür spricht. Alsdann sind sämtliche Schlußerben in der Regel an beiden Nachlässen gleichmäßig beteiligt, es ist nicht etwa jeder möglichst als Erbe des mit ihm verwandten Ehegatten anzusehen. Wenn die Schlußerben Nacherben des Erstverstorbenen sind, so ist auch für Vermächtnisse § 2269 unanwendbar. Diese gelten dann als von beiden Ehegatten wie von Gesamtschuldnern ausgesetzt, so daß sie bereits beim Tode des ersten erworben werden, soweit dessen Nachlaß reicht.

V. Aus der Praxis. 1. ElsLothJZ. **12** 379, ElsLothNotZ. **12** 98 (Colmar) legt die Verfügung in einem Erbvertrage, durch die sich die Ehegatten gegenseitig als „Alleinerben" des Erstversterbenden einsetzen und weiter bestimmen, daß der Überlebende im Falle seiner Wiederverheiratung von da an „Vorerbe" des Erstversterbenden werde, dahin aus, daß der überlebende Ehegatte „Vorerbe" des Verstorbenen und unter der Bedingung, daß er sich nicht wieder verheirate, von den im § 2136 BGB. erwähnten Beschränkungen und Verpflichtungen befreit sein solle.

2. SchlHolstAnz. **12** 238 (KG.). Laut § 1 des Testaments haben die Ehegatten sich gegenseitig als Erben eingesetzt, laut § 2 soll nach dem Tode des überlebenden der gesamte beiderseitige Nachlaß den namentlich angeführten Kindern zufallen. Diese sind danach gemäß § 2269 nur als Erben des zuletzt versterbenden Ehegatten, nicht auch als Nacherben des zuerst verstorbenen eingesetzt; der überlebende Ehegatte ist Vollerbe, nicht bloßer Vorerbe. Im § 3 ist jedoch bestimmt: „Der Längstlebende von uns soll, falls er sich wieder verheiraten sollte, von dem ganzen Vermögen $^1/_4$ behalten und $^3/_4$ an unsere Kinder auskehren". Danach gilt die Einsetzung der Eheleute als Vollerben mit Bezug auf $^3/_4$ des Nach-

lasses des Erstverstorbenen nur unter der Resolutivbedingung nicht erfolgender Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten. In Ansehung dieser $3/4$ der Erbschaft liegt gemäß §§ 2087 Abs. 1, 1909, 2100 eine Nacherbeinsetzung der Kinder unter einer aufschiebenden Bedingung vor, deren Zulässigkeit durch § 2108 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich anerkannt ist. Der überlebende Ehegatte ist insoweit bloßer Vorerbe, allerdings ein solcher, dessen Befreiung im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung des § 2136 BGB. aus der Verbindung des § 3 mit den §§ 1 und 2 des Testaments entnommen werden kann.

3. Ebenso KGJ. **42** A 109 mit folgenden Leitsätzen: a) Die Vorschrift des § 2096, daß der Erblasser einen anderen als (Ersatz-) Erben für den Fall einsetzen kann, daß ein Erbe nach dem Eintritte des Erbfalls wegfällt, bezieht sich nur auf die im Gesetze geregelten bestimmten Fälle (§§ 1953, 2344, 1923 Abs. 2 BGB., Artt. 86, 87 EGBGB.), in denen der Anfall an den Erstbedachten als nicht erfolgt und der Anfall an den Zweitbedachten als mit dem Erbfall erfolgt gilt. Ist der Zweitbedachte nicht für den Fall des „Wegfalls" des Erstbedachten in diesem technischen Sinne, sondern in der Weise eingesetzt, daß er erst Erbe wird, nachdem zunächst der Erstbedachte Erbe geworden ist, so liegt nicht Ersatzberufung, sondern Nacherbeinsetzung vor. b) Bei der Verbindung einer Erbeinsetzung nach § 2269 mit einer bedingten Nacherbeinsetzung der Kinder für den Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten ist, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprechen, grundsätzlich davon auszugehen, daß die Eheleute einander als Vorerben im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung haben befreien wollen.

4. **RG. 79** 277, JW. **12** 753, R. **12** Nr. 1643. Haben Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet, so ist für die Auslegung regelmäßig von dem Gedanken auszugehen, daß die Ehegatten ihr Vermögen als ein einheitliches ansehen, woraus sich dann ergibt, daß der Überlebende als uneingeschränkter Herr des gesamten beiderseitigen Nachlasses und die eingesetzten Verwandten für den gesamten Nachlaß als Erben des zuletzt versterbenden Ehegatten anzusehen sind. Eine dahin gehende Absicht wird freilich als ausgeschlossen anzusehen sein, wenn im Testamente die Verwandten des Mannes als Erben des Nachlasses des Mannes und die Verwandten der Frau als Erben ihres Nachlasses bezeichnet sind. Bestimmen aber die Erblasser, daß von ihrer nach ihrem Ableben vorhandenen Verlassenschaft die unter A genannten Erben die eine Hälfte, die unter B genannten die andere Hälfte erhalten sollen, so sprechen die Bestimmungen dafür, daß die Erblasser die beiderseitigen Vermögensmassen zu einer einheitlichen Erbmasse zusammengeworfen haben und daß von dieser Einheit, soweit beim Tode des Überlebenden davon noch etwas vorhanden ist, die beiderseitigen Verwandten je die Hälfte erhalten sollen.

5. **RG.** HessRspr. **13** 143, R. **12** Nr. 2062. Haben in einem gemeinschaftlichen Testamente Eheleute sich gegenseitig zu Erben mit der Bestimmung eingesetzt, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen, der Überlebende aber berechtigt sein solle, über ein Drittel des Nachlasses anderweit letztwillig zu verfügen, so ist aus dieser Bestimmung nicht zu entnehmen, daß gerade in Ansehung der zwei Drittel des Nachlasses, über die der Überlebende zu verfügen nicht berechtigt ist, der Dritte als Erbe des zuerst versterbenden Ehegatten habe eingesetzt sein sollen, zumal es ungewiß war, welcher der Ehegatten zuerst versterben würde. Der Zweifel, ob der Dritte als Erbe des Erstversterbenden oder als Erbe des Überlebenden eingesetzt sei, bleibt hiernach bestehen. Er wird auch, wie der Wortlaut und Sinn des § 2269 ergeben, nicht schon durch den Umstand beseitigt, daß nach Inhalt des

Testaments nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an den Dritten fallen soll.

VI. Anwendbarkeit des § 2269 auf ältere Testamente. SchlHolstAnz. **12** 195 (KG.). Die Auslegungsregeln der §§ 2269 und 2073 finden auch auf Testamente Anwendung, die vor 1900 errichtet sind, wenn die Eheleute nach 1900 gestorben sind.

§ 2270. 1. HessRspr. **13** 72 (Darmstadt). Nicht nur Erbeinsetzungen, sondern auch Vorteile jeder Art können die Korrespektivität begründen, es genügt, wenn das vertragsmäßige Element sich aus den Umständen des einzelnen Falles mit Sicherheit ergibt. Dies kann angenommen werden, wenn die Eheleute über das beiderseitige Vermögen als ungeteilte Masse unter Hinweis auf einen Einkindschaftsvertrag verfügt und sich gegenseitig nicht allein den Nießbrauch, sondern sogar ein, wenn auch begrenztes, Verbrauchsrecht eingeräumt und diese Zuwendungen noch durch Beschränkung der Erben auf den Pflichtteil bei etwaiger Nichtanerkennung des Testaments gesichert haben.

2. KGJ. **42** A 119. Für die rechtliche Behandlung korrespektiver Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments begründet es keinen Unterschied, ob die Nichtigkeit der Verfügung des einen Teiles auf formellen oder materiellen Mängeln der Willenserklärung beruht (vgl. OLG. **16** 72 [Hamburg]; KGJ. **24** A 182, OLG. **8** 288, **21** 339 [KG.]). Die gesetzliche Vermutung für die Korrespektivität kann nach den allgemeinen Beweisregeln durch den Nachweis eines abweichenden Willens des Erblassers entkräftet werden, der außer aus dem Testamente selbst aus den besonderen Umständen des Falles und den persönlichen Anschauungen der Erblasser gefolgert werden kann. Auch die Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse beider Teile kann dabei in Betracht kommen.

3. **RG.** R. **12** Nr. 611, DJZ. **12** 401. Haben die Eheleute vereinbart, daß das von ihnen errichtete gemeinschaftliche Testament nicht einseitig — weder bei ihren Lebzeiten noch nach dem Tode des Erstversterbenden — abgeändert werden dürfe, so ist damit der als Testament bezeichneten Verfügung die Natur eines Erbvertrags gegeben. Der überlebende Ehegatte kann daher auch nicht dadurch, daß er nach dem Tode des Erstversterbenden das ihm aus dem Testamente Zugewendete ausschlägt, die Freiheit der letztwilligen Verfügung zurückgewinnen. Die gleiche Folge würde allerdings nicht schon dann eintreten, wenn die Ehegatten nur vereinbart hätten, daß bei ihren Lebzeiten der eine Ehegatte nicht ohne Mitwirkung des anderen Teiles eine Abänderung vornehmen dürfe.

§ 2271. I. Widerruf durch Abänderung eines Testaments. 1. *Kormann, JW. **12** 720 — entgegen du Chesne, R. **10** 205 (JDR. **9** Ziff. 1 zu § 2271) —. Das Widerrufsverbot bezieht sich auch auf eine bloße Abänderung des Testaments, insbesondere auf die nachträgliche Anordnung einer Testamentsvollstreckung sowie auf alle Vermächtnisse, soweit bei diesen nicht unter Anwendung der für die Abgrenzung von Anstandsschenkungen maßgeblichen Gesichtspunkte ein entgegenstehender Wille des verstorbenen Ehegatten anzunehmen ist.

2. KGJ. **42** A 123, RJA. **12** 18, KGBl. **12** 107. Unter „Widerruf" im Sinne des § 2271 ist nicht nur ein vollständiger Widerruf (contrarius actus), sondern auch eine Abänderung der korrespektiven Verfügung zu verstehen. Als solche stellt sich grundsätzlich (aM. du Chesne, vgl. oben zu 1) auch die nachträgliche Ernennung eines Testamentsvollstreckers dar, da dadurch die Rechtsstellung des Erben erheblich beeinträchtigt wird.

II. Wirkung der Unwiderruflichkeit. HansGZ. **12** Beibl. 275, R. **12** Nr. 2298 (Hamburg). Wenn in einem gemeinschaftlichen Testament einer Ehe-

frau (oder einem minderjährigen Kinde) etwas vermacht ist und damit gewisse Nießbrauchs- und Verwaltungsrechte auf den Ehemann (oder den Vater des Kindes) übergegangen sind, so ist der überlebende Ehegatte nicht befugt, durch eine einseitige Verfügung von Todes wegen, falls ihm nicht entsprechende Abänderungsbefugnisse eingeräumt sind, das gesetzlich eintretende Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht des Ehemanns (oder Vaters) auszuschließen. Vgl. auch oben Ziff. 3 c zu § 1909.

III. Anfechtung einer unwiderruflich gewordenen Verfügung. 1. Koppers, DJZ. **12** 805. Ein späteres Testament des überlebenden Ehegatten, mag es noch bei Lebzeiten des anderen Ehegatten oder erst nach dessen Tode errichtet sein, wird voll gültig und wirksam, wenn das vorher errichtete wechselseitige Testament durch Anfechtung aus §§ 2078, 2079 BGB. ganz oder doch so weit, als es dem späteren Testamente widerspricht, beseitigt wird. Ebenso wie die Anfechtung müssen auch andere Ereignisse wirken, welche die Hinfälligkeit der dem späteren Testamente widersprechenden Bestimmungen des wechselseitigen Testaments zur Folge haben, z. B. Wegfall des in dem wechselseitigen Testament eingesetzten Nacherben oder die Ausschlagung der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente durch den überlebenden Ehegatten. Die Ausschlagung beseitigt ganz für sich allein noch nicht die von dem überlebenden Ehegatten in dem wechselseitigen Testamente getroffenen letztwilligen Verfügungen. Sie beseitigt aber das Hindernis, welches die widerrufende Kraft der späteren letztwilligen Verfügung (§ 2254) bis dahin ausschloß.

2. OLG. **24** 73, DNotV. **12** 801 (Naumburg). Eine dem wechselseitigen Testamente widersprechende letztwillige Verfügung ist wirksam, wenn das Testament gemäß § 2079 mit Erfolg angefochten ist.

IV. Entsprechende Anwendbarkeit der für den Erbvertrag gegebenen Vorschriften. 1. Die Entsch. **RG. 77** 165 — JDR. **10** Ziff. 3 zu § 2271 — auch DNotV. **12** 258.

2. KGBl. **12** 133 (KG. 3. ZS.) schließt sich **RG. 77** 165 (vgl. oben zu 1) an, wonach § 2285 auch auf gemeinschaftliche Testamente anzuwenden ist, an die der überlebende Ehegatte durch Annahme der Erbschaft gebunden ist, desgleichen § 2287, der dem Vertragserben nach dem Anfalle der Erbschaft einen Herausgabeanspruch gegen den Beschenkten gewährt, wenn der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung aus seinem oder dem ererbten Vermögen gemacht hat.

3. HansGZ. **12** Beibl. 212 (Hamburg) verneint im Anschluß an Mantey, GruchotsBeitr. **22** 384 die analoge Anwendung des § 2281 (Anfechtung eines Erbvertrags durch den Erblasser) auf gemeinschaftliche Testamente.

§ 2273. Literatur: Neumann, Die Eröffnung gemeinschaftlicher Testamente, eine Frage des bürgerlichen Rechtes und zugleich des Stempelsteuerrechtes, SächsRpflA. **12** 292.

HansGZ. **12** Beibl. 238 (Hamburg). Beim Tode des erstversterbenden Ehegatten ist von der Verkündung gemeinschaftlicher Verfügungen dann Abstand zu nehmen, wenn die Verfügungen nur auf den Fall des Todes des überlebenden Ehegatten, also von jedem Ehegatten nur für den Fall seines Überlebens getroffen worden sind, so daß sie mit dem Tode des Erstversterbenden in bezug auf ihn gegenstandslos werden. Dies ist nicht der Fall, wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft angeordnet ist und infolgedessen die Abkömmnnge an die Stelle des erstversterbenden Elternteils getreten sind (§§ 1483, 1485, 1487).

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§ 2276. *Bauer, R. **12** 393 ff. Die Formvorschrift des Abs. 2 im § 2276 ist eine Ausnahme von jener des Abs. 1; die Vorschrift des Abs. 1 gilt als Regel auch für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten. Die erleichterte Form des § 1434 BGB. setzt einen wahren Ehevertrag im Sinne des § 1432 BGB. voraus; anderenfalls steht der Erbvertrag für sich allein, und da ihm die regelmäßige Form fehlt, ist er schon deswegen nichtig. Erklärungen der Erbvertragsteile über die schon im Gesetze begründete Geltung des gesetzlichen Güterrechts bilden keinen Ehevertrag; der in der erleichterten Form geschlossene Erbvertrag ist, da er hier nicht mit einem wirksamen Ehevertrage verbunden ist, nach §§ 2276 Abs. 1 und 125 BGB. nichtig. Soll der Erbvertrag in der erleichterten Form wirksam sein, so darf der ihm vorausgeschickte „Ehevertrag" nicht einfach die Geltung des schon gesetzlich wirksamen Güterrechts „vereinbaren" oder feststellen (vgl. § 1432 BGB. Ziff. 1).

§ 2280. Vgl. oben Ziff. V 1 zu § 2269 (Colmar).

§ 2287. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **10** Ziff. 3 zu § 2287 — auch **RG. 77** 111.

2. **RG.** JW. **12** 142, WarnE. **5** 102, R. **12** Nr. 80. Der Anspruch des Vertragserben auf Herausgabe des Geschenkes ist kein Bestandteil des Nachlasses; deshalb findet auf seine Geltendmachung der § 2039 keine Anwendung, wonach jeder Miterbe die Hinterlegung oder Ablieferung der ganzen zu leistenden Sache verlangen kann, vielmehr kann jeder Vertragserbe (wie auch jeder Erbe aus gegenseitigem Testamente) den Anspruch nur für seine Person und nur in Höhe eines Bruchteils des Geschenkes, der der Höhe seiner Beteiligung an der Erbschaft entspricht, geltend machen.

3. **RG. 77** 111, JW. **12** 142, WarnE. **5** 102, R. **12** Nr. 1042. Zur Begründung des Herausgabeanspruchs nach § 2287 genügt nicht der Nachweis des bloßen Bewußtseins des Schenkenden, er beeinträchtige durch die Schenkung die Vertragserben, andererseits ist von einem solchen Bewußtsein noch nicht ohne weiteres auf die Absicht einer Beeinträchtigung zu schließen. Das Vorhandensein anderer Beweggründe neben der Beeinträchtigungsabsicht schließt die Anwendbarkeit des § 2287 nicht ohne weiteres aus, jedoch ist in einem solchen Falle festzustellen, welcher der mehreren Beweggründe als der eigentlich treibende und bestimmende anzusehen sei.

4. a) SchlHolstAnz. **12** 33 (Kiel). Angefochten werden kann die Schenkung, wenn sie in bewußter Untreue gegen den Sinn des Erbvertrags und daher zugleich gegen Treu und Glauben vorgenommen wird. b) Ebenso **RG.** JW. **12** 467, DNotV. **12** 803.

§ 2301. Die vom **RG. 77** 333, JW. **12** 39 — JDR. **10** Ziff. 3 zu § 2301 — bestätigte Entsch. des OLG. Dresden (Verneinung einer Schenkung auf den Todesfall) ist veröffentlicht SächsOLG. **33** 468.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitt ist über eine große Anzahl wichtiger Entscheidungen des RG. zu berichten. So zu § 2313 über die Bedeutung der in dessen Abs. 2 behandelten „Rechte", „Verbindlichkeiten" und „zweifelhaften" Verbindlichkeiten; zu § 2315 (Ziff. 1) über die Anrechnung auf den Pflichtteil; zu §§ 2316 (Ziff. 1), 2325 (Ziff. 4) über die Rechtsstellung des mit dem Pflichtteilsergänzungsanspruche Belangten, der außerdem ausgleichungspflichtige Zuwendungen erhalten hat; zu § 2327 (Ziff. 1) über die Anrechnung von Geschenken, die der pflichtteilsberechtigte Miterbe selbst empfangen hat; zu § 2332 über den Beginn der Ver-

jährung des Pflichtteilsanspruchs. — Die viel beachtete Entsch. RG. 77 238 — JDR. 10 Ziff. 1 zu § 2317 — über die Erhebung der Schenkungssteuer für den Fall des Verzichts auf den Pflichtteil hat Widerspruch gefunden oder doch zu Vorschlägen, wie die Schenkungssteuer zu vermeiden sei, Anlaß gegeben, vgl. zu § 2317 die Aufsätze von Henschel, Wäntig und Wetzel. — Kretzschmar hat einen Beitrag, wie der Ergänzungsanspruch im Falle des § 2327 zu berechnen sei, geliefert (vgl. den Selbstbericht Ziff. 2 zu § 2327).

§ 2313. **RG.** BayRpflZ. **12** 283, PosMSchr. **12** 60, WarnE. **5** 349, R. **12** Nr. 1644. Der im § 2313 Abs. 2 gebrauchte Ausdruck „Rechte" begreift nicht bloß Forderungen, sondern Vermögenswerte jeder Art, insbesondere auch dingliche Rechte, in sich. In gleicher Weise sind unter „Verbindlichkeiten" nicht bloß schuldrechtliche Verpflichtungen, sondern auch alle anderen Verbindlichkeiten, insbesondere dingliche Belastungen zu verstehen. Zu den „zweifelhaften" Verbindlichkeiten gehören, wie aus der Gegenüberstellung von ungewissen oder unsicheren Rechten zu entnehmen, nicht bloß Verbindlichkeiten, deren Rechtsbestand ungewiß ist, sondern auch Verbindlichkeiten, deren tatsächliche Verwirklichung unsicher ist. Mit der Verpfändung für fremde Schuld verhält es sich ähnlich wie mit der Bürgschaftsschuld, die, wie JW. **06** 114 ausgesprochen, eine zweifelhafte Verbindlichkeit ist. Bei beiden Rechtsgeschäften steht die Verpflichtung des Schuldners wirtschaftlich einer solchen Verbindlichkeit nahe, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig ist und deshalb gemäß § 2313 Abs. 1 nicht angesetzt werden darf.

§ 2315. 1. **RG.** PosMSchr. **12** 99, DNotV. **12** 834, R. **12** Nr. 1911. Der Pflichtteilsanspruch ist unabhängig davon, ob der Berechtigte als Erbe eingesetzt worden ist oder nicht. Die Zuwendung unter Lebenden kann geschehen sein zu einer Zeit, in der der Erblasser noch nicht daran dachte, den Bedachten auf den Pflichtteil zu beschränken, gleichwohl aber die Anrechnung für den Fall der Erbteilung unter seinen Kindern wünschte. Die Anordnung kann nur zugleich mit der Zuwendung getroffen werden, eine nachträgliche Anordnung dieser Anrechnung auf den Pflichtteil ist unzulässig, ebenso eine Anordnung dieses Inhalts durch letztwillige Verfügung. Jedenfalls muß der Beweis, daß die Anrechnung auf den Pflichtteil gewollt gewesen sei, besonders erbracht werden. Ist dieser Beweis nicht erbracht, so kann die Zuwendung nur auf den Erbteil angerechnet werden.

2. HansGZ. **12** Beibl. 205 (Hamburg). Die im § 2315 erforderte „Bestimmung" muß bei der oder im Hinblick auf die bevorstehende Zuwendung dem Empfänger gegenüber erklärt sein, doch braucht die Erklärung keine ausdrückliche zu sein, sie kann vielmehr auch stillschweigend erfolgen. Eine spätere Erklärung, insbesondere eine solche in einem Erbvertrag oder im Testament, ist wirkungslos. Vgl. auch oben Ziff. 1 a zu § 2050.

§ 2316. 1. **RG. 77** 282, JW. **12** 76, R. **12** Nr. 81. Bereits der Grundsatz des § 2303, wonach der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils besteht, zwingt dazu, zum Zwecke der Pflichtteilsberechnung festzustellen, wie sich für die Zeit des Erbfalls (§ 2311) rechtlich und wirtschaftlich die Lage des Pflichtteilsberechtigten gestaltet hätte, wenn er gesetzlicher Erbe geworden wäre. Für den Fall, daß mehrere Abkömmlinge vorhanden sind, bestimmt § 2316 Abs. 1 weiter, daß diese bloß hypothetische Berechnung des gesetzlichen Erbteils auch unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht zu erfolgen hat. Damit ist auf die Vorschrift der §§ 2050 ff. Bezug genommen. Hierzu gehört aber auch der wichtige Grundsatz des § 2056, wonach ein Miterbe, der durch die ausgleichungspflichtige Zuwendung mehr erhalten hat, als ihm bei der Auseinander-

setzung zukommen würde, keinesfalls zur Herausgabe des Mehrbetrags verpflichtet ist. Es ist kein Grund erfindlich, warum der Erbe dieser Begünstigung verlustig gehen sollte, wenn er einem anderen Abkömmlinge nicht als Miterbe, sondern als Pflichtteilsberechtigter gegenübersteht. Vgl. auch unten Ziff. 4 zu § 2325.

2. **RG.** PosMSchr. **12** 11, BayRpflZ. **12** 193, WarnE. **5** 189, R. **12** Nr. 884, 890. Dem pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge, gleichviel, ob er bloßer Pflichtteilsgläubiger oder Pflichtteilserbe ist, bleiben die Rechte gewahrt, die ihm im § 2316 zum Schutze seines Pflichtteilsrechts gegeben sind. Indem § 2316 Abs. 1 auf die Ausgleichungsgrundsätze verweist, erklärt er auch den § 2057 für anwendbar (**RG. 73** 375), und zwar, wie Abs. 3 des § 2316 ergibt, ohne Rücksicht auf Anordnungen, die der Erblasser bezüglich der Ausgleichungspflicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten getroffen hat. Diese Ausgleichungspflicht entfällt nicht schon schlechthin deshalb, weil die Zuwendung den einzigen Nachlaßbestandteil bildet, insbesondere dann nicht, wenn geltend gemacht wird, daß die zur Ausgleichung zu bringende Ausstattung ganz oder zum Teil das den Umständen entsprechende Maß übersteige (§ 1624 Abs. 1) und deshalb vom Pflichtteilsergänzungsanspruch aus §§ 2325 ff. ergriffen werde.

§ 2317. Verzicht auf den Pflichtteil und Schenkungssteuer. 1. Henschel, DJZ. **12** 393, — gegen **RG. 77** 238 — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 2317. — Der durch § 2317 bestimmte Rechtserwerb ist zunächst, solange der Pflichtteilsberechtigte für die Geltendmachung des Pflichtteils sich nicht entschieden hat, ein unvollkommener. Diese Unvollkommenheit des Rechtserwerbes kann sich auch gegen den Fiskus richten, wenn er wegen der ihm zuerkannten Erbschaftssteuer den Pflichtteilsanspruch zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen will (§ 852 ZPO., § 1 KO.). Ein unvollkommener Rechtserwerb, der, wenn der Berechtigte es will, in nichts zerfällt, kann nicht der Zweck eines Steuergesetzes sein.

2. Desgl. BayNotZ. **12** 37 (Zusatz des Einsenders der Entsch.). Das RG. übersieht, daß nach dem Wortlaute des Gesetzes nur besteuert wird, „was als Pflichtteil erworben wird". Wenn aber der Pflichtteilsberechtigte den ihm zustehenden Anspruch nicht geltend macht, so erwirbt er auch nichts.

3. *Wäntig, DNotV. **12** 225. Der Verzicht auf den Pflichtteil nach Eintritt des Erbfalls ist Schenkung, wenn Pflichtteilsberechtigter und Erbe sich darüber einig sind, daß der Verzicht unentgeltlich erfolgt. Der Verzicht unterliegt deshalb grundsätzlich der Schenkungssteuer. Es ergeben sich Unterschiede, je nachdem, ob der Pflichtteilsberechtigte von der Erbfolge ausgeschlossen ist, ob ihm ein Erbteil hinterlassen, ob dieser Erbteil größer oder kleiner als der Pflichtteil ist, ob für den Erbteil Beschränkungen oder Beschwerungen angeordnet sind, oder ob dem Pflichtteilsberechtigten ein Vermächtnis hinterlassen ist. Die Schenkungssteuer kann dadurch vermieden werden, daß a) der Pflichtteilsberechtigte mit dem Erblasser zu dessen Lebzeiten einen Erbverzichtsvertrag abschließt, b) der Pflichtteilsberechtigte es bis zur Verjährung des Pflichtteils ungewiß läßt, ob er seinen Pflichtteilsanspruch geltend machen will oder nicht, c) der Verzicht auf den Pflichtteil nicht unentgeltlich erfolgt, z. B.: Ehegatten setzen für ihre beiderseitigen Nachlässe diejenigen Abkömmlinge auf den Pflichtteil, welche ihre letztwilligen Verfügungen nicht anerkennen.

4. Wetzel, WürttZ. **12** 346, verneint die Zulässigkeit der Erhebung einer Schenkungssteuer für den Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte gegenüber einem gemeinschaftlichen Testamente seiner Eltern nach dem Tode des einen Elternteils die Geltendmachung des Pflichtteils unterläßt, weil der Testamentsinhalt die Annahme verbiete, daß die Vertragsteile darüber, daß die Zuwendung von dem einen unentgeltlich gemacht und von dem anderen unentgeltlich angenommen werde, einig gewesen seien, außerdem der Verzicht auf den Pflichtteil mit Rücksicht darauf, daß

dem Pflichtteilsberechtigten später der (väterliche oder mütterliche) Erbteil unverkürzt verbleiben werde, erklärt worden sei.

5. SächsRpflA. **12** 30 (Dresden). Der Pflichtteilsanspruch entsteht kraft Gesetzes mit dem Erbfall und unterliegt daher nach § 1 RErbStG. der Besteuerung. In welcher Weise der Erbe diese Nachlaßverbindlichkeit begleicht, ist für die Besteuerung unerheblich.

§ 2325. 1. Fath, BayRpflZ. **12** 175, SeuffBl. **12** 235, teilt die Entsch. eines Vormundschaftsgerichts und des Beschwerdegerichts mit, worin ausgeführt ist, daß unter dem „Werte des geschenkten Gegenstandes zur Zeit der Schenkung" (§ 2325 Abs. 2) im Gegensatze zu dem Werte beim Erbfalle nur der wirkliche Wert ohne Rücksicht auf einen persönlichen Vorbehalt des Schenkgebers, z. B. den eines Wohnungsrechts an dem verschenkten Hausgrundstücke verstanden werden könne.

2. HansGZ. **12** Beibl. 155 (Hamburg). Wenn § 2325 von Schenkungen spricht, so sind damit solche im Sinne des § 516 BGB. gemeint. In diesem Sinne liegt aber keine Schenkung vor, wenn der Erblasser eine Versicherung zugunsten eines Dritten nimmt. Denn die Versicherungsanstalt zahlt nicht etwa die bei ihr entrichteten Prämien mit den aufgelaufenen Zinsen an den Dritten aus, sondern sie zahlt aus ihrem eigenen Vermögen das Versicherungskapital, wenn auch auf Grund eines Vertrags mit dem Versicherungsnehmer. Auch kann man nicht sagen, daß die Prämien dem Dritten geschenkt seien; denn es ist rechtlich unrichtig, zu sagen, in dem Versicherungskapitale stecken die Prämien. Auch darin, daß der Versicherungsnehmer erst mehrere Jahre nach Abschluß des Versicherungsvertrags diesen dahin ändert, daß die Versicherungssumme an einen Dritten ausbezahlt werde, liegt keine Schenkung aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers.

3. ElsLothJZ. **12** 488 (Colmar). Als Schenkung im Sinne des § 2325 kann auch ein Ernährungsvertrag in Betracht kommen, den der Erblasser mit einem Dritten abschließt, soweit die Leistung des Erblassers die von dem Dritten übernommene Unterhaltsleistung an Vermögenswert erheblich übersteigt und die Vertragschließenden darüber einig waren, daß das Mehr als Schenkung gelten solle.

4. **RG. 77** 282, JW. **12** 76, R. **12** Nr. 82. Ist ein effektiver Nachlaß nicht vorhanden, besteht vielmehr der Nachlaß nur aus verschenkten Gegenständen, die nach § 2325 „dem Nachlasse hinzuzurechnen sind", z. B. wenn der Erblasser auf dem Totenbette sein gesamtes Vermögen verschenkt hatte, so ergreift der Pflichtteilsergänzungsanspruch nur diese Geschenke, und zwar zu demjenigen Bruchteile, welcher sich als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils des Klägers ergibt. Das Ergebnis kann aber kein anderes sein, wenn zwar außer den Geschenken noch ein rechnungsmäßiger, nämlich in ausgleichungspflichtigen Zuwendungen bestehender Nachlaß vorhanden ist, wenn sich aber dieser Nachlaß dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber in nichts auflöst, weil ihm der Erbe nach § 2056 nicht zur Herausgabe verpflichtet ist. Es bleiben also lediglich die nach §§ 2325 ff. herauszugebenden Geschenke als einziger mit dem Pflichtteilsergänzungsanspruche greifbarer Nachlaßbestand übrig. Die dem Miterben durch § 2056 gewährleistete Befreiung von jeder Herausgabepflicht würde vereitelt werden, wenn er als mit dem Pflichtteilsergänzungsanspruche Belangter nun dennoch zur Herausgabe der empfangenen Ausstattung usw. genötigt werden könnte. Der Umstand, daß der Beklagte zugleich Erbe und Beschenkter ist, kann seine Lage nicht verschlechtern. Denn als Beschenkter kann er überhaupt nur auf Herausgabe des Geschenkes (§ 2329) und nicht auf Herausgabe von ausgleichungspflichtigen Zuwendungen belangt werden. Er haftet auch nur, soweit er durch Geschenke, nicht auch, soweit er durch derartige Zuwendungen bereichert ist. Noch weniger kann dem Pflichtteilsberechtigten ge-

stattet sein, mit Hilfe der §§ 2325, 2329 sich an dem Erben oder dem Beschenkten für den Ausfall zu erholen, den er vermöge der Vorschriften der §§ 2316, 2056 an seinem Pflichtteil erleidet. — Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 2316.

§ 2327. 1. **RG.** JW. **12** 913, WarnE. **5** 419, R. **12** Nr. 2815, 2826. Haftet ein Miterbe seiner pflichtteilsberechtigten Miterbin im Umfange des § 2329 als Beschenkter (vgl. **RG. 58** 126), so kann er sich darauf berufen, daß die Miterbin selbst gewisse Geschenke von dem Erblasser erhalten habe, die, gleichviel, wie lange sie vor dem Erbfalle zurückliegen, sie auf ihren Anspruch sich anrechnen lassen müsse. Als ein solches Geschenk können auch bare Zuschüsse zur Lebensführung angesehen werden; denn § 685 Abs. 2 BGB. schließt die Annahme, daß es sich um Schenkungen gehandelt habe, nicht nur nicht aus, sondern begünstigt sie. Handelt es sich um den schenkungsweisen Erlaß einer verzinslichen Forderung, (§ 397 BGB.), so ist es nicht angängig, die Zinsen noch als weiterlaufend und als möglichen Gegenstand eines besonderen schenkungsweisen Erlasses zu behandeln.

2. *Kretzschmar, R. **12** 39. a) Das Bestehen eines Anspruchs auf Ergänzung des Pflichtteils hat, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk erhielt, zur Voraussetzung, daß das Geschenk an den Dritten bzw. die mehreren Geschenke an Dritte das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten übersteigen. b) Ein etwa bestehender Ergänzungsanspruch beziffert sich, wenn das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten nicht anrechnungspflichtig ist, nach dem Betrage, um den das Geschenk an den Dritten das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten übersteigt, und er beläuft sich auf einen dem Pflichtteil entsprechenden Teil dieses Betrags. Hat also z. B. der Pflichtteilsberechtigte $1/6$ oder $1/8$ vom Werte des Nachlasses als Pflichtteil zu verlangen und wird das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten von dem Geschenk an den Dritten um 4800 M. überstiegen, so beziffert sich die Ergänzung auf $1/6$ oder $1/8$ von 4800 = 800 oder 600 M. c) Ist das Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten nach § 2315 anrechnungspflichtig, so beziffert sich die Ergänzung auf einen dem Pflichtteil entsprechenden Teil des Geschenkes an den Dritten. Jedoch mindert sich die Ergänzung, wenn der ordentliche Pflichtteil rechnungsmäßig einen Minusbetrag ergibt, um diesen Betrag. Beispiel: Nachlaß 4000. Der einzige Sohn des Erblassers, der auf den Pflichtteil beschränkt ist, hat ein anrechnungspflichtiges Geschenk von 4000, die hinterlassene Witwe aber 3000 geschenkt erhalten. Ordentlicher Pflichtteil:

$$\frac{(4000+4000) \cdot 3}{8} - 4000 = 3000 - 4000 = -1000^{*}).$$

Der Ergänzungspflichtteil beläuft sich demnach auf

$$\frac{3000 \cdot 3}{8} - 1000 = 1125 - 1000 = 125.$$

§ 2332. **RG.** JW. **12** 70, PosMSchr. **12** 150, R. **12** Nr. 83. Mit der Kenntnis von dem Eintritte des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung erlangt der Pflichtteilsberechtigte in den Regelfällen die Kenntnis von der Verletzung seines Pflichtteilsrechts. Anders ist es aber, wenn das Pflichtteilsrecht einer Person von dem Wegfall eines vor ihr berufenen gesetzlichen Erben abhängt (§ 2309). In einem solchen Falle fehlt die Kenntnis von der Verletzung des Pflichtteilsrechts so lange, als der Berechtigte keine Kenntnis davon hat, daß der Näherberechtigte weggefallen ist. Darauf, wann der Pflichtteilsanspruch entsteht, kommt es dabei nicht oder doch nur insofern an, als die Kenntnis von der Verletzung des Pflichtteilsrechts nicht eher erlangt werden kann, als der Pflichtteilanspruch entstanden ist. Hat daher der Erblasser seiner Tochter den Pflichtteil auf Grund des § 2333

*) Ein in dem Beispiel untergelaufener Schreib- oder Druckfehler ist hier berichtigt. Red.

Ziff. 2 BGB. entzogen, so kommt es für die Entscheidung über die Frage der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs ihrer Kinder darauf an, ob ihr Ehemann, der Vater der Kinder, der selbst gemeinsam mit seiner Ehefrau deren (demnächst rechtskräftig abgewiesenen) Ansprüche gegenüber dem Erben geltend gemacht hat, schon bei Einleitung jenes Prozesses davon Kenntnis gehabt hat, daß seiner Frau kein Pflichtteilsanspruch zustehe, weil der vom Erblasser ausgesprochene Entziehungsgrund des § 2333 Ziff. 2 zutreffe, oder wann er später diese Kenntnis erlangt hat.

§ 2338. HansGZ. **12** Beibl. 298 (Hamburg). Die beiden Möglichkeiten der Enterbung bona mente im § 2338 schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern können nebeneinander bestehen.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

§ 2339. Ziff. 3. **RG.** JW. **12** 871, BayRpflZ. **12** 438, DJZ. **12** 1185. Hat der Erblasser seine Witwe, weil sie seine Ehefrau geworden sei, zur Erbin eingesetzt, so kann die Erbeinsetzung gemäß § 2339 Ziff. 3 angefochten werden, wenn die Witwe vor und noch nach der Eheschließung ein Liebesverhältnis mit einem Dritten unterhalten und dies dem Erblasser verschwiegen hat. Denn wenn sie durch arglistige Täuschung den Erblasser zur Eheschließung bestimmt hat, ist anzunehmen, daß auch die Erbeinsetzung dadurch veranlaßt ist. Wird schon auf dem Gebiete des Vermögens eine arglistige Täuschung dann als vorliegend angenommen, wenn das Schweigen den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht und der andere Teil nach der Verkehrsanschauung die Mitteilung unter den gegebenen Umständen erwarten durfte, so ist das gleiche für das wichtige Gebiet der Eheschließung erst recht anzunehmen.

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

§ 2346. 1. Deck, BadRpr. **12** 125, empfiehlt, im Verwaltungswege anzuordnen, daß auch die Erbverzichtsverträge (wie Testamente und Erbverträge) in amtliche Verwahrung gebracht und beim Tode des Erblassers von Amts wegen reproduziert werden.

2. SächsRpflA. **12** 338 (Dresden). Verträge, die das gesetzliche Erbrecht oder das Pflichtteilsrecht eines Beteiligten nur einschränken, sind keine Erbverzichtsverträge im Sinne des § 2346, sondern wahre Erbverträge und daher gültig, wenn sie in deren Form geschlossen werden.

3. Über den Erbverzicht vgl. *Walsmann, Verzicht 17 f., 177, 294 ff.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist zu § 2357 (Ziff. 2) die Entsch. des KG., welche, in Abweichung vom KGJ. **22** A 61, für den Fall, daß der Erblasser als gesetzliche Erben Abkömmlinge und eine schwangere Witwe hinterlassen hat, die Erteilung von Teilerbscheinen für die Witwe und die Abkömmlinge in der Weise für zulässig erachtet, daß statt der Größe des Erbteils der Abkömmlinge die Unbestimmtheit dieser Erbteile bezeugt wird. — Josef vertritt gegen Kuttner — JDR. **9** zu § 2359 — mit Entschiedenheit (vgl. Ziff. II 1 zu § 2359) den Standpunkt, daß in dem Verfahren bei Erteilung eines Erbscheins für das Nachlaßgericht die Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit nicht bindend seien.

§ 2353. I. Antrag. Antragsbefugnis. HessRspr. **13** 282 (LG. Gießen). Der Erbschaftskäufer kann an Stelle des Erben die Erteilung eines Erbscheins nicht beantragen.

II. Bedeutung und Inhalt des Antrags. 1. a) BayObLG. **13** 437. Liegt ein auf Erteilung eines Erbscheins gerichteter Antrag nicht vor, so ist der gleichwohl erteilte Erbschein einzuziehen. Hat das Nachlaßgericht anstatt des vom Antragsteller erbetenen Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft einen Erbschein erteilt, so hat sich das Beschwerdegericht, wenn es den Erbschein einzieht, darüber schlüssig zu machen, ob dem Antrag auf Erteilung des Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft eine Folge zu geben ist. **b**) ElsLothJZ. **12** 379 (Colmar). Einem Erbscheine kann nicht in Abweichung von dem gestellten Antrage der richtige Inhalt gegeben werden. Ist der Antrag widerspruchsvoll, so muß er gleichfalls abgelehnt werden. **c**) KGJ. **42** A 128. In dem Antrag auf Erteilung eines Erbscheins ist das beanspruchte Erbrecht genau zu bezeichnen. Das Nachlaßgericht darf einen von dem Antrag inhaltlich abweichenden Erbschein nicht erteilen. Der Antragsteller kann deshalb dem Nachlaßgerichte nicht überlassen, den Inhalt des Erbscheins zu bestimmen. Ebenso OLG. **7** 144, 8 297, **9** 437, KGJ. **26** A 62, **29** A 42 **34** A 116, **36** A 109, RJA. **6** 113.

2. FrankfRundsch. **46** 169 (Frankfurt). Das Beschwerdegericht, welches die Einziehung eines Erbscheins anordnet, kann nicht zugleich das Nachlaßgericht anweisen, einen Erbschein anderen Inhalts zu erteilen (vgl. OLG. **16** 191, **RG. 61** 273).

III. Erteilung einer Ausfertigung. Voraussetzung. ElsLothNotZ. **12** 115, ElsLothJZ. **12** 256 (Colmar). Die Ausfertigung eines Erbscheins ist auf Antrag nur dann zu erteilen, wenn der Antragsteller in Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis der Ausfertigung bedarf und dies darlegt und glaubhaft macht. Dies gilt auch dann, wenn ein Notar in seiner Eigenschaft als Behörde die Erteilung der Ausfertigung beantragt (§ 85 FGG.).

IV. Erbschein nach einem Ausländer. RheinANB. **29** 150 (LG. Cöln) steht — im Gegensatze zu KGJ. **36** A 102, JDR. **7** Ziff. 2 zu 2353 — in Übereinstimmung mit OLG. **14** 153 (Dresden) u. Josef, DNotV. **4** 211, auf dem Standpunkte, daß auch hinter einem Ausländer, der seinen letzten Wohnsitz im Inlande hatte, ein allgemeiner Erbschein ausgestellt werden könne, da der Erbschein nicht Ausfluß eines bestimmten Erbrechts, sondern nur eine Beweisurkunde für ein Erbrecht sei und die Bestimmungen des BGB. keinen Anhalt dafür gäben, daß ein solches Zeugnis nur über ein nach diesen Bestimmungen begründetes Erbrecht ausgestellt werden solle. § 2369 wird als eine Sondervorschrift für den besonderen Fall angesehen, daß zu einer Erbschaft, für die es an einem zuständigen deutschen Nachlaßgerichte fehle, Gegenstände gehören, die sich im Inlande befinden.

V. Erbschein und Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft. 1. Sieveking, HansGZ. **12** Beibl. 245. Neben einem Zeugnis über Fortsetzung der Gütergemeinschaft kann in Ansehung der Vermögensobjekte, die nicht in das Gesamtgut fallen, oder in Ansehung solcher Personen, die an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht teilnehmen, ein Erbschein ausgestellt werden; doch empfiehlt es sich, zur Vermeidung von Irrtümern und Unzuträglichkeiten in dem Erbscheine des über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft erteilten Zeugnisses Erwähnung zu tun.

2. Schultz, ZBlFG. **13** 195, hält für den Fall, daß ein Ehegatte stirbt, der in der allgemeinen Gütergemeinschaft des BGB. gelebt und außer seinem Ehegatten die mit diesem gemeinschaftlichen Kinder und Kinder aus früherer Ehe hinterlassen hat, für erforderlich: 1. einen Erbschein in Ansehung des Vorbehaltsguts und Sonderguts, 2. einen Erbschein in Ansehung des Anteils des Erblassers an dem

Gesamtgute, soweit die Kinder erster Ehe daran beteiligt sind, 3. ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft.

VI. Leibzuchtsschein. FrankfRundsch. **46** 178 (Frankfurt) hält es für zulässig, dem überlebenden Ehegatten einen Erbschein (Leibzuchtsschein) über das ihm zustehende Erbrecht der Leibzucht nach nassauischem Rechte zu erteilen. Wird neben der Leibzucht das freie Verfügungsrecht über die Nachlaßliegenschaften eingeräumt, so handelt es sich dabei um ein Vermächtnis, das in den Erbschein nicht aufzunehmen ist.

§ 2355. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 2 zu § 2355 (Zulässigkeit der Erteilung eines Erbscheins auf Grund eines verloren gegangenen, aber wirksam gebliebenen Testaments) — auch RJA. **11** 178, KGJ. **41** A 94.

2. ElsLothNotZ. **12** 315, R. **12** Nr. 2960 (Colmar). Mit der Bezeichnung der Verfügung, auf der sein Erbrecht beruht, und der Vorlegung der dieses ergebenden Urkunde genügt der Antragsteller seiner Angabepflicht, insbesondere braucht er über den Inhalt und das Datum der Urkunde keine eidesstattliche Versicherung abzugeben.

§ 2356. ElsLothNotZ. **12** 249 (Colmar). Wird durch die Bescheinigung eines Konsuls nachgewiesen, daß die in Betracht kommenden Personenstandsurkunden nicht zu beschaffen seien, so kann die eidliche Aussage einer mit der Familie des Erblassers genau bekannten Person als anderes Beweismittel ausreichen. Den Nachweis der Geburtsdaten durch die eidesstattliche Versicherung verlangt das Gesetz nicht.

§ 2357. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 2357 — auch KGJ. **41** A 90.

2. KGJ. **42** A 128. Hinterläßt der Erblasser als gesetzliche Erben Abkömmlinge und eine schwangere Witwe, so ist die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins unzulässig, da der nach § 2357 Abs. 3 erforderliche Nachweis, daß der nasciturus die Erbschaft angenommen habe, vor dessen Geburt nicht erbracht werden kann. Dagegen können neben einem Teilerbschein für die Witwe auch Teilerbscheine für die Abkömmlinge erteilt werden. In diesem Falle ist statt der Angabe der Größe des Erbteils zu bezeugen, daß der Erbteil des Abkömmlinges noch unbestimmt sei, weil infolge einer Schwangerschaft der Witwe noch Personen geboren werden könnten, die neben dem Abkömmlinge zu gleichen Teilen erbberechtigt sein würden. Diese Teilerbscheine sind nach der Niederkunft der Witwe einzuziehen. Das Nachlaßgericht hat auf rechtzeitige Einziehung bedacht zu sein. Die abweichende Ansicht KGJ. **22** A 61 — JDR. **1** Ziff. II 6 zu § 2353 — wird nicht aufrechterhalten.

3. ElsLothNotZ. **12** 29 (LG. Metz). Wenn in der eidesstattlichen Erklärung die Erbteile der Erben angegeben sind, so kann in dem Antrag auf Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins hierauf Bezug genommen werden.

§ 2359. I. RJA. **12** 17, SeuffA. **67** 198, HansGZ. **12** Beibl. 191 (Hamburg). Der Nachlaßrichter hat von Amts wegen nicht nur zu prüfen, ob die vorgelegte Verfügung von Todes wegen formgerecht errichtet und zum Nachweise der Erbberechtigung geeignet ist, sondern seine Ermittelungen haben sich auch darauf zu erstrecken, ob der Erblasser überhaupt zur Errichtung der Verfügung berechtigt war oder ob in sonstiger Weise der Wirksamkeit der Verfügung rechtliche Gründe entgegenstehen, z. B. die Verfügung neben einem Ehe- und Erbvertrage zulässig ist.

II. Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren. 1. Josef, JheringsJ. **61** 197 — gegen Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren, JDR. **9** zu § 2359 —. In dem Verfahren bei Erteilung des Erbscheins sind für das Nachlaßgericht die Entscheidungen der

streitigen Gerichtsbarkeit nicht bindend; denn das Nachlaßgericht hat nach §§ 2359, 2361 den Erbschein nur zu erteilen und nur einzuziehen, wenn das behauptete Erbrecht sich als in Wahrheit bestehend oder die Unrichtigkeit des erteilten Scheines als tatsächlich erwiesen ergibt. Das Urteil des Prozeßgerichts, durch das ein Erbrecht als vorhanden festgestellt wird, enthält nur das Gebot an die unterlegene Partei, das Erbrecht des Obsiegenden nicht mehr zu bestreiten, nicht aber eine allgemeine Feststellung wirklicher Erbberechtigung, und kann sonach grundsätzlich für das Nachlaßgericht nicht bindend sein. Daher hat dieses einen ihm auf grund des § 2362 herausgegebenen Erbschein nur dann zu vernichten, wenn sich dessen Unrichtigkeit ergibt; die bloße Herausgabe an das Nachlaßgericht bewirkt keine Kraftlosigkeit des Erbscheins. — Das Vorstehende gilt besonders, wenn das Urteil im Erbrechtsfeststellungsprozeß auf Grund eines Anerkenntnisses oder einer Versäumnis ergangen ist; namentlich kann das von der unterlegenen Partei im Prozeß abgegebene Anerkenntnis niemals eine Übertragung des Erbrechts auf die obsiegende zur Folge haben. Das Urteil hat nur die Folge, daß die unterlegene Partei, die durch den Erbschein nach außen zur Verfügung über den Nachlaß legitimiert ist, nach Maßgabe der §§ 2019 ff. BGB. zur Herausgabe an den Obsiegenden verpflichtet ist, so daß der Obsiegende dieselbe Rechtsstellung hat, wie der Käufer einer Erbschaft, dem der Erbschein nicht erteilt ist. Über die Einwirkung des Erbrechtsfeststellungsurteils auf die Rechtslage der Nachlaßgläubiger hat das Gesetz keine Vorschriften; die Gläubiger haben, soweit ihnen nicht die Vermutung des § 2365 zur Seite steht, dem Prozeßgerichte nachzuweisen, daß der von ihnen als Erbe Verklagte der wirkliche Erbe sei, und das im Rechtsstreite der Erbansprecher ergangene Urteil kann hier nur als Beweismittel verwendet werden. — Urteile, die nach ausdrücklicher Vorschrift oder nach ihrem Inhalt für und gegen alle wirken (§§ 629, 643 ZPO.; §§ 1468, 2344 BGB.), binden auch das Nachlaßgericht bei Erteilung des Erbscheins.

2. *Fraeb, ZBlFG. **13** 329. Beteiligung dritter Personen neben den Prozeßparteien macht den Nachlaßrichter von dem rechtskräftigen Urteil unabhängig.

3. PosMSchr. **12** 40, DNotV. **12** 814 (KG.). Ein zwischen zwei Erbprätendenten über das Erbrecht ergangenes Urteil wirkt nur zwischen den Prozeßparteien, nicht gegenüber Dritten, die in dem Verfahren nicht gehört worden sind. Das Nachlaßgericht hat daher vor Erteilung des Erbscheins das Erbrecht selbständig zu prüfen.

§ 2361. WürttZ. **12** 300 (Stuttgart). Gegen die Anordnung der Einziehung eines Erbscheins ist die Beschwerde auch dann noch zulässig, wenn der Erbschein bereits tatsächlich eingezogen ist; denn da nach Einziehung des Erbscheins der ursprüngliche Antragsteller nicht gehindert ist, aufs neue die Erteilung eines Erbscheins zu beantragen, so würde es eine unnötige Weiterung sein, den Antragsteller auf diesen Weg zu verweisen, statt ihm das Recht zu gewähren, sofort beim Beschwerdegerichte die Erteilung eines neuen Erbscheins durch Anfechtung des die Einziehung anordnenden Beschlusses zu betreiben. — Ist der Erbschein erteilt, so kann die Anordnung seiner Erteilung nicht zum Gegenstand einer Beschwerde gemacht werden, weil zur Beseitigung eines zu Unrecht erteilten Erbscheins in den §§ 2361, 2362 Abs. 1 andere Wege gewiesen sind. Die hiernach zu betreibende Einziehung des Erbscheins kann auch durch Beschwerde gegen den dessen Erteilung anordnenden Beschluß erreicht werden (**RG. 61** 278). Die Beschwerde ist auch schon vor Erteilung der Ausfertigung des Erbscheins zulässig.

§ 2362. SchlHolstAnz. **12** 84 (Kiel). Der Erbschein begründet zwischen den bei der Erbschaft Beteiligten keine Rechte, und der durch den Inhalt des Erbscheins Benachteiligte ist nicht auf den Rechtsbehelf des § 2362 Abs. 1 u. 2 beschränkt.

§ 2363. 1. KGJ. 42 A 224. Sind in einem Testamente die in einem bestimmten künftigen Zeitpunkte vorhandenen Abkömmlinge einer Person, insbesondere die zur Zeit des Todes des Vorerben vorhandenen Abkömmlinge desselben ohne nähere Bezeichnung als Nacherben eingesetzt, so sind in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbschein etwa schon lebende Abkömmlinge nicht mit Namen aufzuführen, und es bedarf während der Dauer der Vorerbschaft zur Eintragung des Rechtes der Nacherben der Vorlegung eines Erbscheins nicht, soweit dieser nur zum Nachweise der Person des Nacherben erforderlich sein würde.

2. Cohn, JW. 12 171, Der befreite Vorerbe vor und nach dem 1. Januar 1900. Die Bestimmung des § 2363, daß der dem befreiten Vorerben auszustellende Erbschein auch die Angabe, wer der Nacherbe sei, zu enthalten habe, ist zwecklos und nur, wie näher dargetan wird, durch ein Versehen der Redaktionskommission in das Gesetz hineingekommen.

§ 2364. Abs. 1. *v. Henle, R. 12 76. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist im Erbscheine dann nicht anzugeben, wenn die ernannte Person das Amt abgelehnt hat und eine weitere Person nicht ernannt, die Anordnung der Testamentsvollstreckung daher gegenstandslos ist.

§ 2365. **RG.** LeipzZ. 12 669, 672. Die Auffassung des Nachlaßrichters, welcher in dem von ihm ausgestellten Erbscheine die Beklagten als Nacherben bezeichnet, ist der Klägerin gegenüber ohne rechtliche Bedeutung. Die Erbschaftsgläubiger sind, ohne Rücksicht darauf, wer im Erbschein als Erbe genannt ist, berechtigt, im Prozesse nachzuweisen, daß der von ihnen wegen einer Erbschaftsschuld Belangte in Wahrheit Erbe sei.

§§ 2365, 2368. *Kuttner, JheringsJ. **61**. S. § 891 zu I u. § 292 ZPO.

§ 2370. *Meyer, Rechtsschein des Todes 20 f., 26 ff., 60. Vertrauensschutz auf Grund des Rechtsscheins (s. zu §§ 18, 1420, 1468, 1494, 1544) ausdehnend anzuwenden auf alle Fälle, in denen auf Grund des Todesscheins auf die freie Verfügungsbefugnis der Lebenden vertraut wurde, auch soweit diese nicht gerade als Erben in Betracht kamen.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2385. 1. ZBlFG. **13** 296, 313 (LG. u. OLG. Hamburg) — Mitteilung von *Fraeb —. Hat der Kläger gegen Gegenleistung die Rechtsgültigkeit eines Testaments anerkannt und erklärt, keine Ansprüche an den Nachlaß zu haben, so handelt es sich nicht lediglich um einen Auseinandersetzungsvertrag unter Miterben, sondern um Übertragung des gesetzlichen Erbteils auf die verbliebenen Erben. Ein solcher Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung zu seiner Gültigkeit (vgl. hierzu **RG. 72** 209, JDR. **10** Ziff. 2 zu § 2385 u. JDR. **8** zu § 2385, anders **RG.** JDR. 8 Ziff. 5 zu § 2042).

2. *Fraeb, ZBlFG. **13** 319. Wenn es richtig ist, daß, falls bei Vorhandensein von nur zwei Erben der eine Miterbe seinen Erbteil an den anderen veräußert, dieser dadurch die Stellung eines Alleinerben erlangt und für eine Nachlaßteilung kein Raum verbleibt, so werden bei Vorhandensein von nur zwei Gruppen von Erbprätendenten die einen, die die Erbteile der anderen erwerben, zu den alleinigen Erben, und es haben nunmehr noch die einzelnen sich auseinanderzusetzen. Nicht nur der Verkauf von Erbteilen „an den Nachlaß" ist undenkbar, sondern jeder Vertrag mit dem Nachlasse. In dem formgerechten Vertrage, durch den ein Miterbe seinen Anteil am Nachlasse veräußert, kann zugleich die Übereignung des Erbteils gefunden werden. Die obligatorische Verpflichtung, etwaige Erbrechte nicht geltend zu machen, ist wirtschaftlich gleichbedeutend mit der Übertragung der Erbrechte.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 3. I. Literatur. 1. Becher, Die Ausführungsgesetze zum BGB., Ergbd. II. München.

2. Block, Die unvordenkliche Verjährung, SchlHolstAnz. **12** 97—100. Der Verf. beginnt mit dem Hinweise darauf, daß das Rechtsinstitut der unvordenklichen Verjährung nach dem Inkrafttreten des BGB. seine bisherige Geltung in demjenigen Bereiche behalten habe, der nach dem dritten und vierten Abschnitte des EGBGB. der Sondergesetzgebung vorbehalten sei, und gibt alsdann — unter Anziehung von Literatur und Praxis — eine Darstellung des in Schleswig-Holstein und Lauenburg allgemein anerkannten gemeinrechtlichen Instituts der unvordenklichen Verjährung.

II. Rechtsprechung. HansGZ. **13** Beibl. 22—24 (Hamburg). Das Landesrecht kann bei Ordnung der Ausgleichungspflicht von Abkömmlingen einen anderen Begriff der „Ausstattung" als den des BGB. zugrunde legen.

Art. 4. SächsOVG. **7** 193—199. Verhältnis des neuen bürgerlichen Rechtes zu solchen privatrechtlichen Bestimmungen, die sich in einem vor dem Schlusse des Jahres 1899 erlassenen und Verhältnisse des öffentlichen Rechtes regelnden Landes- oder Ortsgesetze finden. Das alte Recht gilt in denjenigen Fällen weiter, in denen anzunehmen ist, der frühere Gesetzgeber habe gerade die betreffende Bestimmung als Norm für seine Anordnungen verwenden wollen.

Internationales Privatrecht.

Artt. 7—31. A. Materiell-rechtliches. I. Literatur. 1. Niemeyer, Die Arbeit der „International Law Association 1906—1911", NiemeyersZ. **22** 213. Der Verf. bespricht die Tagungen der Gesellschaft, die 1906 in Berlin, 1907 in Portland (Maine), 1908 in Budapest und 1910 in London stattgefunden haben, die Fragen, die den Gegenstand der Verhandlungen gebildet, und die dort gefaßten Beschlüsse. Von den das Zivilrecht betreffenden Fragen der einzelnen Tagungen sind behandelt worden: a) auf der Berliner Tagung: Regeln für die internationale Anerkennung der Handelsgesellschaften; b) auf der amerikanischen Tagung: Rechtsverhältnisse zwischen Staaten und ausländischen Privatpersonen, internationales Steuerrecht, internationale Rechtshilfe; c) in Budapest: Vereinheitlichung des Wechselrechts, internationales Prozeß-, Versicherungs-, Ehescheidungs- und Seehandelsrecht; d) in London: internationales Schiedsgerichtswesen, Seehandels-, Ehescheidungs-, Wechsel- und Scheckrecht, Vollstreckung ausländischer Urteile.

2. GewRSchutz **12** 260—264, 278—286. Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutze des gewerblichen Eigentums, revidiert in Brüssel am 14. Dezember 1900 und in Washington am 2. Juli 1911, mit eingehender Denkschrift, den von der Washingtoner Konferenz geäußerten Wünschen und dem Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung der revidierten Pariser Übereinkunft vom 2. Juni 1911 zum Schutze des gewerblichen Eigentums nebst einer eingehenden Begründung.

3. Osterrieth, Die Washingtoner Konferenz zur Revision der Pariser Übereinkunft für gewerblichen Rechtsschutz, GewRSchutz **12** 1—33. Der Verf. berichtet

vom Verlaufe der vom 15. Mai bis zum 7. Juni 1911 in Washington stattgehabten vierten Konferenz zur Revision der Pariser Übereinkunft, von den dort gefaßten Beschlüssen, die aber nicht nur eine Revision dieser Übereinkunft zum Gegenstande hatten, und zwar hierbei folgende Fragen behandelten: I. Allgemeine Fragen: 1. Gegenstand des Schutzes, 2. Umfang des Verbandsschutzes, 3. Ausstellungsschutz, 4. Konsulargerichtsbarkeit; II. Patentrecht; III. Warenzeichenrecht und Unlauteren Wettbewerb; IV. Geschmacksmusterrecht, — sondern auch eine Revision des Madrider Abkommens vom 14. April 1891, und zwar I. Das Madrider Abkommen betr. die internationale Markeneintragung, II. Das Madrider Abkommen betr. die Bekämpfung der falschen Herkunftsbezeichnungen.

4. Felix Mayer, Die Ergebnisse der zweiten internationalen Wechselrechtskonferenz, ÖstAGZ. **12** 407—411. Der Verf. erörtert die Ergebnisse der zweiten internationalen Wechselrechtskonferenz vom 15. Juni bis 23. Juli 1912 im Haag, die sich auch mit der Vereinheitlichung des Scheckrechts befaßte, indem er die grundlegenden Fragen des Welt- und Scheckrechts und die Lösung, die sie auf jener Konferenz gefunden, im einzelnen erörtert.

5. NiemeyersZ. **22** 561—591. Schlußprotokoll der Haager Wechselrechtskonferenz, der Konferenz für Vereinheitlichung des Wechselrechts sowie des Rechtes der Orderpapiere und des Scheckrechts vom 23. Juli 1912.

6. Trumpler, Zur Vereinheitlichung des Scheckrechts, BankA. **11** 315—317. Der Verf. erörtert die vom Ausschusse des deutschen Handelstags in seiner Sitzung vom 24. Juni 1912 in Cöln für die Vereinheitlichung des Scheckrechts aufgestellten Leitsätze, indem er insbesondere die Fragen der passiven Scheckfähigkeit, der Scheckklausel, der Angabe des Zahlungsorts, der Guthabenklausel, des Indossaments, der Vorlegungsfrist, des Widerrufs, des gekreuzten Schecks und des Scheckregresses behandelt.

7. Felix Meyer, Weltscheckrecht, DWirtschZ. **12** 697—704. Der Verf. erörtert die für die Schaffung eines gemeinsamen Weltscheckrechts besonders bedeutsamen Fragen der sog. Scheckklausel, des präsumtiven Ordercharakters des Schecks, der passiven Scheckfreiheit und des Widerrufs.

8. Apt, Referat über die Vereinheitlichung der Scheckrechte auf dem Internationalen Handelskammerkongreß zu Boston, September 1912, Anl. zur Korresp. d. Ält. **36** Nr. 1.

9. Alex Meyer, Der zweite internationale Kongreß für Luftrecht, JW. **12** 702—704. Der Verf. berichtet von der im Mai 1912 in Genf stattgehabten zweiten Sitzung der Plenarversammlung des Comité international juridique de l'aviation, und insbesondere den hier gefaßten Beschlüssen, von denen der eine die Frage behandelt „Wie sind Vorgänge rechtlich zu beurteilen, die sich auf Luftfahrzeugen während der Fahrt im Luftraum ereignen?" und der zweite die standesamtliche Behandlung von etwaigen Geburten und Todesfällen auf Luftfahrzeugen. Er unterzieht diese Beschlüsse einer Kritik.

10. Wüstendörfer, Die Brüsseler Vorentwürfe zu Internationalen Übereinkommen über die beschränkte Haftung der Schiffseigentümer und über die Schiffshypotheken und Schiffsprivilegien, GoldschmidtsZ. **71** 1—42. Der Verf. bespricht den Inhalt der drei Vorentwürfe, deren Wortlaut in deutscher Übersetzung des RJA. als Anlage (43—60) beigefügt ist. Er betrachtet die Vorentwürfe in bezug auf folgende Fragen: 1. Schafft das geplante Gesetz eine genügend klare und praktische Regelung, die sich als eine einigermaßen billige Interessenabwägung zwischen Reedern und Ladungsbeteiligten darstellt? 2. Ist diese Regelung soweit erschöpfend und bis ins einzelne durchdacht, daß sie eine wirkliche Einheitlichkeit des zwischenstaatlichen Rechtes in den Grundfragen der betreffenden Materie gewährleistet? Diese beiden Fragen beziehen sich namentlich auf vier Streitpunkte, hinter denen alles andere

zurücktritt. Es handelt sich darum: 1. welches System der Reederhaftung gewählt werden soll, ob das deutsche Exekutionssystem, das Abandonsystem, das amerikanische Werthaftungssystem oder das englische System der Summenhaftung; 2. welche Gläubiger zu einer einheitlichen Haftungsgruppe dergestalt zusammenzufassen sind, daß für sie zusammen die Zwangsvollstreckung ins Schiffsvermögen bzw. die Haftung mit dem Schiffswerte oder die Summenhaftung nur einmal in Betracht kommt; 3. in welchen Fällen die Haftungsbeschränkung eintreten soll; endlich 4. inwieweit Schiffsgläubigerrechte einzuführen sind, insbesondere als ein Korrelat beschränkter Haftung. Diese Fragen erörtert der Verf. in vier Abschnitten: I. Das Haftungssystem, II. die Haftungsgruppen, III. die Haftungsfälle, IV. das Schiffsgläubigerrecht.

11. Kaufmann, Die Neuerungen im internationalen Privatrecht der Schweiz, NiemeyersZ. **22** 447—483. Der Verf. erörtert Art. 59 des Schlußtitels zum ZGB., indem er ausführlich die Stellung der Ausländer in der Schweiz und der Schweizer im Auslande behandelt, und insbesondere eingehend die Fragen des internationalen Eherechts bespricht.

12. Grundriß des österreichischen Rechtes, herausgegeben von Finger und Frankl. 6. Abt. J. v. Anders, Grundriß des Erbrechts (2). Leipzig 1910.

13. Beck, Das Recht des Fürstentums Lichtenstein (systematisch dargestellt nebst Literaturangabe). Zürich 1912.

14. Pfersche, Grundriß des Sachenrechts (2) [Grundriß des österr. Rechts I, 3. Abt.). Leipzig 1911.

15. Müller, Leitsätze des englischen Handelsrechts und die Nomenklatur des englischen Vertragswesens. Leipzig 1909.

16. Goetz, Das russische Recht. III.: Die 3. Redaktion des russischen Rechtes (aus Ztschr. f. vergl. Rechtswiss.). Stuttgart.

17. Die Stellung der Frau im Rechte der Kulturstaaten. Eine Sammlung von Gesetzen verschiedener Länder, bearbeitet durch die ständige Kommission des Internationalen Frauenbundes, die Rechtsstellung der Frau betreffend, mit einer Einführung von Madame d'Abbadie d'Arrart. Karlsruhe 1912.

II. Rechtsprechung. 1. ElsLothJZ. **12** 299—303, RheinZ. **4** 296—299 (Colmar) — im einzelnen erörtert —. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange kann derjenige, der in Frankreich einen Prozeß führte, in welchem der Gegner zur Tragung der Kosten verurteilt wurde, im Inland eine Klage auf Verurteilung des Gegners zur Zahlung der Kosten anstrengen?

2. KGJ. **42** A 11, ZBlFG. **13** 450. Staatsangehörigkeit. Der Verlust der Staatsangehörigkeit durch zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Auslande beruht nicht auf der Annahme eines stillschweigenden Verzichts. Er wird lediglich durch die Tatsache des zehnjährigen ununterbrochenen Auslandsaufenthalts herbeigeführt und tritt auch bei minderjährigen Personen ein, selbst wenn diese sich ohne ihren Vater oder sonstigen gesetzlichen Vertreter und ohne dessen Zustimmung im Auslande aufgehalten haben (§ 21 Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870) [s. dazu ZBlFG. **12** 178 ff.].

B. Prozeßrechtliches. I. Literatur. 1. Allgemeines. **a)** Wertheimer, Jahrbuch für den internationalen Rechtsverkehr 1912/1913. München 1912. **b)** Delius-Böhm, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens im Deutschen Reiche, sowie im und gegenüber dem Ausland in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Konkurssachen, in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und in Verwaltungssachen. Nürnberg 1911. **c)** Breit, Ausländerforum und internationales Prozeßrecht, JW. **12** 723—726. Der Verf. wendet sich gegen die Verquickung der Frage des Ausländerforums mit der Frage der Anerkennung der Auslandsurteile, indem er die letztere nur unter bestimmten Voraussetzungen, die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts gegen einen Ausländer hingegen stets bedin-

gungslos gegeben wissen will. Ihm tritt Frankenstein, JW. 12 727 ff., entgegen. d) Korresp. d. Ält. 35 251 f., Internationales Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und ausländischen Staaten. Es erscheint notwendig ein derartiges Schiedsgericht zu schaffen, da nach dem heute geltenden Rechtszustande ein Privatmann bei einer Differenz mit dem fremden Staate so gut wie machtlos ist. Der gleichen Auffassung war der 5. Internationale Handelskammerkongreß in Boston vom September 1912 und die 17. Interparlamentarische Konferenz in Genf vom September 1912. e) Korresp. d. Ält. 35 54 f., 128, JW. 12 711, Internationales Schiedsgericht für Privatstreitigkeiten mit ausländischen Staaten (nebst Anlage — enthaltend eine entsprechende Eingabe an den Reichskanzler, dahingehende Vorschläge der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin —). f) Curas, Die Notwendigkeit internationaler staatlicher Organisation, ÖstAGZ. 12 45—47, erachtet nicht nur eine internationale Gerichtsbarkeit, sondern auch ein internationales Parlament als erforderlich. g) Bloch-Frank, Normen über die internationalen Rechtsbeziehungen auf dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts und über den Rechtshilfeverkehr mit dem Auslande (Wien 1910). Das Buch zerfällt in einen allgemeinen und in einen besonderen Teil. Der erste behandelt aus den Verfahrensvorschriften die Ersuchen um Rechtshilfe, die Zuständigkeitsvorschriften in Streitsachen, das Erkenntnisverfahren und die Zwangsvollstreckung in ihnen, dann das Konkursverfahren, die Abhandlungspflege und das sonstige Pflegschaftswesen, die Beglaubigungen und die sonstigen gerichtlichen Zeugnisse (1—78), das Strafverfahren (158—192), die Konsularämter und die Konsulargerichtsbarkeit (193—234), ferner aus dem materiellen Rechte die internationalen Regeln des bürgerlichen, Urheber-, Handels-, Wechsel- und Gewerberechts, sowie des Patent-, Marken- und Musterschutzrechts (79—157). Der besondere Teil stellt das Recht der einzelnen europäischen und außereuropäischen Staaten dar. h) Cybichowski, Studien zum internationalen Recht (Berlin 1912). i) Schücking, Der Staatenverband der Haager Konferenzen (Leipzig). k) Wehlberg, Das Problem eines internationalen Staatengerichtshofs (Leipzig). l) Inhulsen, Internationale Gerichte, DRZ. 12 744—746. Während in Deutschland ein wachsendes Verlangen nach internationalen Gerichten besteht, herrscht in England eine starke Abneigung dagegen. S. auch Fitzer, Der gescheiterte internationale Oberprisengerichtshof, RuW. 1 224—228. m) Apt, Zur Errichtung eines internationalen Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und ausländischen Staaten, DWirtschZ. 12 704—710. Der Verf. befürwortet — im Anschluß an den von den Ältesten der Berliner Kaufmannschaft für den in Boston stattfindenden Internationalen Handelskammerkongreß gestellten dahin gehenden Antrag — die Errichtung eines internationalen Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und ausländischen Staaten. n) Apt, Referat über die Errichtung eines internationalen Schiedsgerichtshofs für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und ausländischen Staaten auf dem Internationalen Handelskammerkongreß zu Boston (September 1912), Anl. zur Korresp. der Ält. 36 Nr. 1. o) Meili-Mamelok, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konventionen (Zürich 1911). Die Verf. geben zunächst die Grundlehren des internationalen Privatrechts und die den Konventionen gemeinsamen Grundsätze und bauen hierauf die Schilderung des eigentlichen Konventionsrechts auf, und zwar die einzelnen Abkommen nicht der Legalordnung folgend, sondern in systematischer Gliederung. p) Fischer, Die Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen fremde Schuldnerstaaten, ein ständiges, internationales Schiedsgericht zur Entscheidung solcher Streitigkeiten, DWirtschZ. 12 189 ff. Der Verf. schildert die Unmöglichkeit, die Gerichte des eigenen Staates gegen den fremden Staat anzurufen, die Bedenken, die es habe, die Gerichte des fremden Staates gegen diesen selbst in Anspruch zu nehmen, und befür-

wortet die Einsetzung eines ständigen internationalen Schiedsgerichts zur Entscheidung der eingangs erwähnten Streitigkeiten. q) Sperl, Die internationale Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, ÖstAGZ. 12 535—543. Der Verf. erörtert im einzelnen die Stellung der Staaten zur Vollstreckung ausländischer Urteile, das von ihnen dabei beobachtete Verfahren, das im wesentlichen in die Klage auf Vollstreckung oder den Delibationsprozeß und in das Bewilligungs- oder Gesuchsverfahren zerfällt, und befürwortet die internationale Einführung des letzteren, nach welchem der Gläubiger das Exekutionsgesuch mit allen nötigen Nachweisungen dem Richter im Vollstreckungslande überreicht und dieser die Erfüllung der von seinem Gesetze erforderten Bedingungen nach Anhörung des Schuldners — zweckmäßiger aber von Amts wegen — unter Offenhaltung eines vom Schuldner gegen die Anerkennung zu erhebenden Widerspruchs — prüft. r) NiemeyersZ. 22 369—401. Die am 29. September 1911 in Berlin unterzeichneten, vom Bundesrate genehmigten und unter dem 10. Mai 1912 vom Reichskanzler dem Reichstage zur Genehmigung vorgelegten Rechtshilfeverträge: 1. Konsularvertrag, 2. Vertrag über Rechtsschutz und Rechtshilfe in bürgerlichen Angelegenheiten, 3. Auslieferungsvertrag, mit erläuternder Denkschrift und stattgefundenem Notenwechsel, ferner der Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung der Verträge zu 1 und 2 nebst Begründung.

2. Besonderes. a) Meili, Die Grundlagen einer internationalen Regelung des Konkursrechts vom Standpunkte der Schweiz aus (Basel 1911). b) Kiefe, Vollstreckbarkeit deutscher Urteile in Österreich, WürttRpflZ. 5 179—181. Der Verf. erörtert die §§ 79, 80 ExekutionsO. vom 27. Mai 1896 und behandelt insbesondere die Frage, wann die Voraussetzungen des § 80 Ziff. 1 (wenn die Rechtssache nach Maßgabe der im Inland über die Zuständigkeit geltenden Bestimmungen im auswärtigen Staate anhängig gemacht werden konnte) gegeben sind. c) Lebrecht, Über die Zustellung gerichtlicher Urkunden im Verkehre zwischen Österreich-Ungarn und Deutschland, ÖstAGZ. 12 261 f. Maßgebende Rechtsquelle ist das Haager Abkommen über den Zivilprozeß vom 17. Juli 1905, das jedoch durch wichtige Sondervereinbarungen teilweise modifiziert worden ist. Der Verf. erörtert sodann die Einzelheiten der Zustellung im Verkehre mit den österreichischen und mit den ungarischen Behörden. d) Lebrecht, Kostenkaution bei Zivilprozessen (im Verhältnisse zwischen Österreich-Ungarn und dem Deutschen Reiche), JBl. 12 17 f. Die Kautionspflicht besteht nicht für die Angehörigen der genannten Staaten, da nach dem Haager Zivilprozeßabkommen vom 17. Juli 1905 Art. 17 die Gegenseitigkeit zwischen diesen verbürgt ist. Dafür unterliegen die gegen den Kläger erwirkten Kostenfestsetzungsbeschlüsse der erleichterten Vollstreckung. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt kostenfrei; und der Antrag ist, soweit nicht auf grund besonderer Vereinbarung der Parteibetrieb zulässig ist, auf diplomatischem Wege zu stellen, es wird somit dem Verfahren von Amts wegen Fortgang gegeben. Der Verf. erörtert sodann im einzelnen, wie diese Schuldtitel in den beiden Staaten vollstreckt werden. e) Lebrecht, Die gegenseitige Vollstreckbarkeit von Notariatsurkunden zwischen dem Deutschen Reiche und Österreich, R. 12 345—347. Der Verf. befürwortet die gegenseitige Vollstreckbarkeit, an der es zurzeit fehlt, weil nach österreichischem Rechte aus deutschen vor Gericht geschlossenen Vergleichen und Notariatsurkunden nicht vollstreckt wird und es demgemäß umgekehrt bezüglich der österreichischen Notariatsurkunden der im § 328 ZPO. vorgesehenen Gegenseitigkeit ermangelt. Diese Gegenseitigkeit möge durch einen Staatsvertrag mit Österreich hergestellt werden. f) Scharfmesser, Wie österreichische Urteile in Deutschland vollstreckt werden, JBl. 12 339 f. Der Verf. wendet sich gegen das deutsche Verfahren der Klage auf Vollstreckungsurteil, indem er sich der Kritik anschließt, die Sperl in seiner Schrift „Die Vollstreckungsrechtshilfe zwischen Österreich und Deutschland"

in dem Delibationsverfahren des deutschen Rechtes übt. g) Selb, Zur Frage der Vollziehung deutscher Urteile in Kroatien, BadRpr. 12 126. (unter Hinweis auf ein vom Referenten der Landesregierung in Kroatien erstattetes Gutachten). Zwischen Deutschland und Kroatien ist die Vollstreckung gerichtlicher Urteile (abgesehen von den Fällen des Haager Abkommens) durch Staatsvertrag nicht gewährleistet; sie werden auch tatsächlich nicht vollstreckt. h) Korr. d. Ält. 35 109—123, NiemeyersZ. 22 423—446, JW. 12 711. Denkschrift der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Vereinfachung des deutsch-englischen Rechtshilfeverkehrs. Die Vorschläge betreffen: I. Zustellungen, II. Beweisaufnahme, III. Affidavits, IV. Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen. i) Schuster, Der Rechtshilfeverkehr zwischen England und Deutschland, DJZ. 12 851 f. Der Verf. äußert sich zustimmend zur Denkschrift der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über die Vereinfachung des deutsch-englischen Rechtshilfeverkehrs betr. 1. Zustellungen, 2. Beweisaufnahmen, 3. Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen, wenn er auch darauf hinweist, daß die vorgeschlagenen Vereinbarungen sich teilweise nur in wesentlich abgeänderter Form durchführen lassen werden. k) Leader, Die Vollstreckung deutscher Urteile in England-JW. 13 14 f. Der Verf. schildert einen Weg, auf dem man praktisch zu einer — formell einer neuen Klage vor dem zuständigen englischen Gerichte bedürfenden — Vollstreckung eines deutschen Urteils gelangt. l) BraunschwZ. 12 97. Rechtshilfeverkehr mit Frankreich betr. Zustellungs- und sonstige Rechtshilfeersuchen. Reskr. d. H. Staatsmin., Abt. d. Justiz vom 4. April 1912 Nr. B II 285 an den Landgerichtspräsidenten. m) Über den Rechtshilfeverkehr mit Frankreich. Bek. vom 6. April 1912 (JMBl. 12 68). n) Wittmaack, Kann ein Vollstreckungsurteil nach §§ 722 u. 723 ZPO. auf Grund eines nordamerikanischen, insbesondere kalifornischen Urteils erlassen werden? NiemeyersZ. 22 1—121. Der Verf. bejaht die Frage — unter eingehender Erörterung aller einschlägigen Fragen — in Polemik gegen **RG.** VII. **70** 434 ff.

II. Rechtsprechung. 1. KGBl. 12 24 (LG. I Berlin). Die Zustellung von Pfändungsbeschlüssen an Exterritoriale ist unzulässig; denn in dem Pfändungsbeschluß ist ein gerichtliches Zahlungsverbot des deutschen Gerichts an den Drittschuldner enthalten, und hierin liegt eine Betätigung der inländischen Gerichtsgewalt.

2. ÖstZBl. 12 169 f. Die Exekution aus einem nur für vorläufig vollstreckbar erklärten, nicht rechtskräftigen deutschen Urteile kann nicht bewilligt werden, — entsprechend dem Grundsatze verbürgter Gegenseitigkeit und der Bestimmung des § 723 der deutschen ZPO., nach welcher das Vollstreckungsurteil erst zu erlassen ist, wenn das Urteil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft erlangt hat.

3. **RG.** SeuffA. **67** 426—428 Nr. 240. Mag für den ausländischen Schiedsspruch wegen Fehlens eines der durch die ZPO. zwingend vorgeschriebenen Erfordernisse die Erwirkung des vollstreckbaren Urteils bei deutschen Gerichten ausgeschlossen sein, so bleibt doch immer die vertragsmäßige Verpflichtung zur Erfüllung des Schiedsspruchs bestehen, — und der hierauf gegründeten Klage ist stattzugeben.

4. SeuffA. **67** 373—375 Nr. 209, SeuffBl. **12** 342 f. (München). Zu Zwangsvollstreckungen in Österreich hat das Prozeßgericht das Eingreifen der österreichischen Gerichte zu vermitteln. (§ 25 Abs. 2 Bek. vom 8. April 1911, den Geschäftsverkehr der Justizbehörden mit dem Auslande betr., JMBl. **11** 113, Neumiller, ZPO. 472 Anm. zu § 791, Delius, Rechtshilfeverf. 197 Note 25 und 470.)

5. **RG. 78** 190—194. Bei einem Eigentumsstreite zwischen zwei Deutschen betreffs eines in Marokko belegenen Grundstücks ist eine Klage zuzulassen, nach welcher der Beklagte verurteilt werden soll, mit dem Kläger Schra zu machen, d. h.

sich zu verpflichten, den Streitfall durch den Richter (Kadi oder Schra) in dem vor diesem stattfindenden prozessualen Verfahren und nach dem dort anzuwendenden materiellen „heiligen Gesetz" entscheiden zu lassen. Das ergibt sich aus Art. 60 der Generalakte der Konferenz von Algeciras vom 7. April 1906 (RGBl. **06** 891), die auf Art. 11 der Madrider Konvention vom 3. Juli 1880 über die Ausübung des Schutzrechts in Marokko (RGBl. **81** 103) verweist, wonach die Rechtsprechung in Streitigkeiten über das Eigentum an einem im marokkonischen Gebiete belegenen Grundstück ausschließlich Marokko nach Maßgabe seiner Landesgesetze vorbehalten ist, die wiederum die freiwillige Gestaltung beider Streitteile vor dem Richter und das sog. Schra-machen voraussetzt, — und aus der Erwägung, daß bei Versagung eines vor dem Konsulargerichte verfolgbaren Anspruchs auf Schra-Machen die des Rechtsschutzes bedürftige Partei in Wirklichkeit rechtlos gemacht werden würde. Die Entscheidung, die den Beklagten verurteilt, mit dem Kläger Schra zu machen, ist, weil auf die Vornahme einer unvertretbaren Handlung gerichtet, nach Maßgabe des § 888 ZPO. vollstreckbar.

C. Freiwillige Gerichtsbarkeit. I. Literatur. 1. Wittmaack, NiemeyersZ. **22** 201 f. Art. 10 der Konsularkonvention zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 11. Dezember 1871 bestimmt, daß, wenn ein Angehöriger des einen Staates in dem Gebiete des anderen Staates sterben sollte, ohne dort bekannte Erben zu hinterlassen oder dort einen Testamentsvollstrecker bestellt zu haben, die Behörden des Sterbeorts die nächste Konsularbehörde des Staates, dem der Verstorbene angehörte, hiervon in Kentnnis setzen sollen, und daß die Konsularbehörde berechtigt sei, persönlich oder durch einen Beauftragten bei allen Amtshandlungen für die abwesenden Erben oder Gläubiger aufzutreten, bis diese einen Bevollmächtigten ernannt haben. Die Gültigkeit der letzten Bestimmung hat bei anderen ähnlichen Konventionen in den Vereinigten Staaten zu Zweifeln Anlaß gegeben. Der Verf. teilt zwei solcher Fälle mit.

2. Lindt, Die gerichtliche Behandlung der Verlassenschaften von Ausländern im Fürstentume Lichtenstein, BuschsZ. **42** 557 f. Bezüglich des Immobiliarnachlasses kommt lichtensteinsches Recht zur Anwendung; bezüglich des Mobiliarnachlasses das ausländische Recht, wenn der Verstorbene einem Staate angehörte, „welcher sich nach gleichen Grundsätzen benimmt", andernfalls das lichtensteinsche Recht.

II. Rechtsprechung. 1. BayObLG. **13** 178—186. In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Anwendung und Auslegung des ausländischen der Nachprüfung des Gerichts der weiteren Beschwerde nicht entzogen.

2. ZBlFG. **13** 367 (LG. München). Die Abgabe uneröffneter, bei inländischen Behörden oder Notaren verwahrter Testamente von Ausländern an die ausländischen Nachlaßbehörden ist unzulässig, vielmehr ihre Eröffnung durch ein deutsches Nachlaßgericht geboten. Zur Eröffnung ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk sich das Testament befindet (§ 2261 BGB., § 73 FGG.) [s. dazu ZBlFG. **12** 752 Nr. 609].

Art. 7. 1. **RG. 78** 234—238, DJZ. **12** 575, R. **12** Nr. 891. Bei der eigenartigen Entstehungsgeschichte der dem EG. schließlich einverleibten internationalen Vorschriften versagen die gewöhnlichen Hilfsmittel der Auslegung. Es kann daher die Entscheidung nur aus dem Wortlaut und dem vernünftigen Sinne des Gesetzes entnommen werden. Hiernach darf der Ausdruck „Gesetz" in Artt. 7, 13, 15, 17, 21, 25 EG. nicht lediglich auf Sachnormen bezogen werden. Vielmehr hat der deutsche Richter, wenn er zur Anwendung des fremden Rechtes berufen wird, dieses grundsätzlich in vollem Umfange, mithin nicht bloß seine Sachnormen, sondern auch seine Kollisionsvorschriften anzuwenden (vgl. **RG. 62** 404, R. **11** Nr. 780).

2. SächsRpflA. **12** 273 (Dresden). Die Prozeßfähigkeit einer Partei richtet sich nach ihrer Geschäftsfähigkeit. Diese wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem die Person angehört, sofern nicht nach dem Rechte des fremden Staates die

deutschen Gesetze anzuwenden sind, solchenfalls finden diese Anwendung. Dies gilt für den Fall, daß es sich um einen Angehörigen der russischen Ostseeprovinzen handelt, da diese — im Gegensatze zu den übrigen Teilen Rußlands — die Geschäftsfähigkeit eines russischen Staatsangehörigen nicht dem nationalen Rechte unterwerfen.

3. **RG.** JW. **13** 96—98 — in eingehender Begründung —. Eine im Auslande gegen einen Verschwender verfügte Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ist vom deutschen Gerichte nach Art. 7 EGBGB. anzuwenden.

Art. 8. Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Entmündigung von Ausländern. **RG.** JW. **12** 914 Nr. 12, WarnE. **12** 438 f., R. **12** Nr. 2852 f. Nach dieser Bestimmung bedarf es zur Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Entmündigung eines wohnsitzlosen Ausländers nur schlechthin der Feststellung, daß der zu Entmündigende seinen Aufenthalt im Inlande hat, und zwar im Zeitpunkte der Entmündigung selbst. Es kommt nicht darauf an, daß der Aufenthalt nicht für die Dauer berechnet ist und nicht auf seiner Wahl beruht.

Art. 10. I. Literatur. 1. Schwandt, Die Nationalität der Aktiengesellschaften, ZAktWes. **12** 32—35. Man darf die Frage, was das Nationalitätskriterium sei, nicht mit derjenigen verwechseln, ob die Gründer einer Aktiengesellschaft diese nach dem Rechte eines beliebigen Landes errichten können, oder ob, und zutreffendenfalls, welchen Beschränkungen sie in dieser Richtung unterliegen. Bezüglich der letzteren Frage: Die Gründer haben volle Freiheit in der Wahl des Rechtes, nach dem sie die Gründung der Aktiengesellschaft vornehmen wollen, insbesondere hat jedes nationale Recht selbständig darüber zu befinden, ob der Verwaltungssitz im Inlande (d. h. des Staates, dessen Recht gewählt wird) errichtet werden muß. Bezüglich der ersteren Frage: Die Aktiengesellschaft hat die Nationalität des Staates, der ihr die Rechtsfähigkeit verliehen hat, und zwar die prinzipale Rechtsfähigkeit, d. h. diejenige selbständige Rechtsfähigkeit, die der Aktiengesellschaft nicht allein um deswillen zuerkannt wird, weil sie bereits in einem anderen Staate Rechtsfähigkeit hat. In den Ländern des Konzessions- und Privilegierungssystems entscheidet die Erteilung der Konzession oder des Privilegs, in den Ländern mit Normativ- und Registersystem die Registrierung.

2. Neumeyer, Die Niederfüllbacher Stiftung. Ein Rechtsgutachten, NiemeyersZ. **22** 484—542. Der Verf. erörtert die Rechtsfähigkeit der im Jahre 1907 von König Leopold II. von Belgien mit dem Namen „Niederfüllbacher Stiftung" mit dem Sitze in der Stadt Coburg errichteten und in demselben Jahre von Sachsen-Coburg-Gotha genehmigten Stiftung, und zwar zunächst nach deutschem und sodann nach belgischem Rechte.

II. Rechtsprechung. ElsLothJZ. **12** 10—12 (Colmar). Da die beklagte GmbH. ihren Sitz im Landgerichtsbezirke Metz hat, so ist sie als Inländerin anzusehen, ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit ihrer Mitglieder. Ihr Personalstatut ist daher das deutsche Recht, mag hierfür der Wohnsitz oder die Staatsangehörigkeit maßgebend sein. Hiernach ist die Frage, ob die Beklagte, welche das Geschäft des L. erworben hat und unter der gleichen Firma fortführt, für die dem Kläger gegen L. zustehende Darlehnsforderung haftet, nach deutschem Rechte zu beantworten, wobei in erster Linie § 25 HGB. in Betracht kommt. Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man, wenn man den Erfüllungsort entscheiden läßt.

Art. 11. A. Allgemeines. 1. **RG.** **77** 250, BayRpflZ. 12 72 f., NiemeyersZ. **22** 312—315. Die Forderung eines im Auslande wohnenden Ausländers gegen einen im Inlande wohnenden Deutschen kann von den deutschen Gerichten gepfändet werden, auch wenn das Rechtsverhältnis, auf dem sie beruht, unter dem ausländischen Rechte steht. Das ergibt sich aus § 23 Satz 2 ZPO., der keinen Unter-

schied zwischen inländischen und ausländischen Gläubigern macht. Daß das deutsche Recht von jener Auffassung beherrscht wird, zeigt sich auch in den Vorschriften des § 2369 Abs. 2 Satz 2 BGB. und des § 73 Abs. 3 FGG.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 226 f. Auf ausländische Verbotsgesetze findet die Vorschrift des § 134 BGB. nicht unbedingt Anwendung; vielmehr ist, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die dem inländischen Rechte unterstehen, in jedem einzelnen Falle zu prüfen, welche Bedeutung das inländische Recht dem ausländischen Verbote nach dessen Zweck und Inhalt beilegt und ob daraus ein Grund für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu entnehmen ist.

3. R. **12** Nr. 1496 (BayObLG.). Für das maßgebende Recht eines von einem Deutschen im Auslande geschlossenen Vertrags kommt es in erster Linie darauf an, welchem Rechte sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend unterwerfen wollten. Dies ist die überwiegende Meinung, welcher der Senat sich anschließt (**RG. 62** 380; Staudinger, BGB. Bem. II C b zu Art. 11 EG.; Neumann, Handausgabe III, 25).

4. **RG. 78** 60, JW. **12** 245 f. Nr. 14. Für die Wirkungen der Vollmacht und des Auftrags ist maßgebend das Recht des Ortes, wo diese zur Wirksamkeit gelangen sollten.

5. **RG. 78** 55—60. Für die Anfechtung eines Vertrags wegen Irrtums und die sich daraus ergebenden Folgen ist maßgebend das Recht des Erfüllungsorts (vgl. **RG. 66** 75, Staub-Könige (8), Exc. zu § 372 Nr. 5, 7, 8, 9).

6. HansGZ. **12** Hptbl. 241—243 (Hamburg). Nach welchem Rechte richtet sich die Verjährung einer in England von dort wohnenden englischen Kontrahenten ausgestellten promissory note, die gegen den Beklagten, der nachträglich nach Deutschland übergesiedelt, hier geltend gemacht wird? Nach englischem Rechte. Nicht das Recht des Erfüllungsorts kommt in Frage, es entscheidet vielmehr der allgemeine Grundsatz, daß Gültigkeit und Wirkung einer Obligation und somit auch die Frage ihrer Aufhebung durch Verjährung nach demjenigen Rechte zu beurteilen ist, von dem die Kontrahenten als der Grundlage ihres Rechtsverhältnisses ausgegangen sind, dem sie sich daher nach stillschweigender Vereinbarung haben unterwerfen wollen (ROHG. **11** 222, **14** 259, **18** 187; SeuffA. **13** Nr. 5; **RG.** 2 13, **6** 24, **9** 225). Da beide Parteien Engländer und zur Zeit der Ausstellung und Begebung der überdies in englischer Sprache abgefaßten Note in England ihren Wohnsitz hatten, so kann nach jenem Grundsatze nur das englische Recht in Frage kommen. Gleichgültig ist dabei, daß nach englischem Rechte die Verjährung ein lediglich prozessuales Rechtsinstitut darstellt, denn für das deutsche Gericht besteht eine entsprechende prozessuale Bestimmung nicht. Anderseits sind die deutschen Verjährungsgrundsätze, die materiell-rechtlicher Natur sind, deshalb nicht anwendbar, weil die betreffende Forderung ihren Sitz im Auslande hat.

7. **RG.** R. **12** Nr. 1497. Der Abs. 2 des Art. 11 bezieht sich nur auf dingliche Rechtsgeschäfte, nicht auch auf Verträge auf Erzeugung eines Schuldverhältnisses (**RG.** 63 20).

B. Einzelne Schuldverhältnisse. I. Kaufvertrag. 1. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 224, NiemeyersZ. **22** 181 f. (schon zit. JDR. **10** 558 Art. 11 B I 5). Maßgeblichkeit des Rechtes des Erfüllungsorts.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 8, NiemeyersZ. **22** 172 f. (Hamburg). Maßgeblichkeit der lex fori für die Schadensersatzpflicht des ausländischen (amerikanischen) Verkäufers wegen Nichterfüllung. Der in Deutschland wohnende Käufer verlangt von dem in den Vereinigten Staaten wohnenden Verkäufer mit der Klage Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrags. Es kommen die Bestimmungen des deutschen Rechtes über die Folgen der Erfüllungsweigerung zur Anwendung. Grundsätzlich

hat der deutsche Richter deutsches Recht anzuwenden und nur dann, wenn das deutsche Recht selbst, sei es ausdrücklich, sei es nach seiner Auslegung, auf das ausländische Recht verweist, ist letzteres maßgebend. Eine solche Ausnahme liegt hier nicht vor. Es besteht kein Anlaß, die Rechte aus § 326 BGB., die den vertragstreuen Teil gegen den säumigen Kontrahenten schützen sollen, einem Deutschen zu versagen, weil sein Vertragsgegner Ausländer ist und im Ausland anderes Recht gilt. Dagegen NiemeyersZ. **20** 558 und **21** 68 (Hamburg).

II. Dienstvertrag. 1. **RG.** NiemeyersZ. **22** 311 f., LeipzZ. **12** 155 — unter Heranziehung der Rechtsprechung und Literatur —. Der schriftliche Vertrag, der die Beziehungen der Streitenden regelt, ist von der Klägerin unter Zugrundelegung deutschen Rechtes und mit ausdrücklicher Bestimmung der Zuständigkeit eines deutschen Gerichts verfaßt und regelt ein Dienstverhältnis, in dem der Beklagte als Reisender und Angestellter für Klägerin in ihrem Interesse und nach ihrer Anordnung tätig war. Die wirtschaftliche Natur dieses Verhältnisses und der mutmaßliche Wille der Vertragsteile erfordern daher die einheitliche Anwendung des am Geschäftssitze der Klägerin geltenden deutschen Rechtes für die Rechte und Pflichten beider Vertragsteile.

2. OLG. **23** 61, NiemeyersZ **22** 168—170 (KG.) Kaufmännischer Dienstvertrag. Maßgeblichkeit des Rechtes des Erfüllungsorts. Der Dienstvertrag ist nach dem in Warschau geltenden Rechte zu beurteilen. Er war dort von beiden Parteien zu erfüllen; der Kläger hatte dort seine Dienste zu leisten, der Beklagte dort, wie sich unter anderem auch aus der Bemessung des Gehalts in russischer Währung ergibt, das Gehalt zu zahlen. Es liegen auch keinerlei Umstände vor, die darauf hindeuten, daß die Parteien sich einem anderen als dem in Warschau geltenden Rechte haben unterwerfen wollen.

3. OLG. **23** 61, NiemeyersZ. **22** 168—170 (KG.) (s. schon JDR. **10** 587 A I 2 d). Zweifelhaft und wohl zu verneinen ist die Frage, ob die Kaufmannsgerichte für Streitigkeiten aus Verträgen, die nach ausländischem Rechte zu beurteilen, sachlich zuständig sind. Die Frage ist in dem Urteil unentschieden gelassen, weil örtliche Zuständigkeit eines deutschen Kaufmannsgerichts nicht gegeben war.

4. GewuKfmG. **18** 43 f. (Prag). Mit einem in Österreich tätigen Handlungsgehilfen kann die eine Zweigniederlassung in Österreich besitzende deutsche Aktiengesellschaft die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts vereinbaren.

5. OLG. **23** 245, NiemeyersZ **22** 175—177 (München). Der Anstellungsvertrag ist nach italienischem Rechte zu beurteilen. Ausschlaggebend hierfür ist der aus den Umständen erhellende Parteiwille: es handelt sich um einen Vertrag, der in italienischer Sprache über die Anstellung eines Italieners als Leiters einer ausländischen Filiale einer italienischen Gesellschaft für den Vertrieb italienischer Waren geschlossen ist. Die Streitigkeiten sollen durch ein Schiedsgericht beigelegt werden, von dem ein Mitglied durch den Gerichtspräsidenten in Mailand ernannt werden soll.

III. Frachtvertrag. 1. **RG.** NiemeyersZ. **22** 182 f., HansGZ. **11** Hptbl. 139 f. (s. schon JDR **10** 559 Art. 11 B IV). Wenn zwei Hamburger Kaufleute in Hamburg einen Frachtvertrag abgeschlossen haben, der sich auf ein unter norwegischer Flagge fahrendes und Kaufmannsgüter von Marokko nach Hamburg bringendes Schiff bezieht, so liegt kein Anlaß vor, den Vertrag einem anderen Rechte zu unterstellen als dem deutschen, auch wenn der Vertrag in englischer Sprache abgefaßt ist und einzelne dem englischen Rechtsverkehr entnommene Klauseln enthält.

2. BayRpflZ. **12** 239 f. (BayObLG.). Auf einen zwischen einem Deutschen und einem französischen Staatsangehörigen in Österreich geschlossenen Vertrag

über die Beförderung des Franzosen von österreichischem auf deutsches Gebiet ist deutsches Recht anzuwenden.

IV. Kommissionsvertrag. **RG. 76** 371, NiemeyersZ. **22** 165 f. Ist bei Börsentermingeschäften, welche an einer ausländischen Börse (Chicago) geschlossen sind, der Spieleinwand zulässig? Die Frage wird unter Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen in der Literatur bejaht. Dagegen HansGZ. **10** Hptbl. 7, NiemeyersZ. **22** 167 f. (Hamburg).

V. Kreditvertrag. **RG.** R. **12** Nr. 1644 a. Das Rechtsverhältnis der Parteien aus einem Kreditvertrage zwischen einer aus Ausländern bestehenden Gesellschaft und einer deutschen Bank ist, wenn kein anderweiter ausdrücklicher Wille der Parteien ersichtlich, nach ihrem aus den Umständen zu entnehmenden vernünftigen Willen (**RG. 68** 203, 205) dann nach deutschem Rechte zu beurteilen, wenn die Gesellschaft und ihr den Vertrag für sich abschließender Geschäftsführer den Wohnsitz in Deutschland hatte, der Zahlungsort für die einzelnen Leistungen in Deutschland belegen und nach alledem der Kreditvertrag bestimmt war, sich im deutschen Rechtsgebiet auszuwirken.

VI. Promissory note. HansGZ. **12** Hptbl. 241—243 (Hamburg). Bei einer in England von dort wohnenden englischen Kontrahenten ausgestellten promissory note, die gegen den Beklagten, der nachträglich nach Deutschland übergesiedelt, hier geltend gemacht wird, ist die Frage nach der Erforderlichkeit der Präsentation der Note zur Zahlung und eventuell nach der Rechtzeitigkeit solcher Präsentation auf der Basis des oben erörterten allgemeinen Grundsatzes ebenfalls nach englischem Rechte zu lösen.

VII. Inhaberpapiere. **RG.** R. **12** Nr. 1645. Die rechtliche Natur der in Frankreich von einer französischen Aktiengesellschaft auf den Inhaber ausgestellten Dividendenscheine ist nach dem am Emissionsorte geltenden Rechte zu beurteilen. Dagegen ist die Frage, ob durch im Inlande vorgenommene Rechtsgeschäfte das Eigentum an den im Inlande befindlichen ausländischen Inhaberpapieren übertragen oder an ihnen ein Pfandrecht bestellt ist, nach den im BGB. für den Erwerb des Eigentums oder eines Pfandrechts an beweglichen Sachen gegebenen Vorschriften zu entscheiden.

C. Dingliches Recht. RheinA. **108**, 187—209 (Düsseldorf), bestätigt durch **RG. 77** 1—5, ZBlFG. **12** 685 (s. schon JDR. **10** 560 E); s. auch zu Art. 184 Ziff. II 3.

D. Eherechtliches. BayObLG. **13** 178—186. Für die Auslegung eines zwischen einem Österreicher und einer Deutschen in Österreich geschlossenen Ehevertrags ist das österreichische Recht maßgebend.

E. Erbrechtliches. I. Literatur. 1. Fraeb, Zur Nachlaßbehandlung nach BGB., ZBlFG. **13** 273—296 (278). Eine Verquickung der Gesetzesbestimmungen, die für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis — die Erbfolge — maßgebend sind, und der Gesetzesbestimmungen des Ortes der Vornahme des Rechtsgeschäfts ist im Art. 11 EGBGB. nicht vorgesehen und daher unzulässig.

2. Fraeb, Zur Nachlaßbehandlung nach BGB., ZBlFG. **13** 273—296. Der Verf. erörtert u. a. die vier nach brasilianischem Rechte gegebenen Testamentsformen.

II. Rechtsprechung. 1. NiemeyersZ. **22** 171 f., HansGZ. **11** Beibl. 233 (Hamburg) (s. schon JDR. **10** 560 F, 563 Art. 24 Ziff. 1). Anwendung deutschen Rechtes auf die Form des Testaments eines im Auslande wohnenden Deutschen. — Für die der deutschen Konsulargerichtsbarkeit Unterworfenen gilt nicht daneben auch noch das Recht des Ortes, wo die Urkunde vollzogen wird.

2. **RG.** JW. **11** 766 Nr. 29, WürttZ. **12** 178, DNotV. **12** 95. Ein Testament, das nach dem Personalstatute des Erblassers zur Zeit der Errichtung nichtig ist, wird nicht dadurch gültig, daß es den Gesetzen des letzten Wohnsitzes genügt.

F. Konkursrechtliches. 1. JBl. 12 442—444 (ObGH.). Das im Inlande (Österreich) befindliche Vermögen eines reichsdeutschen Gemeinschuldners ist der reichsdeutschen Konkursinstanz mangels Reziprozität (§ 61 ÖstKO.) nicht auszufolgen, wenn hiesige (österreichische) Gläubiger bereits Pfändungen in das erwähnte Vermögen erwirkt haben (§ 237 DtKO.). Hinsichtlich dieses Vermögens getroffene Rechtshandlungen unterliegen nicht der Bestimmung des § 6 ÖstAnfG.

2. BadRpr. 12 128 f. (Karlsruhe). Ein vor dem gemischten Gerichtshof in Kairo abgeschlossenes, von diesem bestätigtes Konkordat (Zwangsvergleich) hat für das Inland keine Wirkung. Es fehlt an einer Vorschrift des deutschen Rechtes, wonach dem ausländischen Zwangsvergleich eine Anerkennung in Deutschland zuteil werden soll.

Art. 12. 1. SächsRpflA. 12 342—344 (Dresden). Der deutsche Schiffseigner haftet für den schuldhafterweise vom Steuermann in Österreich verursachten Schaden nicht weiter, als der österreichische Schiffseigner haften würde. Für die unerlaubte Handlung hat das Recht des Gebiets Anwendung zu finden, in dem sich der zum Schadensersatze verpflichtende Umstand verwirklichte (**RG. 57** 145). Dieses Recht bezüglich der Verantwortlichkeit des Schiffseigners für das Verschulden der Besatzung außer Betracht zu lassen, geht nicht an. Es würde sonst auch die der Gegenseitigkeit widersprechende Folge eintreten, daß bei Schiffszusammenstößen in Österreich zwar der beteiligte deutsche, nicht aber der dort in Anspruch genommene österreichische Schiffseigner zu haften hätte.

2. **RG. 78** 55—60, JW. **12** 245 f. Nr. 14. Art. 12 EGBGB. ist nicht anwendbar, wenn lediglich die Rechtsfolgen der Anfechtung eines auf Grund betrügerischer Irrtumserregung abgeschlossenen Vertrags geltend gemacht werden.

Art. 13. I. Literatur. 1. a) NiemeyersZ. **22** 316. Gültigkeit einer in Österreich zwischen einem protestantischen Irländer und einer römisch-katholischen Österreicherin geschlossenen Ehe ist von beiden Vorinstanzen ausgesprochen und vom House of Lords bestätigt mit der Begründung, daß das in Rede stehende irische Gesetz 19 Geo II c 13 s 1, auf das die Nichtigkeit gestützt werde, nur „the form and ceremonie" betreffe und „was not intended to have any extraterritorial operation" (Fall Swifte). **b)** Mendelssohn-Bartholdy, Der Fall Swifte. Ein Beitrag zum internationalen Eherecht und zur englisch-irischen Kulturgeschichte, NiemeyersZ. **22** 333—368. Der Verf. erörtert — unter eingehender Behandlung der einschlägigen Bestimmungen — die vorangegebene Entscheidung und billigt sie. Er behandelt im Anschlusse hieran zwei von ihm aufgeworfene Fragen des deutschen internationalen Rechtes: 1. Würden wir in Deutschland die Rechtskraft eines englischen Urteils anerkennen, das auf Grund des oben genannten Gesetzes die in Irland geschlossene Ehe zwischen Katholikin und Protestant für nichtig erklärt und deshalb eine zweite, bei Lebzeiten der ersten Frau vom Manne geschlossene, im übrigen formgerechte Ehe als gültig, die Kinder daraus als eheliche Kinder betrachten? 2. Würden unsere Gerichte jenes Gesetz da, wo es nach deutschem internationalen Privatrecht und nach der Haager Konvention an sich anzuwenden wäre, ihrer Entscheidung zugrunde legen oder hielten sie sich in solchem Falle an die Vorbehaltsklausel des Art. 30? Der Verf. bejaht — in ausführlicher Begründung — beide Fragen und weist bei der zweiten eine sich auf Art. 30 EGBGB. stützende Ablehnung der Anerkennung zurück.

2. Dniestrzanski, Aus dem internationalen Eherechte, ÖstAGZ. **12** 201 bis 203, behandelt in einem Gutachten einen Fall der Kollision österreichisch-russischen Eherechts.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 78** 234—238, JW. **12** 397 f. Nr. 17. Jede Verweisung auf fremdes Recht ist im Zweifel und grundsätzlich als sog. Gesamtverweisung zu verstehen, bezieht sich also nicht nur auf die materiell-rechtlichen, die Sachnormen, sondern auch auf die Kollisionsnormen des betreffenden

Rechtes (vgl. **RG. 62** 404 und IV. 292/10 vom 29. Dezember 1910). Art. 27 enthält keine Ausnahmevorschrift, die den deutschen Richter nur in den dort besonders hervorgehobenen Fällen zur Anwendung auch der fremden Kollisionsnormen ermächtigte, sondern im Gegenteil eine Bestätigung der Regel, daß er das fremde Recht, wenn überhaupt, dann grundsätzlich auch in seiner Gesamtheit anzuwenden hat. (OLG. Hamburg HansGZ. **11** Beibl. 202 f., JDR. **10** 561 Art. 13 II 3 bestätigt).

2. **RG.** BayRpflZ. **12** 482 f. Eine in Österreich ausgesprochene Trennung von Tisch und Bett kann nicht in Deutschland als Ehescheidung gelten.

3. OLG. **24** 18 f., NiemeyersZ. **22** 177—179, HansGZ. **11** Beibl. 202 f. (Hamburg) (schon zit. JDR. **10** 561 Art. 13 ff. II 3). Gültigkeit der in Deutschland erfolgten Eheschließung eines katholischen Österreichers mit der geschiedenen Frau eines noch lebenden Dritten.

4.* OLG. **24** 19—21 (KG.), s. schon JDR. **10** 561 II 2 (bestätigt durch Gruchots Beitr. **56** 1017—1020, **RG.** JW. **12** 642 f. Nr. 14, PosMSchr. **12** 58 f., WarnE. **12** 350 f.). Die Nichtigkeitsklage einer Deutschen, die hier einen Italiener heiratete, nachdem seine frühere Ehe durch ein deutsches Urteil rechtskräftig geschieden war, ist unbegründet.

5. SächsRpflA. **12** 272 f. (Dresden). Nach russischem Gesetze (§§ 61, 65, 90, 1113 RussRGB.) ist eine lediglich vor dem Standesbeamten geschlossene Ehe auch dann ungültig, wenn die im Ausland eine bürgerliche Ehe eingehenden russischen Staatsangehörigen — einschließlich der den russischen Ostseeprovinzen entstammenden — evangelisch-lutherischen Glaubens sind.

Art. 14. I. Literatur. *Sauerländer, Das neue Haager Eheabkommen, BayRpflZ. **12** 469 ff. Kurze Darstellung der Voraussetzungen für seine Anwendbarkeit und der Wirkung auf das EGBGB. Auch das Abkommen beruht auf dem Staatsangehörigkeitsprinzip, im einzelnen ergeben sich jedoch erhebliche Verschiedenheiten gegenüber dem EGBGB.

II. Rechtsprechung. **RG.** R. **12** Nr. 1646. Für die Unterhaltungspflicht in Deutschland wohnender ausländischer Gatten gilt ihr Heimatsrecht. Wie das RG. (**RG. 62** 400) angenommen hat, würde, wenn die in Deutschland wohnenden getrennt lebenden Ehegatten dem nämlichen fremden Staate angehören, in entsprechender Anwendung des Art. 14 EGBGB. für die Unterhaltspflicht der Ehegatten das ausländische, also hier das holländische Recht maßgebend sein. Erst, wenn das OLG. hiernach seine Entscheidung auf die richtige gesetzliche Grundlage gestellt haben wird, läßt sich beurteilen, ob in der Vernachlässigung der Unterhaltspflicht seitens des Mannes eine schwere Eheverfehlung zu finden ist.

Art. 15. I. Literatur. 1. Neubecker, Russisch-polnisch-jüdisches Ehegüterrecht — ein Gutachten —, ABürgR. **36** 300 f.

2. Hiergegen berichtigend Kuhnstein, ABürgR. **37** 164 f.

II. Rechtsprechnng. RheinZ. **4** 295 f. (Colmar). Die weitere Beschwerde der Ehefrau M. in New York gegen den landgerichtlichen Beschluß, durch welchen die die Zustimmung des Ehemanns zu der Löschungseinwilligung der Beschwerdeführerin erfordernde Entscheidung des Grundbuchamts bestätigt wird, wurde zurückgewiesen. Ob die Ehe vor oder nach dem 1. Januar 1900 stattgefunden und ob der Ehemann zur Zeit der Eheschließung Deutscher war, braucht nicht untersucht zu werden, weil die Anwendung des amerikanischen Rechtes oder des deutschen Rechtes zur gleichen Entscheidung, und zwar derjenigen des Grundbuchamts führen muß, gleichgültig, ob das alte oder das neue Recht maßgebend ist. Fand die Trauung nach dem 1. Januar 1900 statt, so ist den Vorinstanzen darin beizupflichten, daß, falls der Ehemann M. zur Zeit der Trauung Deutscher war, das deutsche Recht gemäß Art. 15 EGBGB. auf das Güterrechtsverhältnis der genannten Eheleute unmittelbar anzuwenden ist, und daß, falls der Ehemann Amerikaner war, im vorliegenden

Falle das gleiche Recht mittelbar auf Grund des Art. 27 EGBGB. Anwendung zu finden stat, da das amerikanische Recht bezüglich der Liegenschaften auf die lex rei sitae rückverweist (vgl. Schnitzler 124, 125; Meili, Intern. Zivil- und Handelsr. I, 295). Wurde die Ehe vor dem 1. Januar 1900 geschlossen, so finden auf das Güterrechtsverhältnis der Gatten die Artt. 15 und 27 EGBGB. gemäß Art. 200 ebendas. (vgl Habicht, Anm. 7 zu Art. 15 EGBGB.) überhaupt keine Anwendung, und es greift danach der bis zu jenem Zeitpunkt in Geltung gewesene Grundsatz des internationalen Rechtes Platz, daß für das Güterrechtsverhältnis der Eheleute das Recht des ersten Wohnsitzes maßgebend ist, d. i. im vorliegenden Falle das amerikanische Recht. Da aber dieses auch damals bereits den Grundsatz der Rückverweisung bezüglich des Immobiliarrechts enthielt, würde die Anwendung des deutschen Rechtes nur dann ausgeschlossen sein, wenn nach dem vor 1900 in Elsaß-Lothringen maßgebenden Rechte solche Rückverweisungen vom deutschen Richter als rechtsunwirksam nicht zu berücksichtigen gewesen wären. Die Frage, ob Rückverweisungen des ausländischen Rechtes im Geltungsbereiche des alten Rechtes vom deutschen Richter zu beachten gewesen seien und noch seien, ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung äußerst bestritten (vgl. u. a. **RG. 24** 327 ff.; Zitelmann I, 237 ff.; Crome 1140 Note 51). Der Senat schließt sich in dieser Beziehung den Entsch. des RG. vom 30. November 1906 und 11. Oktober 1907 (**RG. 64** 39 ff., BöhmsZ. **19** 222) an, die derartige Rückverweisungen auch im Gebiete des Code civil für rechtswirksam erklärt haben. Hiernach ist, auch wenn die Ehe vor 1900 geschlossen wurde, in anbetracht der Rückverweisung des amerikanischen Rechtes, deutsches Recht anzuwenden. Nach diesem bedarf aber die Ehefrau, wenn sie nicht in Gütertrennung mit ihrem Manne lebt oder die Grundstücke Vorbehaltsgut sind, zu deren Veräußerung sowie zur fraglichen Löschungseinwilligung der Zustimmung ihres Mannes (§§ 1395, 1525, 1550 BGB., § 144 ABGB.). Den Nachweis der letzteren hat daher das Grundbuchamt mit Recht verlangt.

Art. 17. I. Literatur. 1. Freudenthal, R. **12** 519. Unauflöslichkeit der Ehe österreichischer Katholiken trotz Änderung ihres Religionsbekenntnisses.

2. Ofner, Ist eine im Auslande geschlossene katholische Ehe eines Österreichers unlösbar? JBl. **12** 121—123. Die Unauflöslichkeit der katholischen Ehe nach § 111 ABGB. ist keine Forderung der öffentlichen Sittlichkeit. Sie ist — wenn § 111 nach dem Staatsgrundgesetze noch gilt — positives österreichisches Recht. Dieses Recht gilt nach § 37 ABGB. nur für Ehen, die in Österreich geschlossen sind oder bei denen die Gatten zweifellos österreichisches Gesetz zur Grundlage nehmen. In anderen Fällen richtet sich die Auflösbarkeit nach den Gesetzen des Abschlußorts. Eine im Deutschen Reiche geschlossene katholische Ehe ist auflösbar.

II. Rechtsprechung. 1. NiemeyersZ. **22** 189—192 (OGH.). Eine zwischen einer österreichischen Katholikin und einem preußischen Untertan evangelisch-lutherischer Religion in Österreich nach evangelischem Ritus geschlossene Ehe ist in Österreich untrennbar.

2. NiemeyersZ. **22** 179 f., HansGZ. **11** Beibl. 62 f., HessRspr. **12** 42 f. (LG. Hamburg) (schon zit. JDR. **10** 562 Art. 17 Ziff. 4). Unlöslichkeit des Ehebandes in Österreich, wenn zur Zeit des Eheschlusses auch nur einer der Ehegatten Katholik war (§ 111 ÖstABGB.). Das Recht auf Scheidung wird auch nicht dem gegeben, der nachträglich zu einer anderen Konfession übergetreten ist.

3. BayObLG. **13** 136—143, BayRpflZ. **12** 238 f. Für die familienrechtlichen Beziehungen von Angehörigen des Staates New York, die ihren Wohnsitz im Auslande haben, sind nach dem Gesetze des Staates New York die Gesetze des Ortes des Wohnsitzes maßgebend. Das Recht der Eltern zur Sorge für die Kinder aus ihrer geschiedenen Ehe ist, wenn die Eltern Angehörige des Staates New York sind und in Deutschland wohnen, nach deutschem Rechte zu beurteilen. Ob Art. 17 EG.

BGB. Anwendung findet, in welchem Falle sich ohne weiteres aus Art. 27 EG. die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes ergeben würde, ist strittig, kann aber dahingestellt bleiben, weil auch nach Art. 19 EG. der Fall nach deutschem Rechte zu beurteilen ist (vgl. hierzu auch GruchotsBeitr. **55** 1038 ff., JW. **11** 208, zit. JDR. **10** 562 Art. 17 Ziff. 2).

4. SchlHolstAnz. **12** 35 (Kiel). Die obige Bestimmung findet auch auf die Klage eines Ausländers auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft Anwendung. Wenn auch nach dänischem Rechte die Pflicht der Ehegatten zur ehelichen Gemeinschaft nicht rechtlich erzwungen werden kann, so kann gleichwohl der dänische Kläger auf Grund seiner im Inlande geschlossenen Ehe auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft klagen, weil die Nichterzwingung dieses Rechtes gegen den Zweck des deutschen Gesetzes verstoßen würde und die Anwendung des dänischen Gesetzes deshalb ausgeschlossen ist. Denn der Zweck dieser Klage ist nach BGB. der, daß der schuldige Teil durch sie genötigt wird, entweder die eheliche Gemeinschaft herzustellen oder sich event. die Scheidung der Ehe gefallen zu lassen.

5. SchlHolstAnz. **12** 323 f. (Kiel). Hat der Ehemann, der früher schwedischer Staatsangehöriger gewesen, diese Staatsangehörigkeit verloren, ohne eine andere zu erwerben, so sind gemäß Artt. 17 Abs. 1, 29 für die Scheidung der Ehe der Parteien die schwedischen Gesetze maßgebend, da er zuletzt dem Staate Schweden angehört hat. Auch nach schwedischem Rechte ist die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zulässig.

Art. 19. BayObLG. **13** 136—143, BayRpflZ. **12** 238 f., R. **12** Nr. 1498. Ist der Vater Ausländer, so ist das Verhältnis zum Kinde nach seinem Personalstatut und dessen Rückverweisungen zu beurteilen. Art. 19 bestimmt allerdings nur, daß das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und ehelichen Kindern nach deutschem Rechte zu beurteilen ist, wenn der Vater oder nach dessen Tode die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt, er enthält aber keine Bestimmung für den Fall, daß der Vater Ausländer ist. Es kann aber aus dem Art. 19 unbedenklich der allgemeine Grundsatz entnommen werden, daß über die Rechte der Eltern gegenüber ihren Kindern das Recht des Staates entscheidet, dem der Vater bzw. die Mutter angehört. Im Art. 27, der nur Fälle betrifft, in denen in erster Linie fremdes Recht anzuwenden ist, konnte Art. 19, der nur von der Anwendbarkeit deutschen Rechtes spricht, nicht aufgenommen werden; es steht aber nichts im Wege, im gegebenen Falle (§ 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB.), in dem ebenso, wie in den im Art. 27 geregelten Fällen das Personalstatut des Vaters entscheidend ist, den im Art. 27 ausgesprochenen Rechtssatz entsprechend anzuwenden (s. Art. 17).

Art. 20. I. Literatur. Horn, Etwas über die Rechtslage der unehelichen Kinder in Frankreich, ZVglRW. **13** 296—306. Der Verf. erörtert eine Reihe von Fragen, die die gesetzliche Behandlung unehelicher Kinder nach französischem Rechte betreffen, wie Namen, Alimente, Heiratskonsens, Ehehindernisse, Nationalität, Legitimation u. a., indem er von der grundlegenden Unterscheidung des französischen Rechtes in gewöhnliche uneheliche Kinder (enfants naturels simples) und im Ehebruch oder in Blutschande erzeugte (enfants adultérieux et incestueux) ausgeht.

II. Rechtsprechung. BayObLG. **13** 212, R. **12** Nr. 1820. Für die Anwendung dieser Vorschrift ist es belanglos, welchem Staate das uneheliche Kind angehört.

Art. 21. Fuld, Ansprüche einer Österreicherin gegen ihren unehelichen Schwängerer vor deutschen Gerichten, NiemeyersZ. **22** 251—264. Der Verf. erörtert im einzelnen, welche Ansprüche der Geschwängerten und dem Kinde gegen den Schwängerer — unter Berücksichtigung des Art. 21 EGBGB. — zustehen.

Art. 23. I. Literatur. 1. Josef, Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte bei Sterbefällen von Ausländern, JW. **12** 1024—1028. a) Der § 73 FGG. regelt nur die örtliche Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts; die Frage, ob die diesem an sich zugewiesenen Verrichtungen ihm auch dann obliegen, wenn der Erblasser Ausländer ist, regelt das materielle Recht sowie das zwischenstaatliche Privatrecht, und die Entscheidung hierüber liegt dem im § 73 bezeichneten örtlich zuständigen Gericht ob. Andererseits ist daraus, daß § 73 eine Zuständigkeitsvorschrift ist, auch nicht zu folgern, daß sie — wie die Zuständigkeitsvorschriften der ZPO. — auch im zwischenstaatlichen Verkehr Anwendung finden und das deutsche Nachlaßgericht grundsätzlich auch bei Sterbefällen von Ausländern zuständig sei; denn dieses hat als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei der Neugestaltung von Rechten mitzuwirken, kann hierbei aber nur nach deutschem Rechte verfahren, während der Ausländer nach Auslandsrecht beerbt wird. b) Aus diesem letzteren Grunde ist die Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts zu verneinen, wenn die einzelne ihm obliegende Verrichtung entweder α. mit dem materiellen deutschen Rechte in engem Zusammenhange steht, z. B. die Auseinandersetzung, Bestimmung der Inventarfrist, Nachlaßverwaltung, Erteilung des (Voll-)Erbscheins, oder β. einen Eingriff in das materielle ausländische Recht enthalten würde, z. B. die Entsetzung des Testamentsvollstreckers, oder γ. mit Wortlaut und Zweck der einzelnen Vorschrift unvereinbar wäre, so die Feststellung des fiskalischen Erbrechts. — Mangels einer dieser Voraussetzungen ist die Zuständigkeit zu bejahen, so besonders wenn die Verrichtung nur in der Entgegennahme (Aufbewahrung) von Schriftstücken und Erklärungen besteht oder in Nachlaßsicherung, Testamentseröffnung, Erzwingung der Ablieferung. Auf die gemäß §§ 1960, 1961 anzuordnenden Pflegschaften findet der Art. 23 EGBGB. keine Anwendung, weil dieser nur von Pflegschaften handelt, die nach Auslandsrecht erforderlich sind, während die Nachlaßpflegschaft lediglich durch den inländischen Rechtsverkehr geboten ist.

2. Horn, Hat der Gemeindewaisenrat in Preußen ein Aufsichtsrecht über zuziehende minderjährige Ausländer oder im Inlande geborene uneheliche Kinder von Ausländern? ZBlFG. **13** 445—448. Der Verf. bejaht — nach Erörterung der einschlägigen Bestimmungen — die Frage für folgende Fälle: a) im Falle der Anordnung der Vormundschaft seitens des Vormundschaftsgerichts aus dem Gesichtspunkte des Art. 23 Abs. 1 EGBGB., b) auf Grund einer vorläufigen vom Vormundschaftsgericht ausdrücklich angeordneten Maßregel (Art. 23 Abs. 2 EGBGB.).

II. Rechtsprechung. 1. BayObLG. **13** 136—143. Art. 23 EG. bezieht sich nicht auf die dem Vormundschaftsgerichte nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. eingeräumte Befugnis. — Die letztere Bestimmung ist nicht eine bloße Zuständigkeitsnorm, sondern vormundschaftsrechtlicher, also auch materiell-rechtlicher Natur. Sie ist selbst dann anwendbar, wenn das Ehescheidungsurteil nicht auf Grund des deutschen, sondern des ausländischen Rechtes erging, erst recht also, wenn für die Scheidung deutsches Recht maßgebend gewesen. — Nur für die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft kann in Frage kommen, ob und wieweit das ausländische Gericht die Sorge für die familienrechtlichen Angelegenheiten seiner Staatsangehörigen übernimmt.

2. a) OLG. **24** 50—52, ZBlFG. **11** 659, WürttZ. **12** 115 f., DJZ. **12** 519 f. (Darmstadt). Dem minderjährigen A. in Brooklyn ist ein Erbteil zugefallen, das in einer Sparkasseneinlage besteht. Das AG. hat ihm einen Pfleger bestellt und ihm die Verwaltung übertragen. Der von dem Surrogates Court für New York-County bestellte Vormund K. hat dem hiesigen Bankhause Vollmacht erteilt, und dieses hat beantragt, die Pflegschaft aufzuheben und den Pfleger anzuweisen, das Vermögen an K. auszuliefern. Antrag wurde zurückgewiesen. Weitere Beschwerde ist unbegründet: Ein amerikanischer Vormund ist nicht befugt, über das außerhalb seines

Staates befindliche Vermögen seines Mündels zu verfügen (unter Heranziehung der Literatur). Es besteht sonach eine Fürsorge des Heimatstaats für dieses Vermögen nicht, und es kann deshalb die hiesige Pflegschaft nicht ohne weiteres aufgehoben werden. b) Hiergegen WürttZ. **12** 115, BadNotZ. **09** 79 (Karlsruhe). Eine Pflegschaft über einen Ausländer solle nach Art. 23 nur bestellt werden, sofern der Staat, dem er angehöre, die Fürsorge nicht übernehme. Diese Fürsorge sei übernommen und es liege kein inländisches Interesse vor, den Übergang des Vermögens des Mündels in das Ausland zu hindern.

3. KGJ. **42** A 52, ZBlFG. **13** 451, SchlHolstAnz. **12** 229—231. Vormundschaft über Ausländer. a) Ist vor dem Inkrafttreten des BGB. im Inlande die Vormundschaft über einen minderjährigen Ausländer mit Zustimmung des zuständigen ausländischen Vormundschaftsgerichts eingeleitet worden, so kann die Vormundschaft fortgeführt werden, ohne daß es einer weiteren Feststellung bedarf, ob der Heimatsstaat des Ausländers bereit ist, die Fürsorge zu übernehmen. b) Das Vormundschaftsgericht hat bei der Führung der Vormundschaft über einen Ausländer die Gesetze desjenigen Staates anzuwenden, dem es selbst angehört. c) Ein preußisches Vormundschaftsgericht kann gegen einen bei ihm bevormundeten minderjährigen Ausländer das PrFEG. anwenden (Artt. 135, 210 EGBGB., § 1 PrFEG.) [s. dazu ZBlFG. **11** 45 Nr. 13 und Verw.].

4. ElsLotFZ. **12** 85 f. (Colmar). Nach dem Rechte der Vereinigten Staaten erstreckt sich die Vertretungsbefugnis eines dort bestellten Vormundes nicht auf die Veräußerung ausländischer Grundstücke des Mündels; hierzu bedarf es der Bestellung eines Pflegers nach Art. 23 EGBGB.

Art. 24. I. Literatur. 1. Niemeyer, Beerbung eines mit ägyptischem Domizile gestorbenen Schweizers, welcher deutscher Schutzgenosse ist, NiemeyersZ. **22** 543—553. Der Verf. kommt — nach Erörterung der einschlägigen Bestimmungen des deutschen und schweizerischen internationalen Privatrechts — zu dem Ergebnisse, daß im obigen Falle das deutsche Konsulargericht deutsches Erbrecht anzuwenden hat.

2. Kretzschmar, Beiträge zum Erbrechte, ZBlFG. **13** 423—437. Der Verf. erörtert unter „I. die erbrechtlichen Kollisionsnormen (423 bis 434)" die für das Erbrecht maßgebenden Bestimmungen des deutschen internationalen Privatrechts (Art. 11 u. Artt. 24—29 EGBGB., während Art. 30 nach seiner Auffassung — gegen Niedner — auf dem Gebiete des Erbrechts ohne Bedeutung ist), und zwar behandelt er nach einer allgemeinen Einleitung die verschiedenen Arten des Erbschaftsstatuts (Personalstatut einerseits, Gebiets- oder Sachstatut anderseits), das Prinzip der Regelung des EGBGB. (Nationalitätsprinzip) und die im einzelnen davon statuierten Ausnahmen.

II. Rechtsprechung. 1. Abs. 1. OLG. **24** 59 f. (Hamburg). Ist jemand nach deutschem Rechte Erbe geworden, so erstreckt sich diese Beerbung auf das gesamte Nachlaßvermögen, einerlei, ob es sich im Inland oder im Auslande befindet.

2. **RG.** SeuffBl. **12** 123. Beerbung eines Deutschen nach österreichischem Rechte, insoweit zum Nachlaß ein in Österreich gelegenes Grundstück gehört. Zuständigkeit der österreichischen Gerichte für diese Nachlaßbehandlung. Der im Art. 28 EGBGB. statuierte Ausnahmefall von der Regel des Art. 24 Abs. 1 ist namentlich dann gegeben, wenn der fremde Staat die Grundstücke, gerade wegen ihrer Belegenheit in seinem Gebiete und trotz ihrer Zugehörigkeit zum Nachlaß eines Deutschen, ausschließlich dem eignen Erbrecht unterwirft. § 22 des Kaiserl. Patents vom 9. August 1854 (vgl. Friedländer, Das Verfahren außer Streitsachen [14] 37) bestimmt aber, daß über die innerhalb des österreichischen Staates liegenden unbeweglichen Güter eines verstorbenen Ausländers dem nach dem Gesetz über die Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtssachen dazu berufenen österreichischen Gerichte, wenn nicht

durch Staatsverträge ein anderes Übereinkommen getroffen wird, die Abhandlung in vollem Umfange zukommt, sowie daß dieses Gericht die Beurteilung der Rechte aller Beteiligten und die Obsorge über die Berichtigung sämtlicher Abhandlungsgebühren nach österreichischen Gesetzen zu pflegen hat.

3. Abs. 2. OLG. **24** 60 f. (Hamburg). Bei Art. 24 Abs. 2 handelt es sich nicht um die Frage der Erbenqualität als solcher, die im Abs. 1 geregelt ist, sondern um die näheren Modalitäten dieser an sich als bestehend vorausgesetzten Erbenhaftung. Die Benefizialantretung der Erbschaft wirkt nach dem in Arosa (Schweiz) geltenden Rechte bei einer Mehrheit von Erben lediglich zugunsten derjenigen, die dieses Recht in der durch das Gesetz vorgeschriebenen Weise durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte gebraucht haben.

4. SächsRpflA. **12** 423 f., ZBlFG. **13** 369 (Dresden). Wird ein Deutscher, auch wenn er seinen Wohnsitz im Auslande hatte, gemäß obiger Bestimmung nach deutschem Rechte beerbt, so kommen alle im 5. Buche des BGB. gegebenen Vorschriften zur Anwendung, daher insbesondere auch diejenigen über einen Testamentsvollstrecker. Dessen Befugnisse bestimmen sich demgemäß nach deutschem Rechte.

5. Abs. 3. RheinZ. **4** 131 f. (Colmar). Die Klage der Witwe auf Herausgabe der Erbschaft wurde abgewiesen und ihre Berufung zurückgewiesen aus folgenden Gründen: Die Grundlage der Klage, wie sie vor dem LG. erhoben wurde, bildet das Erbrecht der Klägerin, das sich in erster Linie (Artt. 24, 25 EGBGB.) nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers zur Zeit seines Todes richtet. Es kann dahingestellt bleiben, ob (was bei der Annahme des Verlustes der französischen Staatsangehörigkeit zu sagen wäre) T. danach nachweislich überhaupt keinem Staate angehört hätte oder ob er bei seinem Tode noch Franzose war. Denn in beiden Fällen wäre er nach französischem Rechte beerbt worden, und zwar als Franzose gemäß Art. 25 EGBGB. und als keinem Staate Angehöriger gemäß Art. 29 ebendort, in welchem Falle das französische Recht als das Gesetz des Staates, dem der Erblasser zuletzt angehört hätte, zur Anwendung käme. Die Klägerin hat also nach Art. 767 C. c. (G. vom 9. März 1891) beim Vorhandensein von Geschwistern und Geschwisterkindern ihres Mannes den Nießbrauch an der Hälfte der Erbschaft. Dieses Recht hat sie aber nicht als gesetzliche Erbin, sondern als außerordentliche Erbfolgerin, die deshalb der Einweisung in den Besitz bedarf (Art. 724 C. c.). Sie kann infolgedessen weder auf Herausgabe der Erbschaft an sie, noch an die gesetzlichen Erben klagen (Carpentier, Repertoire unter Sukzession Nr. 778, 768 ff.). Die Klage ist somit abzuweisen, da es der Klägerin an der Aktivlegitimation für die von ihr erhobene Erbschaftsklage fehlt.

6. S. ferner zu Art. 11.

Art. 25. I. Literatur. Kuttner, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JheringsJ. **12** 109—178 (153 f.). Wenn ein deutsches Nachlaßgericht unter Verletzung von Normen des internationalen Privatrechts bei Bestimmung des Intestaterben eines ausländischen Erblassers rechtsirrig deutsches materielles Erbrecht zur Anwendung gebracht und den nach deutschem Rechte berufenen Intestaterben A. und B. einen Erbschein erteilt hätte (KGJ. **36** A 102 ff.), so wird die Vermutung aus dem Erbscheine nicht schon durch den Nachweis des Nachlaßrichters über die Unanwendbarkeit des maßgebenden ausländischen Rechtes widerlegt, es muß vielmehr nachgewiesen werden, daß auch nach dem maßgebenden ausländischen Rechte den bescheinigten Erben A. und B. gegenwärtig kein Erbrecht zusteht.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 78** 48—52, JW. **12** 246 f. Nr. 15, ZBlFG. **12** 747. Die Erbfolge in deutsche Liegenschaften, die ein in Frankreich verstorbener französischer Staatsangehöriger hinterlassen hat, bestimmt sich nach deutschem Rechte. Mag man Art. 27 EGBGB. für entsprechend anwendbar erachten, wogegen allerdings Bedenken sprechen, oder mag man davon ausgehen, daß das Gesetz eine

völlige Lücke enthält, die nach dem Willen des Gesetzgebers unter Beachtung der sonstigen gesetzlichen Vorschriften sowie auch der Grundsätze des internationalen Privatrechts ausgefüllt werden sollte. Unter Beachtung dieser Regeln aber besteht vom Standpunkte des deutschen Rechtes aus kein Grund, für den vorliegenden Fall die in dem ausländischen Gesetz ausgesprochene Rückverweisung auf das deutsche Recht als unbeachtlich abzulehnen.

2. ZBlFG. **12** 39 Nr. 20, ElsLothJZ. **37** 148—150 (Colmar). Die Beerbung eines Franzosen richtet sich, sei es, daß er bei seinem Tode im Inland oder im Auslande gewohnt hat, hinsichtlich der im Inlande befindlichen beweglichen Sachen nach französischem, dagegen hinsichtlich der im Inlande befindlichen unbeweglichen Sachen nach deutschem Rechte (ZBlFG. **12** 747 Nr. 576).

3. RheinARB. **29** 150—155 (LG. Cöln). Auch wenn der im Inlande verstorbene Ausländer (Österreicher) gemäß obigem Artikel nach dem Rechte seines Heimatsstaats beerbt wird, ist das deutsche Gericht befugt, einen unbeschränkten Erbschein zu erteilen [gegen KG. (KGJ. **36** A 102) mit OLG. Dresden (OLG. **14** 153), Niemeyer, ZJPR. **13** 32 ff. und Josef, DNotB. **4** 211 ff.]. Die Erbfolge aber ist nach ausländischem Rechte zu prüfen.

4. ZBlFG. **13** 453 (KG.). a) Vermöge des Grundsatzes der Rückverweisung und einer entsprechenden Unterscheidung des ausländischen Rechtes kann der Nachlaß eines Ausländers zu einem realen Teile nach deutschem, zu einem anderen Teile nach ausländischem Rechte zu beurteilen sein. b) Die Unterwerfung der beiden Nachlaßmassen unter die danach für jede von ihnen maßgebende Rechtsordnung gilt für alle erbrechtlichen Verhältnisse. Insbesondere können die Befugnisse eines für den ganzen Nachlaß ernannten Testamentsvollstreckers betreffs des beweglichen Nachlasses sich nach einem anderen Rechte bestimmen (ZBlFG. **13** 39 Nr. 20 und Verw.).

5. RJA. **11** 182—187, ZBlFG. **13** 73—77, ThürBl. **39** 116—120 (KG.) — in eingehender Begründung —. Hatte der Erblasser zwar zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande, wird er aber nach ausländischem Rechte beerbt, so ist das deutsche Nachlaßgericht für die Entlassung eines vom Erblasser ernannten Testamentsvollstreckers nicht zuständig.

6. ZBlFG. **13** 212 (Colmar). Die zum Nachlaß eines amerikanischen Staatsangehörigen gehörigen im Deutschen Reiche gelegenen Grundstücke werden nach deutschem Rechte vererbt [ZBlFG. **13** 89 Nr. 20 u. Verw., **10** 763 Nr. 674 a] (s. ferner zu Art. 24).

Art. 27. **RG.** 78 234, JW. **12** 397 Nr. 17, R. **12** Nr. 892. Die Bestimmung enthält keine Ausnahmevorschrift, die den deutschen Richter nur in den dort besonders hervorgehobenen Fällen zur Anwendung auch der fremden Kollisionsnormen ermächtigte, sondern eine Bekräftigung der Regel, daß er das fremde Recht, wenn überhaupt, dann grundsätzlich auch in seiner Gesamtheit anzuwenden hat (s. ferner zu Artt. 7, 15, 17, 19, 24, 25).

Art. 28. S. zu Art. 24 Abs. 1.

Art. 29. S. zu Artt. 17, 25.

Art. 30. 1. **RG.** JW. **12** 22 Nr. 1, WürttZ. **12** 178, WarnE. **12** 38—40. Ein ausländisches Gesetz verstößt nicht deshalb gegen den Zweck eines deutschen, weil es keinen Pflichtteilsanspruch kennt.

2. NiemeyersZ. **22** 196—198 (OGH.). Die Zwangsvollstreckung wegen Alimentation der Ehefrau auf Grund eines deutschen Urteils gegen einen zurzeit österreichischen Staatsangehörigen — einen katholischen Pfarrer —, der als solcher — und zwar als hessischer Staatsangehöriger — die Ehe geschlossen hatte, ist bewilligt worden. Es kann nicht behauptet werden, daß die Verpflichtung aus einem Rechts-

verhältnis entstanden sei, dem durch das inländische Gesetz im Inland aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit die Gültigkeit oder die Klagbarkeit versagt ist.

3. SächsOLG. **33** 287. Unstreitig ist zwischen der Klägerin und ihrer Kommittentin, der Firma Georg K. u. Co. in B., die Erfüllung durch Lieferung von vornherein vertragsmäßig ausgeschlossen gewesen. Nach deutschem Rechte stellt sich daher der Kommissionsvertrag gemäß § 764 BGB. als Spiel dar und ist durch dieses Spiel nach § 762 BGB. eine Verbindlichkeit nicht begründet worden (JW. **04** 291). Dies würde auch dann gelten, wenn nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts (**RG. 73** 387) an sich die Verbindlichkeiten der Kommittentin nach belgischem Rechte als dem ihres Erfüllungsorts (Ritter, HGB. 608; Staub, HGB. [8] 1744) zu beurteilen und nach diesem der Spieleinwand nicht begründet wäre. Auch dann würde sie sich gemäß Art. 30 EGBGB. auf die Klaglosigkeit der Spielschuld berufen dürfen, da ein Zwang zur Erfüllung gegen den Zweck des § 762 BGB. verstoßen würde (Komm. v. RGR. bei § 762 BGB. unter 7, BayObLG. **5** 361, **RG. 37** 268).

4. **RG.** SeuffBl. **12** 21 f., JW. **12** 79 f. Nr. 23. Einer im Inland erhobenen Klage kann auf Grund eines im Ausland anhängigen Rechtsstreits die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann entgegengesetzt werden, wenn das in diesem Rechtsstreit ergehende Urteil gemäß § 328 ZPO. im Inland als Urteil anzuerkennen ist (**RG. 49** 344). Es kann nun dahingestellt bleiben, ob überhaupt die Bedingung des § 328 Nr. 4 ZPO. schon dann vorliegt, wenn nur die Möglichkeit gegeben ist, daß das in dem anhängigen ausländischen Rechtsstreite zu erwartende Urteil auf Grund eines ausländischen Gesetzes ergeht, das gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt. Denn es ist im Gegensatze zum LG. dem OLG. auch darin beizutreten, daß das österreichische Urteil bei Anwendung des § 16 ÖstUrhG. nicht gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Das österreichische Gesetz zielt darauf ab, Urheber vor den vorher oft nicht zu übersehenden ungünstigen Folgen langfristiger Verlagsverträge über zukünftige Werke zu bewahren. Diese sozialpolitische Absicht ist den deutschen Gesetzen nicht fremd und tritt, obwohl sie in dieser Weise darin keinen Ausdruck gefunden hat, doch keineswegs mit den Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens in Widerspruch (**RG. 73** 368 u. 369).

5. **RG.** R. **12** Nr. 1324. Ist vor dem Inkraftreten des BGB. eine Ehe rechtskräftig durch ein deutsches Gericht geschieden, welche nach dem jetzt maßgebenden ausländischen Rechte nicht geschieden werden kann, so bleibt die Scheidung im vollen Umfange aufrechterhalten (s. ferner zu Artt. 13, 17).

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen. Artt. 32—54.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen. Artt. 55—152.

Art. 58. I. Literatur. Oelenheinz, Die Adelshoheit des Monarchen in Preußen und die Selbständigkeit der richterlichen Entscheidung, JW. **12** 173—175. 1. Der vom Heroldsamte zur Begründung der materiell-rechtlichen Bedeutung seiner deklaratorischen Entscheidungen aufgestellte, vom RG. übernommene Rechtssatz des materiellen Rechtes: „Kein Adel ohne Anerkennung des Monarchen“ ist im preußischen Staatsrechte nicht begründet. Er widerspricht auch dem gemeinen deutschen Staatsrechte. 2. Die deklaratorischen — streitentscheidenden — Beschlüsse des Heroldsamts haben für die Gerichte keine weitergehende Bedeutung als gleichartige Entschließungen anderer Verwaltungsbehörden. Sie sind in Ermangelung gegenteiliger Bestimmung der Gesetze für das Prozeßgericht unverbindlich.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** HessRspr. **13** 21, R. **12** Nr. 614. Durch autonome Satzung eines hochadeligen Hauses kann die Ebenbürtigkeit über den Adel hinaus erweitert werden.

2. DJZ. **12** 86 (PlBeschl. Darmstadt). Das private landesrechtliche Siegelrecht der Standesherren ist durch Art. 58 EGBGB. nicht aufrechterhalten.

3. ZBlFG. **12** 288 (Dresden). Daraus, daß der privilegierte Gerichtsstand zu den persönlichen Rechten der Mitglieder der standesherrlichen Familien gezählt wird, folgt an sich noch nicht, daß sie diesen Gerichtsstand überall in Deutschland beanspruchen können.

4. BadRpr. **12** 61, 87 ff. und 97 ff. (Karlsruhe) — in eingehender Begründung —. In Baden ist die Rechtspersönlichkeit der hochadeligen Familie (Gesamtheit der Agnaten) für das Gebiet des Privatrechts nicht anzuerkennen. Es kann auch diese Rechtspersönlichkeit (Standesherrschaft im subjektiven Sinne) durch Hausgesetz nicht begründet werden. Ebenso BadRpr. **12** 195 (Karlsruhe).

5. BayObLG. **12** 636—642. Das OLG. kann nur in den standesherrlichen Vormundschaften tätig werden, in denen das Haupt der Familie beteiligt ist; in diesen Fällen hat es aber nicht nur den Vormund zu bestellen, sondern auch die gesamten vormundschaftsgerichtlichen Verrichtungen wahrzunehmen; zur Entscheidung der Beschwerden gegen Verfügungen des OLG. ist das Oberste Landesgericht zuständig. Die Standesherren stehen bei der Führung der von ihnen bestellten Vormundschaften dem OLG. gleich, die Beschwerde gegen eine Anordnung des Standesherrn ist daher von dem Obersten Landesgerichte zu entscheiden.

Art. 59. I. Literatur. 1. Jahn, Die Fideikommißpflegschaft nach mecklenburgischem Rechte, MecklZ. **30** 467—477. Der Verf. erörtert im einzelnen die Voraussetzungen für die Bestellung eines Fideikommißpflegers, das Wesen dieser Pflegschaft, die Funktionen des Pflegers und seine Stellung gegenüber dem Fideikommißbesitzer und den Allodialgläubigern.

2. v. Grafenstein, Die Fideikommißerrichtung nach bayerischem Rechte unter besonderer Berücksichtigung der Rechte von Pflichtteilsberechtigten. (Weiden 1912.)

3. Koch, Zur Entstehung der hannoverischen Familienfideikommisse. (Hannover.)

II. Rechtsprechung. 1. Allgemein. **RG.** ZBlFG. **13** 205. Der Vorbehalt bezieht sich nur auf deutsch-rechtliche Familienfideikommisse, nicht auf Eigentums- oder Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 54 GBO.

2. Preußen. a) **RG.** R. **12** 420. Bildung eines Hausschatzes. Befugnisse der Testamentsvollstrecker nach preußischem Rechte. Die Testamentsvollstrecker sind der Ansicht, der Erblasser habe durch die sich auf die Bildung eines Hausschatzes beziehende testamentarische Bestimmung zum Ausdrucke bringen wollen, daß der Hausschatz familienfideikommissarisch im Mannesstamme forterben sollte. Diese Auslegung des Testaments ist zwar zutreffend, gleichwohl ist die Klage unbegründet. Die Auslegung der Testamentsvollstrecker führt dahin, daß der Erblasser beabsichtigt habe, den Hausschatz durch seinen Sohn zum Gegenstande eines Familienfideikommisses machen zu lassen. Denn nur auf dem Wege der Errichtung eines Familienfideikommisses hätte der Hausschatz der Familie H. dauernd erhalten werden können. Bewegliche Gegenstände können jedoch nach PrALR. (§§ 48, 60, 61 II. 4) nicht zu einem selbständigen Familienfideikommisse gewidmet werden. Die Testamentsvollstrecker dürfen für sich nur das Recht der Auslegung einer streitigen Testamentsbestimmung in Anspruch nehmen, aber darüber hinaus nicht auch noch das Recht, den Vermächtnisgegenstand selbst einem von ihnen ausgewählten Berechtigten, dem Kläger, zuzusprechen. Dieses Recht läßt sich insbesondere nicht aus § 561 I. 12 ALR. ableiten. Vielmehr gebührt die Entscheidung über den vom Kläger erhobenen Anspruch dem Gerichte. b) **RG.** PosMSchr. **12** 62 f., R. **12** 355. Rechtsstellung des Kurators. Der Kurator, welcher ge-

wissermaßen ein Mitglied der mit der Aufsicht befaßten Fideikommißbehörde ist, kann mit selbständigen Aufsichts- und Einschreitungsbefugnissen kraft eigenen Rechtes stiftungsgemäß ausgestattet sein. Nach §§ 117—119 II. 4 ALR. ist der jedesmalige Fideikommißbesitzer berechtigt und verpflichtet, Prozesse über die Substanz des Fideikommisses unter Zuziehung der beiden nächsten Anwärter durchzuführen. Das Urteil ist dann für die ganze Familie und jeden künftigen Fideikommißbesitzer bindend. Diese Rechtslage schließt aber nicht aus, daß Eigentumsansprüche auch gegen andere Personen, insbesondere einen Fideikommißkurator geltend gemacht werden können. Da im vorliegenden Falle der Fideikommißbesitzer selbst das Eigentum der Klägerin anerkannt hat, war kein Anlaß gegeben, gegen ihn zu klagen (vgl. Ramdohr, Familienfideikommiß [1909] 246, 524). Der stiftungsgemäß eingesetzte Kurator kann als Vertreter der Gesamtfamilie angesehen werden und als solcher berufen erscheinen, selbständig die Interessen der Gesamtfamilie nach Maßgabe der ihm in der Stiftungsurkunde eingeräumten Rechte und auferlegten Pflichten wahrzunehmen. **c) RG.** R. **12** 269. Antrag auf Herbeiführung eines Familienschlusses. Die Beklagten können die Herbeiführung eines Familienschlusses nach Art. 2 AGBGB. nur dann verlangen, wenn eine reine Familienstiftung im Sinne des Art. 1 § 1 vorliegt. Auf gemischte Familienstiftungen bezieht sich Art. 2 aaO. nicht. Läge aber überhaupt keine Stiftung, sondern ein Familienfideikommiß vor, dann wäre das Verlangen der Beklagten unberechtigt, weil für das hier anzuwendende gemeine Recht mangels besonderer Gesetzesbestimmungen eine Änderung der Bestimmungen eines Familienfideikommisses durch Familienschluß nicht zugelassen ist (vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht § 140). Eine reine Familienstiftung im Sinne des Art. 1 § 1 AGBGB. ist nur dann gegeben, wenn die Stiftung „nach der Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien dient". Entscheidend ist danach nur, wessen Interesse die Stiftung dient, nicht, für wen durch die Stiftungsbestimmungen Rechte begründet werden. Es kann daher ganz unerörtert bleiben, ob den Gutsangehörigen Rechtsansprüche zustehen und welcher Art diese Ansprüche sind. Daß die Stiftung neben dem Wohle der Familie auch den Interessen der Gutsangehörigen zu dienen bestimmt ist, darüber läßt gerade der Inhalt der Stiftungsurkunde keinen Zweifel. **d) RG.** JW. **12** 92 f. Nr. 47, WarnE. **5** 57—59. Für die Auseinandersetzung zwischen dem Lehnsfolger und dem Allodialerben können vorhandene Meliorationen bei der Fideikommißsubstanz auf fehlende bewegliche Beilaßstücke nicht angerechnet werden (§§ 527 ff., 575 I. 18, § 211 II. 4 ALR.).

3. Bayern. a) R. **12** 647 (BayObLG.). Die älteren Fideikommisse der vormaligen Reichsritterschaft sind durch § 104 des Fideikommißedikts nicht schlechthin wiederhergestellt worden, soweit sie durch die bayerische Gesetzgebung der Jahre 1806—1811 beseitigt waren. Erloschen blieben insbesondere Geldfideikommisse der sog. Personalisten. b) BayRpflZ. **12** 336—338, SeuffBl. **12** 507—511 (BayObLG.). Der Stifter eines Familienfideikommisses kann auch noch nach der Eintragung in die Fideikommißmatrikel die Stiftung widerrufen oder ändern. Obwohl das FidEd. die Erstgeburtfolge vorschreibt, darf gleichwohl ein bestimmter Anwärter ausgeschlossen werden. c) R. **12** 606 (BayObLG.). Zuständigkeit des Fideikommißgerichts. Rechtsweg, Schuldentilgungsfonds. Der Stifter kann dem Fideikommißgerichte nicht Aufgaben zuweisen, die außerhalb der gesetzlichen Grenzen des Fideikommißedikts liegen, insbesondere ist eine weitergehende fortlaufende Überwachung des Fideikommißbesitzers unstatthaft; § 15 FidEd. schließt nicht aus, daß das Fideikommißgericht bei Streitigkeiten über Punkte, die an sich seiner Aufsicht unterstehen, vorläufige Entscheidung trifft oder einen Ausgleich anstrebt. Ob die endgültige Entscheidung im Verfahren der ZPO. oder des FGG. herbeizuführen ist, richtet sich nach der Natur des Anspruchs. Ist durch die Stiftungs-

urkunde ein Schuldentilgungsfonds angeordnet, so sind daraus (nicht aus dem Stammvermögen) die Erwerbspreise von Neueinverleibungen zu decken. **d)** BayObLG. **12** 838—842. Die Einhaltung der durch die Stiftungsbedingungen und durch das Gesetz gezogenen besonderen Schranken für die Verwendung des Fideikommißvermögens unterliegt der Aufsicht des Fideikommißgerichts; dieses hat darüber zu wachen, daß die Vorschriften beachtet werden, welche über die Veräußerung und sonstige Veränderung der Substanz des Fideikommisses und über die Aufnahme von Fideikommißschulden bestehen. Kraft seines Aufsichtsrechts kann das Fideikommißgericht in allen Fällen, in denen die fristenmäßige Zurückzahlung einer Fideikommißschuld oder die Wiederherstellung eines eingezogenen Fideikommißkapitals oder der sonst verminderten Substanz des Fideikommisses vorgeschrieben ist, den Fideikommißbesitzer anhalten, daß er sich über die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ausweist. Ob dem Fideikommißbesitzer eine Verlängerung der Rückzahlungsfristen gewährt werden kann, ist nach den Vorschriften des § 69 Abs. 3 FidEd. zu entscheiden; durch Übereinkommen mit den Anwärtern kann der festgesetzte Tilgungsplan nicht aufgehoben, noch eine andere Tilgungsrate bestimmt werden. **e)** SeuffA. **67** 23 f. Nr. 13 (München). Verzichtet der Fideikommißbesitzer auf das Fideikommiß, so entfällt der Unterhaltsanspruch dürftiger Geschwister gegen jenen (BayR.). **f)** BayObLG. **13** 411—419. Bestehen Zweifel über Anordnungen des Stifters eines Familienfideikommisses oder des Stifters einer Zustiftung zu einem solchen, die in die Fideikommißmatrikel eingetragen werden müssen, so darf das Fideikommißgericht sich nicht einfach an den Wortlaut der die Anordnungen enthaltenden Urkunden halten, sondern es muß — vorbehaltlich des Prozeßwegs — zu den Zweifeln Stellung nehmen und die Auslegung, die es für richtig hält, der Eintragung zugrunde legen.

Art. 62. *Henrychowski, Über das dingliche Wiederkaufsrecht bei Rentengütern im Zwangsversteigerungsverfahren, PosMSchr. **11** 133. Im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 3) ist „Wiederkaufsverpflichteter" im Sinne des § 5 Abs. 1 der Subhastat, während der Ersteher „Dritter" im Sinne des § 5 Abs. 2 ist. Das Wiederkaufsrecht kann daher nur dem Subhastaten (nicht dem Ersteher) gegenüber ausgeübt werden. Hierdurch kommt zwischen dem Wiederkaufsberechtigten und dem Subhastaten der „Wiederkauf" (ein obligatorischer Vertrag) zustande (§ 5 Abs. 1, Art. 29, § 497 Abs. 1 BGB.). Nicht dagegen tritt etwa infolge der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts der Berechtigte sofort als Eigentümer an die Stelle des Erstehers. Der Berechtigte ist vielmehr „Käufer" nach BGB. und steht außerhalb der ZwV. Er hat auch nicht das Meist- bzw. Bargebot an das Gericht, sondern den vertraglichen Wiederkaufspreis an den Subhastaten zu zahlen und hat gegen diesen nur einen persönlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums durch Auflassung und Eintragung im Grundbuche. Hierzu ist der Subhastat trotz des Zuschlags imstande, weil der Zuschlag dem Berechtigten gegenüber, zu dessen Gunsten das eingetragene Wiederkaufsrecht gegen Dritte (hier gegen den Ersteher) wie eine Vormerkung wirkt (§ 5 Abs. 2), mit der Ausübung des Wiederkaufsrechts unwirksam wird (§ 883 Abs. 2 BGB.) und das Eigentum des Erstehers (§ 30 ZVG.) an den Subhastaten zurückfällt. Der Ersteher hat lediglich seine Zustimmung dem Wiederkaufsberechtigten zu dessen Eintragung im Grundbuche zu erteilen (§ 888 BGB.; s. auch § 7, Art. 29). Hat der Ersteher auf das Bargebot schon eine Zahlung (z. B. durch Kaution) geleistet, so erhält er diese vom Gerichte nicht zurück, vielmehr hat der Wiederkaufsberechtigte ihn in Höhe dieser Aufwendung aus dem Wiederkaufspreise zu „entschädigen", weshalb in diesem Falle an den Subhastaten nur der Rest des Kaufpreises zu entrichten ist (§§ 7, 8). Der Ersteher wird, da er durch die Geltendmachung des Wiederkaufsrechts das Eigentum verliert, von jeder weiteren Zahlung des Bargebots frei (§ 9), so daß also auch eine Überweisung der Forderung gegen ihn an die Gläubiger nicht erfolgen kann. Hier-

nach entfallen die Hauptwirkungen des Zuschlags: 1. der Eigentumsübergang auf den Ersteher; 2. dessen Verpflichtung zur Zahlung bzw. weiteren Zahlung des Bargebots. Dies rechtfertigt den Schluß, daß der Gesetzgeber den Zuschlag in solchem Falle wohl schlechthin als wirkungslos angesehen haben will. Fällt der Zuschlag fort, so geht das Versteigerungsverfahren unter sinngemäßer Anwendung der §§ 86, 31 ZVG. weiter, wobei die Unwirksamkeit des Zuschlags dessen rechtskräftiger Versagung gleichzuachten ist.

Art. 63. I. Literatur. Tosetti, Beiträge zur Lehre von dem Erbbaurecht und von der Grunddienstbarkeit, ABürgR. 38 1 ff.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **12** 358. Erbpacht. Beschränkungen und Belastungen zugunsten des bisherigen Erbverpächters, die nicht lediglich das Wesen des Erbpachtverhältnisses betreffen, sondern solche sind, die mit dem vollen Eigentume verträglich sind, auch sonst einem vollen Eigentum auferlegt werden können, sind durch das AblösungsG. vom 2. Mai 1850 § 2 Nr. 2 und § 5 unberührt geblieben (**RG. 50** 289, StriethA. **26** 60, **46** 173).

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 798. Erbzinsrechte des früheren gemeinen Rechtes sind aufrechterhalten.

Art. 64. I. Literatur. 1. SchlHolstAnz. **12** 49—51, Entwurf eines bäuerlichen Anerbenrechts für Schleswig-Holstein, aufgestellt von dem Vorstande der Landwirtschaftskammer für Provinz Schleswig-Holstein. Der Entwurf gibt in 21 Paragraphen eine Regelung des gesamten Anerbenrechts.

2. Kähler, Der Entwurf eines Gesetzes betr. das Anerbenrecht in Schleswig-Holstein, SchlHolstAnz. **12** 113 f.

3. Niemann, Das schlesische Auenrecht (3) (Breslau 1911).

II. Rechtsprechung. 1. BraunschwZ. **12** 57 f. (Braunschweig) über die fortdauernde Geltung des bäuerlichen Mitbesitz- und Mitgenußrechts unter der Herrschaft des BGB.

2. BraunschwZ. **12** 125 f. (Braunschweig). Nicht nur zu eigentlichen Veräußerungen, sondern auch zu Belastungen eines Bauernhofs bedarf es der Zustimmung des Aufkömmlinges. Auch sie fallen unter das Veräußerungsverbot des § 4 Abs. 6 HöfeG. vom 28. März 1874.

3. ZBlFG. **12** 687, PosMSchr. **11** 178 (KG.). Die Anerbeneigenschaft erlischt nicht infolge der Zwangsversteigerung.

Art. 65. I. Literatur. 1. Allgemein. Kloeß, Die Rechtsstellung der Quelle nach deutschem und gemeinem Rechte, GruchotsBeitr. **57** 124—138. Der Verf. erörtert im einzelnen, welche rechtliche Behandlung Quelle und Grundwasser in den verschiedenen deutschen Rechten, im gemeinen Rechte, im Code civil und schließlich in dem preußischen Wassergesetzentwurf von 1911 erfahren haben.

2. Preußen. a) Holtz, Zur Neuordnung des preußischen Wasserrechts, DWirtschZ. **12** 285—292, 337—349, 377—382. Der Verf. erörtert den Entw. des preuß. Wassergesetzes, indem er insbesondere den I., II. und V. Abschnitt des Gesetzes, als diejenigen, welche — im Gegensatze zu den übrigen — zum großen Teil neues Recht enthalten, eingehend behandelt. b) Vossen, Der Gemeingebrauch am Wasser (Halle a. S. 1911). Der Verf. nimmt zu dem Entwurf eines preuß. Wassergesetzes Stellung, erörtert insbesondere die Einengung des Gemeingebrauchs an der Wasserwelle durch Privateigentümer und Staatsgewalt. c) Vossen, Einiges zum neuen Wasserrechte, PrVerwBl. **34** 7—9. „Die Kommission hat tiefeingreifende Umgestaltungen des gegenwärtigen Wasserrechts teils gutgeheißen, teils selbst in Vorschlag gebracht, ohne wesentliche Grundlagen des geltenden Wasserrechts ausreichend beachtet zu haben, und auch die Regierung hat es bisweilen wohl an der erforderlichen Aufklärung der Kommissionsmitglieder über die Wirkung der gefaßten Beschlüsse ermangeln lassen." Der Verf. weist sodann „warnend" auf einige

wichtige Prinzipien des geltenden Wasserrechts hin, insbesondere auf das Prinzip, daß die Wasserwelle nicht Objekt des Privatrechts sein könnte, auf das Prinzip des Gemeingebrauchsrechts, die Grenzen zwischen fiskalischem und landeshoheitlichem Rechte, sowie die Pflicht des Staates zur Unterhaltung und zum Ausbau der öffentlichen Ströme. d) Vossen, Populäres Wasserrecht (Beuel-Bonn a. Rh.). e) Graeffner, Bemerkungen zu dem Wassergesetzentwurfe, PrVerwBl. **34** 5—7. „Wenn man den Entwurf unter Berücksichtigung der durch die erste Lesung der Kommission bewirkten Änderungen einer rein juristischen Prüfung unterzieht, so zeigt sich doch, daß er an vielen Stellen noch der Verbesserung fähig ist." Der Verf. erörtert sodann diese Bestimmungen und ihre Verbesserungsfähigkeit im einzelnen. f) Bochalli, Die Änderungen des Genossenschaftsrechts in dem Wassergesetzentwurfe, PrVerwBl. **34** 1—4. Der Gesetzentwurf lehnt sich zwar im allgemeinen an das WasserGG. vom 1. April 1879 an, bringt aber unter Ausdehnung auf die Landesteile, in denen das letztere nicht gilt, gleichzeitig eine zeitgemäße Weiterentwickelung seiner Bestimmungen und beseitigt die in der Praxis hervorgetretenen Mängel und Lücken." Inwiefern dies alles geschieht, erörtert der Verf. im einzelnen. g) Lueder, Zwei wichtige Fragen im Wassergesetzentwurfe, DJZ. **12** 1235—1237. I. Der Verf. vermißt eine Klarstellung der Frage, wie das im Entwurfe vorgesehene Privateigentum des Staates an Wasserläufen erster Ordnung, die in ihrem Laufe auf der einen Seite preußisches Ufer, auf der andere Seite nichtpreußisches Ufer haben, geregelt werden solle. II. Der Verf. wendet sich gegen die Auffassung, daß die von den Kommissionen zugefügten Beschränkungen des § 349 Entw., „nach welchem die bestehenden Rechte, einen Wasserlauf zu benutzen, aufrechterhalten bleiben, soweit sie auf besonderen Titeln beruhen", die auf Grund der Gewerbeordnung erteilten Abwässerableitungskonzessionen beseitigen könnten. Das neue Wassergesetz könne pro praeterito die Gewerbeordnung nicht beeinflussen. h) Moll, Der Entwurf eines preußischen Wassergesetzes, JLBl. **12** 25—27. Der Verf. erörtert die im Entwurfe niedergelegten Grundsätze, indem er ihnen durchweg zustimmt. i) Korresp. d. Ält. **12** 252 f. Die Ältesten der Kaufmannschaft wenden sich in einer an die Kommission des Abgeordnetenhauses gerichteten Eingabe in einer Reihe von Punkten gegen den Entwurf des Wassergesetzes, insbesondere — u. a. — gegen das im § 7 dem Staate zugesprochene Privateigentum an Wasserläufen erster Ordnung.

3. Rheinisches Recht, Biesenß, Das Recht zur Nutzung der Wasserkraft rheinischer Flüsse, RheinA. **109** 48 ff.

II. Rechtsprechung. 1. Gemeines Recht. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1176—1181. Zur Frage der Möglichkeit des Privateigentums an einem Mühlgraben, der das Wasser aus einem öffentlichen Flusse ableitet und ihm wieder zufließen läßt, nach gemeinem Rechte.

2. Preußen. a) R. **12** 533 (PrOVG.). Begriff eines öffentlichen Flusses. Die Öffentlichkeit eines Flusses reicht soweit wie seine natürliche Schiffbarkeit. Flußstrecken, welche nur flößbar sind, sind keine öffentlichen Flüsse. Schiffbarkeit ist nur dann vorhanden, wenn ein solcher Transport von Personen oder Sachen auf dem Wasserlaufe stattfinden kann, daß dieser dadurch den Charakter und die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Wasserstraße erhält (vgl. PrOVG. **28** 285). Maßgebend ist der gewöhnliche normale Wasserstand. Soweit es sich um den Transport von Sachen handelt, muß der Wasserlauf geeignet sein, dem Frachtschiffsverkehre zu dienen. Es kommen nur solche Fahrzeuge in Betracht, mit denen nach Lage der örtlichen Verhältnisse dort überhaupt Frachtschiffahrt ausgeübt werden kann. Eine völlig unwirtschaftliche (z. B. halbe) Befrachtung genügt nicht. b) **RG.** WarnE. **12** 156 f., R. **12** 30. Von wann an kann an einem früher

öffentlichen Flusse Eigentum erworben werden? (ALR. I. 8 § 3, II. 14 § 21). Ein öffentlicher Fluß wird schon mit dem Aufheben der Öffentlichkeit eigentumsfähig, und die Öffentlichkeit erlischt nicht erst dadurch, daß das Bett vom Wasser verlassen ist, sondern schon dadurch, daß der Fluß seine natürliche Schiffbarkeit verliert (vgl. Nieberding-Frank, Wasserrecht [2] 59, StriethA. 81 73, bes. 86). Daß aber der „faule See" die Schiffbarkeit bereits eingebüßt hatte, als er auf Antrag des Beklagten zur Zwangsversteigerung gezogen wurde, ist vom Berufungsgericht einwandfrei festgestellt worden. Ob sein Wasser noch heute mit dem der schiffbaren Havel in Verbindung steht und ob ihm namentlich bei Hochwasser, sei es unmittelbar, sei es durch Rückstau vom Stößensee her, Havelwasser zufließt, ist unerheblich, da er jedenfalls nicht mehr im Zuge eines schiffbaren Havelarmes liegt (vgl. OTr. **80** 136, **RG.** GruchotsBeitr. **26** 1038); von einer bloßen Ausbuchtung (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1148) kann nach der ganzen Sachlage nicht die Rede sein. **c) RG.** NaumburgAK. **12** 1 f. Über die Ersitzung des Rechtes auf Halten einer Badeanstalt in einem öffentlichen Flusse (ALR. II. 15 § 46). **d) RG.** R. **12** 530 f. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. beruht der Genuß der Vorteile, die den Uferbesitzern daraus erwachsen, daß ihre Grundstücke an einem öffentlichen Flusse liegen, lediglich auf der gesetzlichen Bestimmung der öffentlichen Flüsse zum allgemeinen Gebrauch als Wasserverkehrsstraßen und Wasserbehälter, die Tatsache des Uferbesitzes für sich allein begründet überhaupt kein Privatrecht an dem vorüberfließenden Strome (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **26** 714, **29** 679, **38** 1045, JW. **98** 176 Nr. 60, **02** 638 Nr. 24). Der Entschädigungsanspruch findet also im § 75 Einl. z. ALR. keine Rechtfertigung. **e) RG.** R. **12** 133. Rückstau bei Privatflüssen. Wiewohl nach § 13 Nr. 1 des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 das dem Uferbesitzer nach § 1 zustehende Recht zur Benutzung des vorüberfließenden Wassers der Beschränkung unterliegt, daß kein Rückstau über die Grenzen des eigenen Grundstücks hinaus und keine Überschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden darf, so kann doch durch Ersitzung oder Vertrag das Recht auf einen solchen Rückstau begründet werden, durch den eine Überschwemmung eines Nachbargrundstücks bewirkt wird. **f) RG.** SchlHolstAnz. **12** 204—207. Durch das sog. KanalG. vom 1. April 1905 wird der Rechtsweg nur für solche Entschädigungsansprüche ausgeschlossen, die erst in diesem Gesetz ihre Grundlage erhalten, nicht aber für solche, die schon nach geltendem Rechte zu gewähren sind. **g) RG.** R. **12** 502. Zu §§ 13, 14 KanalG. vom 1. April 1905. Auch im Falle des § 14 findet das verwaltungsbehördliche Verfahren des § 13 statt mit Beschwerde an den Minister der öffentlichen Arbeiten, mit der Berufung auf den Rechtsweg, sei es gegen den Beschluß des Bezirksausschusses, sei es gegen die Entscheidung des Ministers, dagegen nur, soweit es sich um die Höhe der Entschädigung handelt. **h) RG.** GruchotsBeitr. **56** 1126—1131, WarnE. **12** 178—180. Der Kläger erachtet den Beklagten ihm gegenüber nicht für befugt, die Anlagen zur Abwehr von Überschwemmungen durch das aus den Ufern der Wipper tretende Hochwasser herzustellen, und sich für berechtigt, die Beseitigung der Anlagen zu verlangen, weil die Gefahr bestehe, daß im Falle einer Hochwasserflut das infolge der Anlagen nicht mehr aus den Ufern tretende Wasser gegen das Mühlenwehr und in den Mühlengraben gedrängt werde und infolgedessen eine Durchbrechung des Mühlenwehrs nnd eine Beschädigung seines Mühlengrundstücks eintrete. Mithin gehört die Frage, ob der Kläger zur Verbietung der angeblich den Wasserlauf ändernden und dadurch sein Eigentum gefährdenden Anlagen des Beklagten berechtigt ist, dem Gebiete des Wasserechts an, es sind daher für die Entscheidung dieser Frage gemäß Artt. 65, 66 EGBGB. die das Wasserrecht betreffenden landesgesetzlichen Bestimmungen maßgebend (**RG. 64** 252). **i) RG.** JW. **12** 31 f. Nr. 15. Die in die Mühlenfließe gelangenden Stoffe sind die mit den abgeschwemmten

Schlammassen durchsetzten Regenwasser. Solche Zuführungen mögen sich in ähnlicher Weise wie die im § 906 BGB. behandelten Einwirkungen schädlich erweisen können, die rechtliche Beurteilung ihrer Zulässigkeit aber bestimmt sich (Gruchots Beitr. **48** 938) nach den wasserrechtlichen Vorschriften in Verbindung mit der Vorschrift des § 1004 BGB. **k)** **RG.** R. **12** 322. Der Anspruch auf Erstattung von Kosten, die für die Unterhaltung eines öffentlichen Flusses aufgewendet sind, ist dem Rechtswege an sich nicht entzogen, aber die Entscheidung über die Notwendigkeit der Räumungsarbeiten ist gesetzlich dem freien Ermessen der zuständigen Verwaltungsbehörde, nämlich des Regierungspräsidenten, überlassen, so daß der ordentliche Richter, wenn es an einer solchen Entscheidung fehlt, nicht in der Lage ist, die Notwendigkeit der Arbeiten im Prozesse festzustellen (**RG. 53** 126, JW. **99** 459 Nr. 83, GruchotsBeitr. **43** 1201). **l)** BreslauAK. **12** 25 f. (Breslau). Die beklagte Stadtgemeinde hat auf ihrem Grundstücke Brunnen zur Speisung des städtischen Wasserwerkes angelegt. Dadurch sollen auf dem angrenzenden Grundstück infolge Senkung des Grundwasserspiegels Nachteile hervorgetreten sein. Der Kläger fordert dafür Schadensersatz. Auf § 130 I. 8 ALR. könnte sich die Beklagte nur berufen, wenn diese Bestimmung als wasserrechtliche gemäß Art. 65 EGBGB. aufrechterhalten geblieben wäre. Dem Kläger ist zugegeben, daß Art. 89 AGBGB. hierfür nicht von entscheidender Bedeutung ist. Die Fortgeltung ist nicht unzweifelhaft; das RG. (JW. **10** Nr. 74) und die Begründung des Entwurfes eines Wassergesetzes (Drucks. des AbgH., 21. Legisl. V. Session 1912, 754) scheinen sie zu bejahen. Es war indessen nicht erforderlich, zu dieser Frage abschließend Stellung zu nehmen. Die eigentliche Bedeutung des § 130 I. 8 ALR. beruht auf seiner Beziehung zu den Nachbarvorschriften §§ 129, 131, 132, daß Brunnen des Nachbars durch Anlagen nicht verunreinigt oder unbrauchbar gemacht werden dürfen, neue Brunnen drei Werkschuh von der Grenze des Nachbargrundstücks anzulegen seien, und unter diesem nicht gegraben werden dürfe. Um Zweifeln vorzubeugen, wird hervorgehoben, daß, abgesehen von diesen Ausnahmen, es bei der schon im § 26 I. 8 ALR. ausgesprochenen Freiheit im Gebrauche des Eigentums verbleibt. Selbst will der § 130 I. 8 ALR. eine nicht schon im § 26 enthaltene weitere Einschränkung nicht vorschreiben; insbesondere ist aus ihm nicht zu entnehmen, daß das Wasser nur entzogen werden dürfe, falls der Brunnen für Zwecke des Grundstücks, auf dem er angelegt, bestimmt sei, (**RG. 16** 230, **26** 226, **35** 172). Da sich die in ihm umschriebenen Rechte schon aus §§ 1, 13, 26 I. 8 ALR. ergeben und der hieraus ersichtliche Eigentumsbegriff kein anderer ist als der von dem BGB. vorausgesetzte, erscheint es entbehrlich, den § 130 für diese Entscheidung heranzuziehen. **m)** **RG. 79** 64—69, JW. **12** 651 Nr. 27. Können gegen den preußischen Fiskus von den Anliegern des Oderstromes Ersatzansprüche wegen solcher Nachteile erhoben werden, die ihren Grundstücken durch die nach dem G. vom 6. Juni 1888 (betr. die Verbesserung der Oder usw.) angeordnete Aufstauung des Flusses erwachsen sind? Nein. Denn die §§ 70, 75 Einl. zum ALR. finden in dem Falle keine Anwendung, wenn das Privateigentum einzelner Mitglieder des Staates durch eine Maßregel der Gesetzgebung benachteiligt wird oder verloren geht und in dem diesen Eingriff verursachenden Gesetze vom Staate eine Entschädigung nicht zugesagt ist.

3. Bayern. **a)** R. **12** 296 (BayVGH.). Zwangsbeiziehungen zu öffentlichen Wassergenossenschaften (Art. 110 Ziff. 8, Art. III Ziff. 2, Art. 112 Abs. 1, 2, Artt. 150, 151 WasserG. vom 23. März 1907). Die zwangsweise Beiziehung von Anwesen zu einer öffentlichen Wasserleitungsgenossenschaft setzt voraus, daß a) beim Genossenschaftsunternehmen ein Interesse des Gemeinwohls oder doch ein gemeinwirtschaftlicher Nutzen obwaltet; b) das Unternehmen in wirtschaftlicher oder technisch zweckmäßiger Weise nur durch Ausdehnung auf die

Grundstücke der Widersprechenden ausgeführt werden kann und der voraussichtliche Nutzen des Unternehmens den zu erwartenden Schaden überwiegt; c) das einzelne beizuziehende Grundstück an der nutzbringenden Wirkung des Unternehmens teilnimmt; d) endlich mehr als die Hälfte der Beteiligten sich für das Unternehmen erklärt haben und den Zustimmenden voraussichtlich der größere Teil des durch das Unternehmen zu erzielenden Nutzens zufließt. **b**) BayObLG. **13** 334—353. Die Vorschrift des Art. 40 WasserbenutzungsG. vom 28. Mai 1852 schließt die Erwerbung des Eigentums an einem Privatfluß im Wege der Ersitzung nicht aus. Zum Nachweise der Ersitzung des Eigentums an einem Privatflusse muß zwar der Erwerber, um gegenüber den beklagten Ufereigentümern durchzudringen, Ersitzungshandlungen gegen die einzelnen Beklagten oder ihre Rechtsvorgänger nachweisen, aber es bedarf dazu nicht des Nachweises von Ersitzungshandlungen gerade jedem einzelnen Ufereigentümer gegenüber, sondern es können auch Ersitzungshandlungen an anderen Stellen des Flusses in Verbindung mit den auf den Fluß im ganzen sich erstreckenden Tatsachen für den Beweis genügen, jedenfalls aber dann hinreichen, wenn diese einzelnen Ersitzungshandlungen nicht etwa nur an einer zusammenhängenden, engbegrenzten Stelle, sondern an verschiedenen, örtlich voneinander getrennten Stellen des Flusses vorgenommen wurden.

4. S a c h s e n. a) SächsOVG. **17** 289—293. Die Staatsverwaltung als solche fällt weder unter den Begriff eines Unternehmens, noch unter den des Betriebs eines Unternehmens im Sinne des § 40 SächsWasserG. vom 12. März 1909. **b**) Sächs. OVG. **7** 18—24. Zu § 1 Abs. 2 Ziff. 1 und § 40 Abs. 1 Ziff. 1 a SächsWasserG. vom 12. März 1909. Die Gemeinden genießen für ihre zur Wasserversorgung hergestellten Anlagen keinen Schutz gegen Entziehung des Grundwassers, wenn diese lediglich die Folge von Grabungen ist, die auf einem Nachbargrundstücke vorgenommen wurden. **c**) SächsOVG. **7** 6—18. Über den Begriff des Ursprungsgrundstücks im Sinne des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 SächsWasserG. vom 12. März 1909. Unterscheidung zwischen Eigentumsgewässern und Aufsichtsgewässern. Unmittelbar aneinandergrenzende Staatsforstreviere bilden ein im natürlichen Zusammenhange mit dem Ursprungsgrundstücke stehendes Besitztum im Sinne des angeführten § 1 Abs. 2 Ziff. 2. Beschränkungen ergeben sich allein daraus, daß nur die Quellen und Abflüsse von den Quellen fließender Gewässer, solange sie das Ursprungsgrundstück noch nicht dauernd verlassen haben, der Ausnahmevorschrift im § 1 Abs. 2 WasserG. unterstehen. **d**) Sächs. OVG. **7** 293—295. Zu §§ 75 und 155 Abs. 6 SächsWasserG. vom 12. März 1909. Zuständigkeit der Kreishauptmannschaften in denjenigen Fällen, wo in einer nach dem WasserG. zu treffenden Entscheidung Rechte oder Interessen einer Stadt mit revidierter Städteordnung berührt werden, als Verwaltungsbehörden e r st e r I n st a n z einzutreten (s. auch A r t t. 66, 105).

Art. 66. RG. R. **12** 269. S c h a d e n d u r c h A n l e g u n g e i n e s D a m m e s. Beim Abbau eines Sicherheitspfeilers hob die Beklagte die Wasser aus einem hergerichteten Unterwerksbau auf den Querschlag und ließ sie dann der Wasserhaltung zufließen. Im Jahre 1906 schloß die Beklagte den Querschlag durch einen Damm ab, und nun stauten sich die Wasser zunächst und drangen dann in die Grube der Klägerin ein. Die Schadensersatzklage ist abgewiesen aus folgenden Gründen: Die Zeche habe mit der Anlage des Dammes innerhalb der ihr aus § 54 Allg. BergG. zustehenden Befugnisse und daher nicht rechtswidrig gehandelt, dies auch dann nicht, wenn sie die aus der Anlage des Dammes für die Nachbarzeche erwachsene Gefahr erkannt habe oder habe erkennen müssen. Eine Ersatzpflicht für Schäden vorliegender Art, die die eine Zeche durch den Betrieb einer anderen Zeche erleide, könne nicht aus den Vorschriften im § 102 I. 8 ALR., § 148 Allg. BergG. und §§ 905 ff. BGB. hergeleitet werden. Das Gesetz beschränke gegenüber solchen Gefahren den Unternehmer auf die tatsächliche Abwehr und auf den Schutz, den ihm die mit poli-

zeilichen Befugnissen ausgestattete Bergbehörde gewähren könne und müsse. Der Damm stelle eine bergbauliche Anlage dar, die, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch durch tatsächliche Duldung stillschweigend die Genehmigung der Bergbehörde gefunden hatte (s. auch Art. 65).

Artt. 67, 68. I. Literatur. Ehwald, Zur Lehre vom Mißbrauche der Gewerkschaftsform, unter besonderer Berücksichtigung des Koburg-Gothaischen Berggesetzes vom 23. Oktober 1899, ThürBl. **39** 161—208. Der Verf. geht von der Gründung zahlreicher Gewerkschaften aus, die unter dem Schutze des obigen Gesetzes ins Leben traten, ohne sich mit einem Bergbetrieb oder auch nur — wenigstens zur Zeit — mit einem ernsthaften Gewerbebetriebe befassen zu wollen. Er erörtert sodann die wirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Natur der Gewerkschaft, ihre rechtsgeschichtliche Entwickelung, die Unterschiede des preußischen und des koburg-gothaischen Rechtes bezüglich der Entstehung der Gewerkschaft und bezüglich des Wesens der bergbehördlichen Bestätigung bzw. Genehmigung, die Gründe ihrer Versagung usw. und schließt mit der Erörterung der Frage der rechtlichen Behandlung des Gewerkschaftsmißbrauchs nach dem oben erwähnten koburg-gothaischen Berggesetze.

II. Rechtsprechung. 1. Preußen. a) **RG.** JW. **12** 93 Nr. 48. § 1 AllgBergG. verb. mit § 15 der Novelle vom 18. Juni 1907. Salze und Solquellen als Gegenstand des Bergwerkseigentums. **b)** **RG.** WarnE. **12** 205 f. Über Grundstücksschaden im Sinne des § 148 PrBergG. **c)** **RG.** R. **12** 502. Zu § 148 BergG. Der Bergwerksbesitzer ist nur zum Ersatze des sog. Grundstücksschadens im Gegensatze zum allgemeinen Vermögensschaden verpflichtet. Ein Ziegeleibesitzer erleidet einen Grundstücksschaden auch dann, wenn gerade unter Benutzung seines Grundstücks oder seiner Anlagen auch der in den Nachbargrundstücken anstehende Lehm verarbeitet wird. Trifft dies zu und ist nach den Umständen mit ausreichender Sicherheit darauf zu rechnen, daß dem Ziegeleibesitzer auch die Nachbargrundstücke zum Ausziegeln zur Verfügung stehen werden, so liegt in diesen Verhältnissen ein im Verkehre den Wert der Ziegelei erhöhender Umstand, und der Ziegeleibesitzer erleidet an seinem Grundstückswert eine Einbuße, wenn ihm mit der Beschädigung des eigenen Grundstücks zugleich die Möglichkeit zur Ausbeutung der fremden Grundstücke entzogen wird. **d)** **RG.** R. **12** 323. Zu § 151 BergG. Verjährung des Schadens. Mit Recht geht das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Verjährungseinrede davon aus, daß der Beklagte damit gegenüber der am 25. Mai 1906 erhobenen Klage nicht durchdringen könne, wenn er nicht beweist, daß der Schaden, für den Entschädigung beansprucht wird, also der Verlust der Baulandeigenschaft, schon vor dem 25. Mai 1903 eingetreten ist. Unter dem Eintritte des Schadens ist zu verstehen der Eintritt der „objektiven Sachlage", aus der sich die nachteilige Einwirkung des Bergbaues auf den Grund und Boden, hier der Verlust der Baulandeigenschaft, ergibt. Dabei kann zugegeben werden, daß der Grundbesitz der Kläger schon mit Rücksicht auf die in den Jahren 1900 bis 1903 am Wohnhaus entstandenen Risse und Schäden eine „Herabsetzung seiner Verkäuflichkeit und Beleihbarkeit" und eine „Herabminderung seines Wertes" erfahren hat. Dies ist aber nicht der Schaden, für den die Kläger jetzt Entschädigung verlangen. Einzig auf die Tatsachen, daß am Wohnhause der Kläger seit dem Jahre 1900 mehrfach Risse auftraten und daß auch unter den nichtbebauten Grundstücksteilen der Bergbau fortgesetzt wurde, kann nicht die Annahme gegründet werden, diese Grundstücksteile seien ebenfalls in Mitleidenschaft gezogen, und zwar derart, daß sie eine Bebauung nicht mehr zuließen.

2. Bayern. a) R. **12** 606 (BayVGH.). Voraussetzungen für die Annahme der Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Art. 227 Abs. 1 Ziff. 5 BayBergG. vom 13. August 1910. Unter Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Art. 227 Abs. 1 Ziff. 5 BergG. ist nicht nur die Unfähigkeit zur Grubenarbeit, sondern auch die Unfähigkeit zu Arbeiten über

Tag zu verstehen, so daß derjenige, welcher zu Tagearbeit noch fähig erscheint, keinen Anspruch hat, als arbeitsunfähig erachtet zu werden und die Knappschaftspension gewährt zu erhalten, oder die bereits gewährte Knappschaftspension fortzubeziehen. Die Arbeitsunfähigkeit als Voraussetzung für den Anspruch auf Knappschaftspension ist ebenso zu verstehen, wie die Erwerbsunfähigkeit im Sinne des § 5 Abs. 4 mit § 15 Abs. 2 InvVG. b) R. **12** 327 (BayVGH.). Die Gewährung der „einmaligen Vergütung" gemäß Art. 228 Abs. 4 BayBergG. vom 18. August 1910 ist lediglich dem Ermessen des Knappschaftsvorstandes anheimgegeben. Im Falle der Beschwerde hat hierüber das Königl. Oberbergamt gleichfalls nach seinem Ermessen zu entscheiden. Eine letztinstanzliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs ist für diesen Fall ausgeschlossen.

3. Sachsen. SächsOVG. **7** 321—329. Die §§ 16 und 123 Abs. 1 BergGNov. vom 12. Februar 1909 (= §§ 110 und 222 Abs. 1 AllgBergG. in der Fassung vom 31. August 1910) finden keine Anwendung, wenn die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht auf mindestens vier Wochen festgesetzt ist, oder wenn es nur der gesetzlichen 14 tägigen oder einer kürzeren oder auch keiner Kündigung unterliegt. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 110 des obigen G. liegt, insoweit Krankheiten oder körperliche Gebrechen in Frage kommen, nur bei plötzlichem und unvermutetem Auftreten solcher vor, nicht aber dann, wenn es sich um allmählich sich verschlimmernde Dauerzustände handelt.

Art. 69. A. Jagd. I. Literatur. 1. Ebner, Die Rechtsprechung und Literatur zum preußischen Jagdrecht aus den Jahren 1910 und 1911, VerwA. **12** 357—418. A. Allgemeines. I. Begriff und Natur des Jagdrechts. II. Herrenlosigkeit und Aneignung. III. Der Jagdpachtvertrag. IV. Schutz der Jagdberechtigung. V. Die wilden Kaninchen. VI. Begriff Treibjagd. VII. Forst- und Jagdordnungen, PrALR. und PrJagdpolizeiG. VIII. Versicherungspflicht im Jagdbetriebe. IX. Das Töten wildernder Hunde und Katzen. X. Erörterungen und Vorschläge zur Weiterbildung des Jagdrechts. B. Die JagdO. vom 15. Juli 1907. I. Allgemeines. a) Kommentare und Bearbeitungen; b) Abhandlungen. II. Die JagdO. vom 15. Juli 1907. I. Abschn.: Umfang des Jagdrechts. II. Abschn.: Jagdbezirke. III. Abschn.: Jagdscheine. IV. Abschn.: Schonvorschriften. V. Abschn.: Wildschadensersatz. VI. Abschn.: Wildschadenverhütung. VII. Abschn.: Behörden. VIII. Abschn.: Strafvorschriften. IX. Abschn.: Übergangs- und Schlußbestimmungen.

2. v. Schobe, Zum hannoverischen Jagdrechte, R. **12** 125 f. Der Verf. wendet sich gegen die Rechtsprechung des OVG. nach der Teile eines Feldmarksjagdbezirkes sowohl durch öffentliche, wie auch durch Privatwege der Länge nach verbunden werden, eine Frage, die für die Feststellung der zur Bildung eines selbständigen Jagdbezirkes notwendigen Mindestgröße von 300 Morgen verbundener Grundfläche von wesentlicher Bedeutung ist. Nach Auffassung des Verf. führt diese Rechtsprechung zu einer Durchbrechung des Grundsatzes, daß auf jenen kleinen Flächen, die innerhalb eines anderen Jagdbezirkes liegen, die Jagd nicht ausgeübt werden darf.

3. Roemer, Die Verpachtung der Gemeindejagd nach dem württembergischen Jagdgesetze (Stuttgart).

II. Rechtsprechung. 1. Preußen. a) R. **12** 503 (KG.). Treibjagden an Sonn- und Feiertagen. Nach der Polizeiverordnung des Oberpräsidenten der Provinz Sachsen vom 28. Februar 1896 sind zulässigerweise an Sonn- und Feiertagen Hetz- und Treibjagden unbedingt verboten. Eine Treibjagd liegt auch dann vor, wenn Schützen und Treiber in einer Linie vorgehen und so das Wild aufscheuchen. Es ist nicht erforderlich, daß die Treiber den Schützen das Wild zutreiben, erstere sich also auf der einen Seite und die letzteren auf der entgegengesetzten Seite befinden. b) RheinA. **109** 301—305 (Cöln). Der einzelne Jagdgenosse hat kein recht-

liches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Nichtigkeit eines vom Jagdvorsteher abgeschlossenen Jagdpachtvertrags. Der einzelne Jagdgenosse hat keinerlei Anteil an der Verwaltung der Angelegenheiten der Jagdgenossenschaft noch irgendeinen Rechtsbehelf, den Jagdvorsteher zu einer Verwaltungshandlung zu zwingen (PrJagdO. vom 25. Juli 1907). **c)** R. **12** 171 (KG.). Zu §§ 21 ff. Verpachtung einer Gemeindejagd. Ausschluß vom Mitbieten. Wird bei der öffentlichen Verpachtung einer Gemeindejagd ein Bieter mit seinem Gebot auf Grund der Pachtbedingungen zurückgewiesen, weil er z. B. einen Jagdfrevel begangen habe, so kann er, auch wenn der Ausschließungsgrund tatsächlich nicht zutrifft, gleichwohl nicht vor den ordentlichen Gerichten gegen die Jagdgenossenschaft eine Feststellungsklage auf Anerkennung der Nichtigkeit des mit dem Meistbietenden abgeschlossenen Jagdpachtvertrags erheben. Ein selbständiges Anfechtungsrecht ist dem ausgeschlossenen Bieter nicht gegeben. Der Bieter kann nur bei der Jagdaufsichtsbehörde (Landrat) vorstellig werden und anregen, ob diese nicht veranlassen will, daß der Jagdvorsteher im Verwaltungsstreitverfahren die Nichtigkeitsklage gegen den Jagdpächter erhebt, weil infolge des unrichtigen Ausschlusses des Bieters der Charakter der Öffentlichkeit der Verpachtung nicht innegehalten ist. Zu diesem Antrage bei der Jagdaufsichtsbehörde bedarf der Bieter aber eines gerichtlichen Urteils nicht; es fehlt ein Rechtsschutzinteresse für ihn.

2. Bayern. **a)** R. **12** 504 (BayVGH.). Voraussetzungen für die Annahme der Lage des Jagdrechts im Hochgebirge (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 3 G. betr. die Jagdausübung vom 30. März 1850). Als Hochgebirge haben nur die Alpenzüge im südlichen Bayern zu gelten, und zwar nur die höheren Gebirgslagen mit in wirtschaftlicher und jagdrechtlicher Hinsicht geringer Ausbeutungsfähigkeit. Die kulturfähigen Mittelgebirge und Vorberge können nicht als Hochgebirge angesehen werden. Diese sind vielmehr zum „Flachlande" zu rechnen. Mit diesem Grundsatze ist es wohl vereinbar, daß Flächen, welche Bestandteile eines Hochgebirgsstocks bilden, auch wenn sie teilweise kulturfähig sind, den Charakter des Gebirgsstocks teilen und nach dem Gesamtcharakter der Bodenerhebung und nach ihrem Zusammenhange mit dem Hochgebirge beurteilt und behandelt werden. **b)** R. **12** 296 (BayVGH.). Ausübung der Eigenjagd neben der gepachteten Gemeindejagd (Art. 23 JagdausübungsG. vom 30. März 1850). Die Ausübung eines neu zur Entstehung gelangten Jagdrechts auf einer Enklave wird, soweit das öffentliche Jagdausübungsrecht des Grundbesitzers in Frage kommt, durch einen kollidierenden gemeindlichen Jagdpachtvertrag nicht gehindert. Mit der Frage aber, ob das Recht des Pächters der Gemeindejagd sofort, d. i. noch vor Ablauf des Jagdpachtvertrags dem von dem Grundeigentümer erworbenen bzw. im verwaltungsrechtlichen Verfahren erstrittenen Rechte auf Ausübung der Eigenjagd zu weichen habe, haben sich im Streitfalle nicht die Verwaltungsbehörden, sondern die bürgerlichen Gerichte zu befassen. **c)** R. **12** 70 (BayVGH.). Eigenjagd des Grundbesitzers; Jagd im Hochgebirge (Artt. 2, 4 JagdausübungsG. vom 30. März 1850). Nach den Grundsätzen des JagdausübungsG. vom 30. März 1850 kommt in erster Linie das Jagdausübungsrecht des Grundeigentümers auf eigenem (Art. 2) oder fremdem (Art. 3) Grundbesitz in Betracht; erst wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür fehlen, tritt nach Art. 4 das Jagdrecht der Gemeinde ein. Was als Hochgebirge und was als Flachland anzusehen ist (Art. 2 Ziff. 3), darüber ist im Gesetze selbst ein Aufschluß nicht gegeben. Insbesondere hat das Gesetz davon Umgang genommen, ein bestimmtes Höhenmaß als Grenze festzusetzen. Hiernach muß die Frage, ob ein Grundkomplex des bayerischen Alpengebiets im Hochgebirge oder im Flachlande gelegen ist, stets nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt und entschieden werden. **d)** BayRpflZ. **12** 242, R. **12** 327 (BayObLG.). Begriff der Treibjagd im Sinne des § 12 VO. vom

6. Juni 1909, die Ausübung und Behandlung der Jagd und den Verkehr mit Wildpret betr. (GBl. 5 409). Unter Treibjagd im Sinne der VO. wie der früheren bayerischen Vorschriften ist diejenige Art der Ausübung zu verstehen, bei der eine größere Anzahl von Personen — Schützen und Treibern — sich beteiligen und bei der schon durch die Zahl der letzteren und die Art ihrer Tätigkeit das in den abzujagenden Bezirken vorhandene Wild den Jägern zugetrieben wird und so in größerer Menge erlegt werden kann. Es ist hiernach nicht jedes Jagen, bei dem ein Treiben des Wildes in irgendeiner Weise und auch bei Beteiligung nur eines Schützen und eines Treibers stattfindet, eine Treibjagd im Sinne des § 12 und deshalb in den Monaten April bis Juni verboten. Auch ist niemals die sog. Suchjagd oder das Buschieren (wobei der Jäger oder eine Mehrzahl von Jägern den Jagdbezirk durchgeht und das vor ihnen rege werdende Wild zu erlegen sucht) als Treibjagd anzusehen, weil es hier an dem für eine solche wesentlichsten Erfordernisse fehlt, daß das Wild durch die Tätigkeit anderer (Treiber) gezwungen werden soll, die Richtung auf die Jäger zu nehmen. Fällt danach die Suchjagd auch bei der Beteiligung einer großen Anzahl von Schützen und bei Verwendung von Hunden nicht unter den Begriff der Treibjagd, so ist ihre Vornahme während der Monate April bis Juni nicht durch das Verbot des § 12 VO. getroffen. **e)** R. **12** 327 (BayVGH.). Verweigerung der Jagdkarte. Die Versagung einer Jagdkarte auf Grund des Art. 19 Ziff. 4 JagdausübungsG. vom 30. März 1850 (auf Grund Verurteilung wegen Verletzung der persönlichen Sicherheit durch Selbsthilfe oder Störung des häuslichen Friedens) kann nur dann erfolgen, wenn der der Verurteilung zugrundeliegende Tatbestand zugleich auch die Tatbestandsmerkmale der Artt. 421—423 Teil I StGB. von 1813 in sich schließt und sonach unter der Herrschaft jenes Gesetzes eine Verurteilung des Beschuldigten wegen des einen oder anderen unter Artt. 421—423 aaO. fallenden Reates hätte erfolgen müssen. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist von der Verwaltungsbehörde oder im Streitfalle von dem Verwaltungsrichter zu prüfen.

3. Sachsen. a) SächsOVG. **7** 347—349. Jagdverpachtung durch schriftliche Abstimmung ist jedenfalls dann ungültig, wenn die erforderliche Vorlegung des Umlaufschreibens an sämtliche Jagdgenossen noch nicht einmal zu dem Zeitpunkte stattgefunden hat, zu dem bei der Verwaltungsbehörde Anträge zweier streitender Teile, des einen auf Genehmigung, des anderen auf Ungültigkeitserklärung eingegangen sind. **b)** SächsOVG. **7** 50—56. Gesichtspunkte für Handhabung des JagdG. vom 1. Dezember 1864. Nicht selbständig begehbare Grundstücke darf die Behörde von der Verwendung zur Neubildung oder Erweiterung genossenschaftlicher Jagdbezirke nur ausnehmen, wenn sie als Enklaven behandelt werden oder bleibend und vollständig eingefriedigt sind. Begriff der Enklave und der für die Bezirksbildung erforderlichen zusammenhängenden Flächen. Bedeutung jagdpolizeilicher Interessen für die Bezirksbildung. Möglichkeiten zu sonstiger Geltendmachung dieser Interessen. **c)** SächsOVG. **7** 243—251. Zu Abs. 3 § 7 SächsJagdG. vom 1. Dezember 1864. Bei der Entschließung über einen Antrag der Gemeinde- oder Flurgenossen auf Bildung eines eigenen Jagdbezirkes von 150—300 Acker Größe haben die allgemeinen und überall vorhandenen Bedenken gegen kleine Jagdgebiete auszuscheiden. **d)** SächsOVG. **7** 344—347. Zu § 7 Abs. 4 SächsJagdG. vom 1. Dezember 1864. Umbezirkungsanträge sind nur zu genehmigen, wenn dem Interesse des Antragstellers weder ein überwiegendes Interesse der Jagdgenossenschaft, noch ein erhebliches öffentliches Interesse entgegensteht.

4. Elsaß-Lothringen. a) ElsLothJZ. **12** 77 f. (Colmar). Die im § 14 Abs. 1 JagdpolizeiG. vom 7. Mai 1883 auferlegte Verpflichtung zur Nachzahlung der Gebühr für Ausstellung des Jagdscheins hat nicht den Charakter einer Nebenstrafe. Hat der nach Nr. 1 des § 14 Bestrafte die Gebühr bezahlt, so darf sie ihm nicht

auf Grund des Abs. 2 nochmals abgefordert werden. **b)** ElsLothJZ. **12** 74—77 (Colmar). Die Verpflichtung zur Entrichtung der Jagdscheinsgebühr, die nach § 14 Abs. 2 JagdpolizeiG. vom 7. Mai 1883 dem wegen Jagdausübung ohne Jagdschein Verurteilten aufzuerlegen ist, stellt keine Nebenstrafe, sondern eine zivilrechtliche Verbindlichkeit dar.

B. Fischerei. I. Literatur. 1. Friederichs, Der Fischereipachtvertrag (Neudamm 1911).

2. Bleyer, Bayerisches Fischereigesetz (2) (München 1912).

II. Rechtsprechung. 1. Gemeines Recht. a) ThürBl. **59** 132—136 (Jena). Die Ersitzung einer Fischereiberechtigung erfordert dem Domänenfiskus gegenüber vor 1900 40 jährige Dauer. Die tatsächliche Ausübung nach 1899 kann aber keinen Erwerb durch Ersitzung oder Unvordenklichkeit mehr begründen. Denn das BGB. kennt die „Unvordenklichkeit" nicht mehr als Ersatz für den Nachweis eines gültigen Rechtserwerbes. Das Recht der Fischerei ist zwar dem Landesrechte vorbehalten geblieben. Indessen bildete das Institut der Unvordenklichkeit nicht einen eigentlichen Bestandteil dieser Sondermaterie im meiningenschen Rechte. Die Unvordenklichkeit bildete vielmehr eine Einrichtung der vormaligen allgemeinen Zivilrechtsordnung. Es liegt also höchstens eine sog. echte Verweisung im Sinne des Art. 4 EGBGB. vor; das jetzige allgemeine Zivilrecht ist insoweit auch für das Fischereirecht an die Stelle des früheren Zivilrechts getreten, es kennt aber keine Unvordenklichkeit mehr. Ebenso steht es mit der „Ersitzung". Die Fischereiberechtigung ist nach gemeinem Rechte — auch für das Meininger Gebiet — ein Gegenstand unbeweglichen Vermögens. Das neue bürgerliche Recht schließt aber die Ersitzung bei Immobilien grundsätzlich aus. **b)** SeuffA. **67** 270—272 Nr. 154 (Cassel). Ein regales Fischereirecht kann nicht als Belastung fremder Grundstücke im Grundbuch eingetragen werden.

2. Preußen. a) **RG.** R. **12** 209 f. Fischereiberechtigungen von Privatpersonen an öffentlichen Gewässern. Störungen der Schiffahrt durch Fischereivorrichtungen (Wehre). Befugnisse des Staates. Entschädigungspflicht. Daß nach dem gemäß Art. 69 EGBGB. maßgebenden preußischen Rechte Privatpersonen Fischereigerechtigkeiten an öffentlichen Gewässern zustehen können, folgt aus § 73 II. 15 ALR., wonach der Fischfang in solchen Gewässern zu den Regalien des Staates gehört, in Verb. mit § 26 II. 14, §§ 74 ff. II. 15 ALR., wonach die einzelnen Nutzungsrechte des Staates oder niedere Regalien, insbesondere auch die Fischereinutzung, von Privatpersonen erworben und besessen werden können (vgl. **RG.** JW. **97** 491 Nr. 100, **98** 186 Nr. 83, **00** 479 Nr. 32, **10** 825 Nr. 49, GruchotsBeitr. **29** 947, **31** 882, **34** 1054). Der § 16 Königl. VO. für die Provinz Brandenburg vom 8. August 1887, betr. Ausführung des FischereiG. vom 30. Mai 1874 verbietet zwar die Fischerei in öffentlichen Gewässern, insbesondere durch feste Fischereivorrichtungen so zu betreiben, daß die freie Fahrt der Schiffer behindert wird. Der Zusammenhang mit § 13 VO. und den §§ 5, 20 u. 22 Nr. 5 FischereiG. ergibt jedoch, daß durch § 16 die Ausübung der Fischerei in öffentlichen Gewässern durch Benutzung von festen Fischereivorrichtungen, vorliegend von Fischwehren, zu deren Halten der Inhaber auf Grund einer schon vor Inkrafttreten des Fischereigesetzes bestandenen Fischereigerechtigkeit befugt ist, einer Einschränkung nicht unterworfen worden ist, wenn die Vorrichtungen in dem früheren Zustande gehalten und benutzt werden. Wenn allerdings der Staat im Interesse der Schiffahrt, dessen Wahrung ihm nach § 79 II. 15 ALR. obliegt, Anordnungen erlassen oder Veranstaltungen getroffen hätte, die auf Einschränkung oder Beseitigung des Rechtes des Klägers zum Halten der Fischwehre gerichtet wären, müßte dies der Kläger hinnehmen, weil die Fischerei in öffentlichen Flüssen als regales Nutzungsrecht ihre natürliche Beschränkung darin findet, daß der Fluß der

Schiffahrt gewidmet ist. Derartige Maßnahmen sind aber vorliegend vom Staate nicht getroffen. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG., die sich auf § 75 Einl., §§ 71, 72 II. 15 ALR. und § 5 FischereiG. gründet, ist der Staat, wenn die in einem öffentlichen Flusse zur Fischerei Berechtigten durch Maßnahmen, die im Interesse der Schiffahrt vorgenommen werden, an ihrer Fischerei Schaden erleiden, zur Entschädigung verpflichtet (**RG.** JW. **97** 491 Nr. 100, **98** 186 Nr. 83, **00** 479 Nr. 32, GruchotsBeitr. **29** 947, **31** 882, **34** 1053). Der Kläger ist also den Beschädigungen seiner Fischwehre durch die Transportkähne, die der Beklagte zwischen den Wehren hindurchfahren läßt, entgegenzutreten berechtigt. b) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1112 bis 1115, R. **12** 419 f. Eingriffe des Staates aus strompolizeilichen Gründen in verliehene Privatrechte an öffentlichen Gewässern. Unzulässigkeit einer Entschädigung bei Beeinträchtigung einer Fischereigerechtigkeit durch Verbesserung der Schiffahrt. Öffentliche Gewässer haben die natürliche Hauptbestimmung, dem Gemeinwohle zu dienen. Daraus ergibt sich die Aufgabe des Staates, sie in dem hierzu erforderlichen Zustande zu erhalten und nötigenfalls in solchen Zustand zu versetzen. Diese Verpflichtung des Staates ist mit Bezug auf die Schiffahrsinteressen durch besondere Vorschrift des preußischen Rechtes (§ 79 II. 15 ALR.) ausdrücklich anerkannt worden, aber auch ohne diese Vorschrift und vor ihr bestand sie, weil sie aus der Natur der Dinge folgt. Hat der Staat einzelnen seiner Angehörigen Sonderrechte an einem öffentlichen Gewässer verliehen, so muß davon ausgegangen werden, daß er sich dabei jener den allgemeinen Interessen dienenden Obliegenheiten bewußt geblieben ist. Der Verleihungswille, der selbstverständlich für Umfang und Begrenzung des verliehenen Sonderrechts maßgebend ist, kann, wenn nicht ausnahmsweise das Gegenteil klar ersichtlich oder sonst mit Sicherheit festzustellen ist, nicht als dahin gerichtet angenommen werden, für den Fall eines Zusammenstoßes des Sonderrechts mit den aus jenen Obliegenheiten sich ergebenden, weil zu ihrer Erfüllung notwendigen Befugnissen des Staates dem Sonderrechte den Vorrang einzuräumen. Ein Wille solcher Art hat vermöge des größeren Interesses, das der Staat an dem Gemeinwohl, als an den Sondervorteilen einzelner hat und haben muß, der Regel nach als ausgeschlossen zu gelten. Weil hiernach der Vorbehalt der erwähnten staatlichen Befugnisse sich aus der Natur der Sache ergibt, ist er in der Verleihung eines Sonderrechts, auch unausgesprochen, erkennbar enthalten. Die staatlichen Obliegenheiten und die daraus entspringenden Befugnisse des Staates an den öffentlichen Gewässern richten sich nach dem jeweiligen Stande der in Betracht kommenden Verhältnisse, und ihre so der natürlichen Entwickelung der Dinge, insbesondere des Verkehrs folgende und sich anpassende Gestaltung ist in den erwähnten Vorbehalt immer mit inbegriffen (vgl. **RG. 54** 260). Diese Auffassung ist sogar auch gegenüber der vom Staate durch entgeltlichen Vertrag erfolgten Verleihung einer Fischereiberechtigung und ferner auch mit Bezug auf eine durch Privileg erteilte Stromgerechtigkeit anderer Art aufrecht erhalten (Urteile vom 25. Juni 1907, VII. 498/06, vom 6. März 1906, VII. 291 05 und vom 29. Mai 1908, VII. 312/07). Auch bei einer durch Ersitzung erworbenen Fischereiberechtigung versteht sich die Schrankenlosigkeit gegenüber den vorhin erwähnten Rechten des Staates keineswegs von selbst. c) **RG.** R. **12** 171. Ersitzung einer Fischereigerechtigkeit. Der W. See ist kein öffentliches Gewässer im Sinne des § 38 II. 15 ALR., weil er nicht von Natur schiffbar gewesen, sondern erst künstlich schiffbar gemacht worden ist. Der Fischfang auf dem See gehört also nicht zu den Regalien (§ 73 II. 15 ALR.), und deshalb hat der Fiskus den Rechtsvorgängern der Beklagten die Fischereiberechtigung auf dem See durch den Kaufvertrag vom 31. Juli 1832 als Regal nicht übertragen können. Die Rechtsvorgänger der Beklagten haben aber das streitige, die Klägerin ausschließende Fischereirecht

ersessen. Der Fiskus überließ durch den mit den Rechtsvorgängern der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag diesen die Fischerei, welche er bis dahin als Ausfluß seines angeblichen Eigentums für ihn zustehend ansah. Dadurch wird für die Käufer eine selbständige vom Eigentum am See losgelöste Gerechtigkeit, die bis dahin noch nicht vorhanden war, geschaffen; der sie schaffende Vertrag ist deshalb ein begründender Titel. Daß der Fiskus in Wirklichkeit nicht Eigentümer des Sees war, nimmt dem Vertrage nicht die Bedeutung eines zur Ersitzung geeigneten Titels im Sinne des § 579 I. 9 ALR. Denn der vorzugsweise Zweck des Rechtsinstituts der Ersitzung ist ja gerade, daß durch die Ausübung eines Rechtes seitens des Erwerbers und durch die Duldung der Ausübung seitens des wirklichen Eigentümers Mängel des Erwerbsakts geheilt werden sollen. Überdies ist in der Rechtsprechung des RG. anerkannt, daß Gerechtigkeiten an fremden Sachen auch auf Grund eines übertragenen Titels binnen zehn Jahren ersessen werden können (vgl. **RG. 16** 213, **22** 335). Unrechtfertiger Besitzer (§ 14 I. 7 ALR.) heißt, wer aus Unkenntnis der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitztitels irrt. Ein solcher auf Gesetzesunkenntnis zurückzuführender Irrtum hat bei den den Vertrag mit dem Fiskus schließenden Fischern nicht obgewaltet, wenn sie an das Eigentum des Fiskus und damit auch an die Gültigkeit der von ihm erworbenen Rechte geglaubt haben. Daß sich dieses Eigentum jetzt als nicht bestehend erwiesen hat, macht diesen Glauben nicht zu einem auf Gesetzesunkenntnis beruhenden. Denn nicht Rechtsirrtum war der Grund dafür, daß der Fiskus und ihm folgend seine Vertragsgegner den W. See als im Eigentume des Staates stehend ansahen, sondern diese Annahme beruhte auf einer tatsächlich unrichtigen Beurteilung der Schiffbarkeit des Gewässers. Lediglich weil jetzt aus tatsächlichen Gründen die Eigenschaft des Sees als eines von Natur schiffbaren Gewässers verneint ist, ist als Folge davon auch das Eigentum des Fiskus verneint worden. Die Fischereiberechtigung ist auch grundbuchlich eintragungsfähig (vgl. **RG. 55** 314). Dort ist die Eintragungsfähigkeit der sich als objektiv dingliches Recht darstellenden Fischereiberechtigung ausgesprochen.

3. Bayern. R. **12** 69 (BayVGH.). Entschädigung für Ableitung von Grund- oder Quellwasser (Art. 19 WasserG. vom 23. März 1907). Art. 19 WasserG. vom 23. März 1907 ist auf jene Grundstücke nicht anwendbar, über die am 1. Januar 1908 — bei Inkrafttreten dieses Gesetzes — bezüglich ihres Quell- und Grundwassers durch in Ausführung begriffene Förderungs- oder Ableitungsanlagen tatsächlich bereits verfügt war. Dabei ist es für die Fälle der Übergangszeit gleichgültig, ob das abzuleitende Wasser einem Triebwerksbesitzer am 1. Januar 1908 bereits entzogen war oder noch zusteht; maßgebend ist für diese Fälle nach den Gesetzgebungsverhandlungen nur die Frage, ob mit Ausführung der bezeichneten Anlagen bereits begonnen war.

4. Mecklenburg. a) MecklZ. **30** 434—442 (Rostock) — in eingehender Erörterung — über die Abwehrklage gegen Absperrung eines Wasserlaufs zum Zwecke des Fischfanges. b) MecklZ. **30** 401—407 (Rostock). Das Verbot des § 18 MecklVO. vom 18. März 1891 betr. den Fischereibetrieb in den Binnen- und Küstengewässern bezieht sich auch auf die in auswärtigen Gewässern gefangenen Fische (s. ferner zu Art. 65).

Art. 70. 1. v. Zastrow, Die Reformbedürftigkeit des Wildschadenersatzverfahrens, PrVerwBl. **33** 677—680. Der Verf. erörtert in einer Reihe einzelner Fälle die Unzulänglichkeit des Wildschadensrechts der in die JagdO. vom 15. Juli 1907 (GS. 207) §§ 51—60 übernommenen Bestimmungen des früheren WildschadenG. vom 11. Juli 1891 (GS. 307).

2. Simon, Der Wildschaden, seine rechtliche Behandlung, seine Ermittelung und Berechnung im Gebiete des Königreichs Preußen (Neudamm 1912). Das Buch behandelt in den beiden ersten Teilen das materielle Wildschadenrecht und das Ver-

fahren zur Verfolgung des Ersatzanspruchs und gibt im vierten Teile die darauf bezüglichen Formulare, während der dritte und fünfte Teil technischen Inhalts sind.

Art. 71. SeuffA. **67** 459 f. (Cassel). Auch im ehemaligen Kurfürstentume Hessen erstreckt sich der Wildschadensersatz nur auf Schaden durch jagdbares Wild, nicht durch wilde Kaninchen; denn die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. in Kurhessen bestehende Jagdbarkeit der Kaninchen ist durch das für die ganze Monarchie mit Ausschluß der Hohenzollernschen Lande einheitlich erlassene PrWildschadenG. vom 14. Juli 1904 aufgehoben worden.

Art. 74. 1. BayObLG. **13** 322—325. Für die Frage, ob ein gewerbliches Realrecht noch besteht, sind die Vorschriften des bisherigen Rechtes maßgebend, und zwar sind seit dem GewerbeG. von 1825 die bürgerlichrechtlichen Vorschriften des Ortes entscheidend, an dem das Gewerberecht besteht. Nach dem bayerischen Landrechte gehören die realen Gewerbeberechtigungen zu den Privilegien und erlöschen als solche durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht sowie durch zehnjährigen Nichtgebrauch. Der Nichtgebrauch eines Gewerberechts führt nicht zu dessen Erlöschung, wenn während der ganzen Zeit zur Ausübung keine Gelegenheit war. Diese Voraussetzung trifft aber nur zu, wenn ein vom Willen des Berechtigten unabhängiger Hinderungsgrund vorliegt, nicht auch dann, wenn der Berechtigte nicht in der Lage ist, die Gerechtsame in dem Gebäude auszuüben, weil er es zu anderen Zwecken verwendet hat. Die Eintragung der Berechtigung im Grundbuch ist jedenfalls dann ohne Belang, wenn das reale Gewerberecht im Zeitpunkte der Anlegung des Grundbuchs schon verjährt war.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1181—1184. Nach gemeinem Rechte kann ein reales Apothekerprivileg durch unvordenkliche Verjährung erworben werden.

Art. 77. 1. **RG. 78**, 325—330, JW. **12** 381 f. Nr. 1 (mit eingehender Begründung). Die ärztliche Behandlung eines Strafgefangenen stellt sich nicht als eine bürgerlich-rechtliche Verrichtung, sondern als eine in Ausübung der öffentlichen Gewalt vorgenommene Handlung dar, für die der Staat gemäß Art. 77 EGBGB. nach den Bestimmungen des Landesrechts einzustehen hat. Die angeblich schuldhafte Behandlung datierte aus dem Jahre 1903.

2. **RG. 78** 325—330, JW. **12** 381 ff. Nr. 1. Wo der Staat in Ausübung fiskalischer Rechte handelt, ist er für Schadenszufügungen seiner Beamten im Umfange des § 31 BGB. verantwortlich. Wo er aber in Ausübung seiner Hoheitsrechte, insbesondere in Ausübung seiner obrigkeitlichen Gewalt handelt, ist gemäß Art. 77 EGBGB. wegen seiner Schadensersatzpflicht auf das Landesrecht zurückzugehen.

3. **RG. 78** 325—330, JW. **12** 381 f. Nr. 1. Eine Beschädigung, die lediglich bei Gelegenheit und aus Anlaß der Tätigkeit der öffentlichen Gewalt des Staates erfolgt, ist nicht eine Beschädigung „in Ausübung" der öffentlichen Gewalt (**RG. 54** 53, 157). Wenn die Gefängnisverwaltung dem Gefangenen bei dessen Eintritt in die Strafanstalt die Kleidungsstücke ab und in Verwahrung nimmt, so entsteht dadurch lediglich ein privates Rechtsverhältnis, das nach privatrechtlichen Grundsätzen (§ 31 BGB.) zu beurteilen ist.

4. **RG. 78** 325—330, JW. **12** 381 f. Nr. 1. Wird dadurch, daß die einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes in Ansehung einer dem Gemeingebrauche gewidmeten Sache oder in Ansehung einer Verkehrsanstalt als Eigentümer, Besitzer, Bauherr oder Unternehmer obliegenden Verpflichtungen verletzt sind, ein Schaden verursacht, so handelt es sich um einen in Ausführung privatrechtlicher Verpflichtung zugefügten Schaden (**RG. 53** 276, **55** 171, **47** 241, 328).

5. **RG. 78** 325—330, JW. **12** 381 f. Nr. 1. Von einer Anpassung der in Art. 77 aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften an die Bestimmung des § 839 BGB., insbesondere, daß die Haftung des Staates gleich der des Beamten an

die Voraussetzung gebunden sei, daß der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermöge, ist keine Rede.

6. **RG.** JW. **12** 638 f. Nr. 10, R. **12** Nr. 1500. Hat ein Pionierbataillon lediglich zu Übungszwecken einem Unternehmer gegenüber die Sprengung eines Bauwerkes übernommen, so stellt die Ausführung der Arbeit sich als Ausübung des Militärhoheitsrechts dar.

Art. 80. 1. SeuffBl. **12** 526 f. (BayVGH.). Das bayerische Landrecht enthält keine Bestimmung über das rechtliche Verhältnis des Pfründebesitzers zur Pfründe. Gewohnheitsrechtlich hat sich aber in altbayerischen Gebietsteilen der Satz herausgebildet, daß die Rechtsstellung des Pfründebesitzers zum Pfründevermögen im wesentlichen die des Nießbrauchers ist. Mit der Einführung des BGB. sind an Stelle der alten Bestimmungen über die Nutznießung die Vorschriften des neuen Rechtes über den Nießbrauch angewendet worden. Diese Bestimmungen bilden aber nur eine subsidiäre Rechtsquelle, falls das Pfründerecht nicht bereits sonderrechtlich seine Regelung gefunden hat durch Spezialgesetze oder durch ein Pfründegewohnheitsrecht. Das bestehende Herkommen hat mit dem Erlöschen des bayerischen Landrechts seine Geltung nicht verloren, es bildet eine dem Nießbrauchrechte des BGB. vorgehende Sondervorschrift des altbayerischen Pfründerechts.

2. HessRspr. **13** 283 f. (Darmstadt). Nach Art. 20 Abs. 2 Ziff. 1 HessAGBGB. wird die Verjährung der Gerichtskosten unterbrochen durch jede auf Feststellung des Anspruchs oder des Verpflichteten gerichtete amtliche Handlung der zuständigen Behörde. Eine solche, d. h. eine selbständige, mit öffentlichen Funktionen betraute Amtsstelle, die vermöge ihrer Organisation von den einzelnen Inhabern unabhängig ist, ist der Gerichtskostenrevisor nicht, sondern ein bei der Staatsanwaltschaft am OLG. angestellter Beamter (§ 1 VO. vom 7. September 1908). Die vom Gerichtskostenrevisor infolge eines ihm erteilten allgemeinen Auftrags vorgenommene Prüfung und Beanstandung genügt zur Unterbrechung nicht.

Art. 84. I. Literatur. 1. Friedrich, Der Erwerb von Korporationsrechten durch Religionsgesellschaften in Hessen, HessRspr. **12** 324—326. In Hessen ist, wie in anderen Staaten, der Erwerb von Korporationsrechten durch Religionsgesellschaften auf dem Wege der Eintragung in das Vereinsregister kraft Landesprivatrechts ausgeschlossen und ein dahingehender Eintragungsantrag abzulehnen.

2. Dagegen Aull, HessRspr. **12** 354 f., nach dessen Auffassung zum Erwerbe des Korporationsrechts Eintragung im Vereinsregister genügt.

3. Ebenso — wenn auch mit anderer Begründung — Wolf, HessRspr. **13** 12 f.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 77** 19, DNotV. **12** 123 f. (751 f.), ZBlFG. **12** 313, JW. **11** 801 Nr. 17. Die in Breslau bestehende Freie Religionsgemeinde ist trotz der im Vereinsregister von Offenbach in Hessen erfolgten Eintragung kein rechtsfähiger Verein geworden. Sie entfaltet ihren satzungsmäßigen Zwecken entsprechend in Breslau eine Wirksamkeit, um derenwillen sie als eine Religionsgesellschaft im Sinne des Art. 84 EG. und auch Art. 13 PrVerf. Urk. zu gelten hat. Nach der preußischen Gesetzgebung aber erlangt eine Religionsgesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung.

2. OLG. **24** 133—135, BauerZ. **19** 153 f., ZBlFG. **12** 422 f., DNotV. **12** 740 (KG.). Eine Aktiengesellschaft, bei der es sich um eine religiöse Gesellschaftsbildung handelt auf Grundlage einer freien, nicht zur Gemeinschaft der anerkannten Landeskirche gehörigen Religionsgesellschaft, ist in Preußen ohne Erfüllung des Art. 13 VerfUrk. nichtig und unterliegt der Offiziallöschung (s. dazu ZBlFG. **12** 313 Nr. 312 und Verw.).

Art. 86. 1. **RG.** DNotV. **12** 122 f. Wann erwirbt eine juristische Person eine Erbschaft im Werte von über 5000 M.? Erst mit der erfolgten landesherrlichen Ge-

nehmigung. Ist dieser Wert unter Abzug der Schulden zu berechnen? Nein, es ist der Bruttowert zugrunde zu legen (zit. JDR. **10** 566 f. Ziff. 1, 4).

2. Dagegen KGJ. **40** A 26, DNotV. **12** 121 f. legt für die Erbschaft im ganzen den reinen und nur für Grundstücke den Bruttowert zugrunde.

3. RheinZ. **4** 433, BadRpr. **10** 37 (Karlsruhe). Nach Art. 8 BadAGBGB. bedürfen alle letztwilligen Verfügungen von mehr als 5000 M. zugunsten schon bestehender Stiftungen der staatlichen Genehmigung; das badische Recht kennt übrigens nur öffentlich-rechtliche, keine privatrechtlichen Stiftungen (vgl. Dorner-Seng, Landesprivatrecht 54 ff.). Nun war in einem Testamente der „Erzbischof-Bernhard-Fonds" zum Universalerben eingesetzt, ihm waren aber Vermächtnisse auferlegt, so daß er nur 3300 M. Reinnachlaß behielt; streitig war, ob in solchem Falle Staatsgenehmigung erforderlich sei; der dem Fonds als Erben zufallende Nachlaß belief sich auf über 30 000 M. Die Frage wurde bejaht, da überwiegende Gründe für die auch vom Landgerichte vertretene Meinung sprächen, daß im Art. 8 aaO. bei den letztwilligen Verfügungen im Werte von 5000 M. der Bruttowert gemeint sei; insbesondere sei auch zu beachten, daß der Mangel der Staatsgenehmigung, wo sie erforderlich war, die ganze Zuwendung nichtig mache.

4. OLG. **24** 252 f. (Celle). Ein Testament, das eine Zuwendung unter Umgehung des Art. 6 § 1 PrAG. anordnet, ist nicht nichtig. Es besteht kein Rechtssatz, daß der rechtsgeschäftliche Schleichweg stets gegen die guten Sitten verstoße.

Art. 95. I. Literatur. 1. Lindenberg, Das preußische Gesinderecht im Geltungsbereiche der GesindeO. vom 8. November 1810 (8). (Berlin 1912.)

2. Maguhn, Die preußische GesindeO. vom 8. November 1810 auf der Grundlage des vom 1. Januar 1900 an geltenden Rechtes. 4. Aufl. des Kommentars von Hönighaus. (Berlin.)

II. Rechtsprechung. 1. Preußen. a) DJZ. **12** 518 (KG. [Straff.]). Durch Art. 89 AGBGB. sind die landrechtlichen Bestimmungen über Hausoffizianten, d. h. solche durch einen schriftlichen Vertrag angenommenen und in die häusliche Gemeinschaft der Dienstherrschaft aufgenommenen Personen, denen nur ein gewisses bestimmtes Geschäft in der Wirtschaft oder die Aufsicht über einen gewissen Teil derselben übertragen ist, aufgehoben. Daraus folgt nur, daß jetzt hinsichtlich dieser Personen die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB. zur Anwendung kommen, nicht aber, daß der Begriff des Gesindes nunmehr auch auf die Personen auszudehnen ist, die früher als Hausoffizianten galten. b) R. **12** 358 (KG.). Zu §§ 9 und 12 GesO. Nach § 9 müssen Dienstboten bei dem Antritt eines neuen Dienstes die rechtmäßige Verlassung der vorigen Herrschaft nachweisen. Nach § 12 ist strafbar, wer mit Verabsäumung der Vorschrift des § 9 ein Gesinde aufgenommen hat. Der Nachweis kann nicht nur durch das Gesindebuch geführt werden, sondern auch durch einen Kündigungsschein, ein gerichtliches Urteil usw. Hier hat der Angeklagte keinerlei Ausweise verlangt. c) R. **12** 323 (OVG.). Zu §§ 9 und 27 GesO. Nach § 9 müssen Dienstboten, welche schon vermietet gewesen sind, bei dem Antritte des neuen Dienstes die rechtmäßige Verlassung der vorigen Herrschaft nachweisen. Ist dies verabsäumt, so muß nach § 11 der neue Vertrag als ungültig sofort aufgehoben werden, wenn ein anderer sich meldet, dem ein Recht auf die Person oder auf die Dienste des Dienstboten zusteht. Dieser Nachweis braucht aber erst bei dem Antritte des neuen Dienstes und nicht auch bei dem Abschlusse des neuen Dienstvertrags geführt zu werden. Der ohne Besitz eines Losscheins geschlossene Gesindedienstvertrag ist daher gültig. Nach § 27 aaO. gebührt, wenn sich ein Dienstbote bei mehreren Herrschaften zugleich vermietet, derjenigen der Vorzug, von welcher er das Mietgeld zuerst angenommen hat. Nach Inkrafttreten des BGB. bildet die Hingabe und Annahme von Mietgeld nicht mehr ein Mittel, sondern nur ein Zeichen für den Vertragsschluß. Der Vertrag

kommt auch ohne Mietgeld zustande (vgl. KGJ. **26** C 79 und OVG. 10. März 1904, Selbstv. 787). Der § 27 bedeutet jetzt, daß von mehreren auf dieselbe Mietzeit geschlossenen Verträgen der für diese Zeit zuerst abgeschlossene Vertrag gültig sein soll. d) NaumburgAK. **12** 68 f. (LG. Magdeburg). Wird das Gesinde durch Angehörige des Dienstberechtigten mißhandelt, so ist es zum Verlassen des Dienstes ohne Aufkündigung berechtigt. e) R. **12** 271 (OVG.). Zwangsmittel der Polizei. Die Polizei kann gegen Gesinde, welches den Dienstantritt verweigert, ebenso wie im Falle des § 167 GesindeO. vom 8. November 1810 gegen Gesinde, welches den Dienst verläßt, wiederholt Zwangsmittel anwenden, vorausgesetzt, daß die Weigerung ohne gesetzlichen Grund geschieht. Unzutreffend ist die Ansicht des KG. (KGJ. **10** 255), daß nur eine einmalige, nicht aber eine wiederholte Anwendung polizeilicher Zwangsmittel behufs Erwirkung des Dienstantritts zulässig sei. f) HessRspr. **12** 347 (LG. Gießen). Artt. 14, 15 Ziff. 8 GesindeO. Die Schwangerschaft des Dienstboten war wohl für die Herrschaft, nicht aber für den Dienstboten ein wichtiger Grund zur Kündigung.

2. Baden. BadRpr. **12** 200 f. (VGH.). Häuslicher Dienstbote oder Laufmädchen? Die Klägerin, welche tagsüber mit den Arbeiten eines häuslichen Dienstboten gegen einen Monatslohn von 18 M. beschäftigt war, aber bei ihren Eltern schlief, war nicht als häuslicher Dienstbote zu betrachten. Die Aufnahme eines Dienstverpflichteten in den Hausstand, d. i. in die Wohngemeinschaft und seine Unterstellung unter die Hausgewalt des Dienstberechtigten bildet regelmäßig eine Voraussetzung des Dienstbotenverhältnisses, und es kann, wo die Gemeinschaft des Wohnens fehlt, nur unter besonderen Umständen ausnahmsweise ein Dienstbotenverhältnis angenommen werden. Diese Anschauung ergibt sich aus § 617 BGB. und den §§ 1, 6 Abs. 1, 7 BadDienstbotenG. vom 20. August 1898.

3. Mecklenburg. MecklZ. **30** 399—401 (Rostock). Das Gesindedienstverhältnis im Sinne der mecklenburgischen GesindeO. setzt voraus, daß der Dienende in die häusliche Gemeinschaft des Dienstherrn aufgenommen ist.

Art. 96. I. Literatur. 1. Gilow, Die Rechtsstellung des Altenteilers bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen, DNotV. **12** 713—720. Der Verf. regt eine gesetzliche Regelung zur Sicherung des Altenteilers gegen die Zwangsvollstreckung in die aus dem Ausgedinge bestehenden Forderungen an, indem er die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung im § 850 ZPO. befürwortet. Art. 96 EGBGB. stehe dem Erlaß einer solchen Bestimmung nicht entgegen, weil dadurch nur formelles Recht geschaffen werde, und weil auch sonst in Änderung des dritten Abschnitts des EGBGB. ursprünglich dem Landesrechte vorbehaltene Materien reichsgesetzlich geregelt worden seien. Die bisher von der Rechtsprechung eingeschlagenen — vom Verf. im einzelnen erörterten — Wege führten nicht zum Ziele.

2. *Eckstein, Art. 15 § 9 AGBGB., DJZ. **12** 919 f. Entfällt bei Altenteilsverträgen die Pflicht auf Gewährung von Wohnung und Diensten, so bleibt die Pflicht zur Leistung von Naturalien unberührt (anders Hoffmann, DJZ. **09** 318).

II. Rechtsprechung. 1. SeuffA. **67** 25—27 Nr. 14 (Celle). PrAGBGB. Art. 15 § 9. Bei Auflösung eines Leibgedingvertrags durch Schuld des Altenteilers bleibt dessen Anspruch auf Naturalleistungen nach preußischem Rechte unverändert.

2. R. **12** 647 (BayObLG.). Art. 43 AGBGB. Besondere Gründe im Sinne obiger Bestimmung zum Bezug außerhalb des Anwesens liegen schon dann vor, wenn dieses in fremde Hand gelangt und der Berechtigte der Wartung und Pflege bei einem Kinde bedarf und genießt.

Art. 103. Eine preußische landesrechtliche Bestimmung, nach welcher der Armenverband vom Unterstützten Ersatz verlangen könnte, gibt es nicht.

Art. 105. I. Literatur. *Dickel, Über Haftung des Eisenbahnherrn für den durch Waldbrand, insbesondere durch Verbrennen von Wild verursachten Schaden, Zeitschr. für Forst- und Jagdwesen **44** 172 ff. Verf. sucht nachzuweisen, daß die Haftung des Eisenbahnherrn aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folge. Indem das RG. in mehreren Entscheidungen (**RG. 17** 103, **58** 130, JW. **07** 299, WarnE. **11** 103 Nr. 95) eine Haftung des Kleinbahnbetriebsunternehmers in Preußen ohne gesetzliche Sonderbestimmung annahm, war die Anwendung des § 25 EisenbahnG. vom 3. November 1838 gegenüber den Großbahnunternehmern (z. B. Urt. vom 9. Januar 1902, VI. 217/01) unrichtig. Art. 105 gestattet nur die eine stärkere Haftung bestimmenden Landesgesetze. Nach allgemeinen Grundsätzen haftet der Betriebsunternehmer nicht bloß, wie im § 25 aaO., für Schaden an Sachen in fremdem Eigentume, sondern auch für andere dingliche Berechtigte; insbesondere also auch für Hege- und Jagdberechtigte. § 25 aaO. ist fast vollständig beseitigt.

II. Rechtsprechung. ElsLothJZ. **12** 18—25, RheinZ. **4** 484—487 (Colmar). 1. Die Bestimmungen des § 40 a AGBGB. galten auch schon unter dem alten, französischen Rechte; eine Haftung aus öffentlichen Arbeiten setzte insbesondere stets die Verletzung des Rechtes eines anderen voraus. 2. Eine solche Rechtsverletzung liegt in der Regel nicht vor, wenn der Eigentümer eines Grundstücks eine darauf entspringende Quelle versiegen läßt. Angrenzer, welche früher das Wasser solcher Quellen benutzten, sind nur dann entschädigungsberechtigt, wenn sie durch Rechtsgeschäft oder Ersitzung ein Recht auf die Quelle erworben hatten. 3. Zur Ersitzung gehört, daß der Kläger 30 Jahre vor der Vernichtung der Quellen sichtbare Anlagen gemacht und vollendet hat, welche bestimmt sind, den Fall und den Lauf der Quellen auf sein Eigentum zu erleichtern. 4. Ein nicht schiffbarer Wasserlauf gehört weder zum öffentlichen Gute, noch steht er im Eigentume der Angrenzer; letztere können andere Rechte an ihn, als das Benutzungsrecht des § 46 AGBGB., nicht haben. 5. Wird ihnen aber dieses Benutzungsrecht durch den Unternehmer öffentlicher Arbeiten beeinträchtigt, so haben sie einen Anspruch auf Entschädigung in Geld, aber nicht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Dies auch dann, wenn den Unternehmer kein Verschulden trifft (s. auch Art. 65).

Art. 109. HansGZ. **12** Beibl. 89 (Hamburg). Auch bereits entstandene Schadensersatzansprüche kann das Landesrecht ohne Entschädigung durch neue Gesetze entziehen.

Art. 111. 1. **RG.** R. **12** 501. § 75 Einl. ALR. Es genügt zur Begründung eines Entschädigungsanspruchs, daß durch eine von der zuständigen Behörde im Interesse der Allgemeinheit getroffene Maßnahme dem einzelnen ein Rechtsopfer zugemutet wird (**RG. 54** 263). Daß der Rechtseingriff mit Bewußtsein erfolgt ist, ist nicht erforderlich.

2. RheinZ. **4** 282 (Zweibrücken). Der durch Art. 111 EGBGB. aufrechterhaltene Art. 50 des französischen Gesetzes vom 16. September 1907 über „die Austrocknung der Sümpfe“ legt dem Alignement nur für die Veränderung bestehender, nicht für die Schaffung neuer Straßen die Wirkung bei, das Eigentum des in die Straße fallenden unbebauten und unabgegrenzten Geländes auf den Straßeneigentümer zu überführen, dem bisherigen Eigentümer aber nur eine Entschädigungsforderung zu gewähren (s. auch Artt. 65, 69).

Art. 113. *Kley, BadVerwZ. **12** 61, verneint die Frage, ob im Feldbereinigungs- und Bauplatzumlegungsverfahren die bestehenden Grunddienstbarkeiten auf die Ersatzgrundstücke übergehen und auf andere Grundstücke verlegt werden können.

Art. 114. SächsOVG. **7** 228—232. Sogenannte Wegebau-Verzugslasten, die bei Umbauten von Straßen einem Anlieger wegen dessen Interesses an dem Umbau von der Wegebaubehörde auferlegt werden, haben in der Regel die Eigenschaft öffentlich-rechtlicher Reallasten.

Art. 115. SchlHolstAnz. **12** 211 (LG. Flensburg). Im Gebiete des lübischen Rechtes ist eine Grunddienstbarkeit zulässig, durch welche dem Nachbar des zu belastenden Grundstücks gestattet wird, bis an die Grenze dieses Grundstücks heranzubauen.

Art. 119. R. **12** 84 (BayObLG.). Ein Verbot der „Verwechselung" der berechtigten Grundstücke innerhalb einer Realgemeinde wird durch Unerkennbarkeit des Zweckes allein nicht hinfällig; es hindert aber nicht, einzelne Grundstücke von dem Rechte (d. h. dem berechtigten Gute) abzutrennen.

Art. 124. 1. **RG. 79** 402—406, JW. **12** 923 Nr. 23, R. **12** 419. Schutz des Windmüllers gegen Bäume, welche ihm den Wind wegnehmen. Verlust dieses Rechtes. Der § 247 II. 15 ALR. ist für die vor dem 18. November 1819 erbauten Windmühlen auch unter der Herrschaft des neuen bürgerlichen Rechtes bestehen geblieben. Es handelt sich bei dem Rechte aus § 247 II. 15 ALR. um eine nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkung (**RG. 50** 319, Förster-Eccius III § 170 Anm. 54). Auch auf diese Eigentumsbeschränkungen finden nach der ständigen, auf § 191 I. 8 ALR. sich stützenden Rechtsprechung des früheren preußischen Obertribunals sowie die für Grundgerechtigkeiten geltenden Verjährungsvorschriften (§ 50 I. 22) als auch die Vorschrift des § 43 I. 22 Anwendung. Die Streitfrage, ob das Recht des § 247 II. 15 ALR. schon bei der Anpflanzung hochwachsender Bäume oder erst dann geltend zu machen ist, wenn die Bäume eine solche Höhe erreichen, daß sie den Wind abhalten, ist im letzteren Sinne zu beantworten (Plenarbeschluß des OTr. **17** 36, OTr. **41** 344; Koch zu § 247 aaO.; Förster-Eccius III § 170 Anm. 54; Dernburg, Preuß. Privatrecht I § 221 Anm. 16). Ist aber diese Höhe einmal überschritten, und ist der Berechtigte nicht alsbald, und zwar nicht bloß durch Widerspruch, sondern auch durch Klage dagegen vorgegangen, so wird stillschweigende Einwilligung angenommen, und der Berechtigte geht seines Rechtes verlustig, ohne daß die Voraussetzungen eines Verzichts vorzuliegen brauchen. (GruchotsBeitr. **29** 824 und die dort angeführten Entsch. des OTr., ferner StriethA. **69** 3, **RG. 52** 79, Urt. vom 2. Oktober 1911, V. 64 11).

2. ElsLothJZ. **12** 113—117 (Colmar). Über die Rechtsverhältnisse an einer nach 1900 auf der Grenze zweier Grundstücke errichteten Giebelmauer. a) Eine im Einverständnisse mit dem Nachbar halbscheidig auf der Grenze errichtete Giebelmauer eines Hauses ist zwar keine eigentliche „Abschlußmauer" im Sinne von § 69 AGBGB., doch finden die §§ 69, 72 daselbst gleichwohl auf sie Anwendung. b) Benutzt der Nachbar, welcher die Mauer nicht entrichtet hat, sie ungeachtet eines Verbots des anderen Nachbars weiter, so ist dieser berechtigt, entweder dem Nachbar die Weiterbenutzung gerichtlich untersagen zu lassen oder Erstattung des halben Wertes des Mauer von ihm zu verlangen. c) Dieses Verbietungsrecht und der Erstattungsanspruch erlöschen, sobald der Nachbar oder einer seiner Rechtsvorgänger darauf verzichtet hat oder den halben Wert erstattet erhielt. d) Als „Nachbar" im Sinne von § 69 AGBGB. ist nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Eigenbesitzer des anstoßenden Grundstücks anzusehen.

3. ElsLothJZ. **12** 117—121 (LG. Zabern). Aussichtsfenster. Berechnung der Entfernung bei gerader und zugleich schräger Aussicht; § 65 AGBGB.

4. RheinAK. **29** 158—171 (Düsseldorf) über die Eigentumsverhältnisse an einer auf der Grenze errichteten Giebelmauer nach französischem Rechte und BGB. (s. auch zu Art. 189).

Art. 129. RheinA. **109** 305—309 (Düsseldorf). Wird der Lauf eines Privatflusses durch eine künstliche Anlage verlegt, so steht das Aneignungsrecht an dem (herrenlosen) bisherigen Flußbette nicht dem Fiskus, sondern demjenigen zu, der die Grundfläche für das neue Flußbett hergegeben hat (Art. 563 C. c.). S. auch zu Artt. 65, 69.

Art. 134. I. Literatur. 1. Graf, Die religiöse Kindererziehung im internationalen Rechte, WürttZ. **12** 321 ff.

2. Gärtner, Die religiöse Erziehung unehelicher Kinder, BayRpflZ. **12** 279, wendet sich gegen die Annahme des VGH., nach welcher § 21 BayReligionsedikts betr. die religiöse Erziehung unehelicher Kinder auch unter der Herrschaft des BGB. noch gelte und anwendbar sei.

II. Rechtsprechung. 1. KGBl. **12** 105 f. (KG.). In Preußen gibt es landesgesetzliche Vorschriften über die religiöse Erziehung von Kindern jüdischer Ehen nicht. Die Vorschriften des ALR. und die der Deklaration vom 21. November 1803 über die religiöse Erziehung von Kindern aus Ehen von Personen verschiedenen Glaubensbekenntnisses beziehen sich — wie KGJ. **32** A 58 ausführt — nur auf Kinder aus Ehen von Personen verschiedenen christlichen Bekenntnisses. Auf Kinder jüdischer Ehen finden deshalb die Normen des BGB. Anwendung. Danach gibt das Erziehungsrecht der Mutter in einer jüdischen Ehe ihr auch im Falle der Wiederverheiratung das Recht, die Religion ihrer noch religionsunmündigen Kinder zu bestimmen.

2. BayObLG. **13** 178—186, BayRpflZ. **12** 260 f. Für die religiöse Erziehung von Kindern, die ihren Wohnsitz in Bayern haben, aber nicht bayerische Staatsangehörige (Österreicher) sind, kommt gleichwohl das bayerische Recht zur Anwendung, — und soweit besondere Vorschriften des bayerischen Rechtes nicht bestehen, die Bestimmung des BGB. über die Erziehung überhaupt.

3. R. **12** 535 (BayVGH.). Religiöse Kindererziehung. Einfluß des Religionswechsels des einen Eheteils in ursprünglich gemischten Ehen (§ 14 der II. Beil. zur VerfUrk. vom 26. Mai 1818). — Der Charakter der Ehe als einer gemischten erfährt durch den Umstand keine Änderung, daß der eine Eheteil seinen Austritt aus seiner Kirchengesellschaft erklärt, ohne zunächst einer anderen Kirchengesellschaft beizutreten. Eine durch Ableben des einen Eheteils nicht mehr bestehende Ehe kann nicht nachträglich durch den Übertritt des überlebenden Eheteils zur Konfession des verstorbenen Gatten ihren bisherigen Charakter einer gemischten Ehe verlieren. Die religiöse Erziehung eines aus einer solchen ursprünglich gemischten Ehe hervorgegangenen Kindes hat sich sonach nach §§ 12 ff. der zweiten Verfassungsbeilage zu bemessen und unterliegt nicht wie bei Kindern aus gemischter Ehe dem nach Maßgabe des Zivilrechts bestehenden freien Bestimmungsrechte des überlebenden Gatten. Die gesetzliche Regel des § 14 der zweiten Verfassungsbeilage, wonach in gemischten Ehen beim Mangel eines bezüglichen gültigen Vertrags die Söhne in dem Glaubensbekenntnisse des Vaters, die Töchter in jenem der Mutter zu erziehen sind, hat auch dann zur Anwendung zu kommen, wenn nach dem Ableben des einen Eheteils der überlebende einer anderen Glaubensgesellschaft beitritt.

Art. 136. Nr. 2. ZBlFG. **13** 452 (Hamburg). Generalvormund. — Ein nach Landesgesetz zum Generalvormunde bestellter Beamter ist nicht besonders auf Treue und gewissenhafte Führung der Vormundschaft zu verpflichten, da er hierzu bereits generell kraft seines Amtes verpflichtet ist (s. dazu ZBlFG. **12** 169 Nr. 82).

Art. 139. Helms, Der Nachlaß des Armen nach dem in Schleswig-Holstein geltenden Rechte, SchlHolstAnz. **12** 17—19. Die VO. von Christian VII. vom 30. September 1803 betr. das Erbfolgerecht der Armenanstalten in den Nachlaß unterstützter Armen ist durch § 99 SchlHolstArmenO. vom 29. Dezember 1841 aufgehoben worden, die wiederum durch § 74 PrAG. vom 8. März 1871 zum UWG. aufgehoben worden

ist. Es fehlt deshalb jetzt an einer Regelung durch schleswig-holsteinisches Landesrecht. Wohl aber läßt sich aus den Regeln des PrAG. vom 8. März 1871 im Zusammenhange mit seiner an den früheren altpreußischen Rechtszustand anknüpfenden Entstehungsgeschichte ein Ersatzanspruch des Armenverbandes gegen den Unterstützten und damit eine Nachlaßforderung gegen seine Erben ableiten (vgl. **RG. 75** 84 ff.). Hingegen gilt das schleswig-holsteinische Landesrecht bezüglich des Erbrechts von Stadtklöstern und ähnlichen wohltätigen Stiftungen oder Anstalten, deren Leistungen nicht armenrechtlicher Natur sind. Ihr Erbrecht ist von der VO. vom 30. September 1803 (§ 4) unberührt gelassen worden, desgl. von der ArmenO. und dem erwähnten PrAG.

Art. 143. R. **12** Nr. 1617 (Dresden). In einem Prozeßvergleiche kann die Auflassung rechtswirksam erklärt werden, wenn sie dem Zwecke des Vergleichs dient und nach Landesrecht (so in Sachsen) die Auflassung auch vor Gericht erklärt werden kann. Nach § 13 SächsAGBGB. vom 18. Juni 1898 kann die Auflassung eines sächsischen Grundstücks nicht bloß vor dem Grundbuchamte, sondern auch vor jedem deutschen Amtsgericht oder vor einem deutschen Notar erklärt werden. Darüber, ob in den Staaten, die auf Grund des Art. 143 EGBGB. mit der ausschließlichen Zuständigkeit des Grundbuchamts gebrochen haben, die Auflassung im Wege des Prozeßvergleichs erfolgen kann, gehen die Meinungen auseinander. Es erscheint zweifelhaft, ob die Frage einheitlich entschieden werden kann. Nicht ohne Belang wird der Gesichtspunkt sein, unter dem die einschlagende landesrechtliche Vorschrift erlassen worden ist. Bei der Erlassung des § 13 G. vom 18. Juni 1898 sind die Vorzüge, die der Auflassung vor dem Grundbuchamt eigen sind, vom Gesetzgeber keineswegs verkannt worden. Er hat aber die mit der ausschließlichen Verweisung der Auflassung vor das Grundbuchamt verbundene Erschwerung des Grundstückverkehrs für so erheblich erachtet, daß er auf die damit verknüpften Vorzüge verzichtet und es bei dem bis dahin hinsichtlich des Eintragungsantrags und der Eintragungsbewilligung geltenden Rechtszustande, der zu Unzuträglichkeiten nicht geführt habe, belassen hat. Danach kann auch die Rechtswirksamkeit der in dem vorliegenden Prozeßvergleiche von den Beteiligten erklärten Auflassung, die einen integrierenden Bestandteil des Vergleichs bildet, mit Grund nicht beanstandet werden.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 155. RG. JW. **12** 681 Nr. 2. Nach Art. 155 EGBGB. steht ein vor dem 1. Januar 1900 wegen Geisteskrankheit Entmündigter von diesem Zeitpunkt an einem nach den Vorschriften des BGB. wegen Geisteskrankheit Entmündigten gleich. Ob die Entmündigung wegen Wahnsinns oder wegen Blödsinns erfolgt ist, ist gleichgültig, und die Gleichstellung hat zur Folge, daß ein nach ALR. wegen Blödsinns Entmündigter, der gemäß § 26 I. 4 ALR. nur beschränkt dispositionsunfähig war, nunmehr gemäß § 104 Ziff. 3 BGB. völlig geschäftsunfähig wird.

Art. 163. 1. **RG.** JW. **12** 410 f. Nr. 34. Die erlaubte Privatgesellschaft im Sinne der §§ 2, 11 ff. II. 6 ALR. ist auch nach dem Inkrafttreten des BGB. den landrechtlichen Vorschriften unterworfen geblieben (**RG. 51** 160).

3. **RG.** KGBl. **12** 35. § 54 Abs. 2 BGB. findet auch auf die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Vereine Anwendung. Hat das Gesetz die persönliche Haftung schlechthin und allein an die Tatsache geknüpft, daß jemand für den Verein handelt, so muß es auch auf alle Fälle, in denen sich unter seiner Herrschaft der von ihm behandelte Tatbestand verwirklicht, angewendet werden. Dafür spricht auch der Grund dieser gesetzlichen Vorschrift, nämlich das Bedürfnis, den Dritten, der sich mit einem nicht rechtsfähigen Verein in rechtsgeschäftlichen Verkehr einläßt, zu schützen.

Art. 168. BayObLG. **13** 122—127, BayRpflZ. **12** 218 f. Nach dem Gemeinen Rechte bestand in Ansehung der Erbschaftsgegenstände, die beim Eintritt einer bestimmten Bedingung oder eines Zeitpunkts an einen fideikommissarisch Substituierten fallen sollten, für den Fiduziar zugunsten des Fideikommissars ein gesetzliches Veräußerungsverbot; diese gesetzliche Verfügungsbeschränkung hatte zugunsten des Fideikommissars dingliche Wirkung und bedurfte nach den Vorschriften des Hypothekengesetzes zur Vermeidung der aus der Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs sich ergebenden Folgen der Eintragung in das Hypothekenbuch. Die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestandenen derartigen Verfügungsbeschränkungen sind nach Maßgabe des bisherigen Rechtes wirksam geblieben und haben namentlich ihre dingliche Natur behalten, ihre Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte hängt aber von der Eintragung in das Grundbuch ab (s. auch zu Art. 52).

Art. 169. 1. **RG. 79** 268—271. Ein vor dem 1. Januar 1900 vereinbarter Verzicht auf die Verjährungseinrede gilt nicht nach dem 1. Januar 1900 fort (§ 225 BGB.).

2. ElsLothJZ. **12** 307—311 (Colmar). Verjähren Ansprüche der fraglichen Art, die nach dem alten Rechte in 30 Jahren verjährten, nach BGB. in kürzerer als 30jähriger Frist, so würde die im BGB. bestimmte kürzere Frist nicht allein für die seit dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen Ansprüche, sondern vom Inkrafttreten des BGB. an berechnet, auch für die bisher entstandenen Ansprüche maßgebend sein.

Art. 170. 1. ElsLothJZ. **12** 307—311 (Colmar). Ob und welche Ansprüche der Kläger gegen den Beklagten dadurch erworben hat, daß er das uneheliche Kind seiner Tochter unterhalten hat, bestimmt sich für die vor dem 1. Januar 1900 gemachten Unterhaltsleistungen entsprechend Art. 170 EGBGB. nach bisherigem Rechte.

2. SchlHolstAnz. **12** 136 f. (Kiel). Für die Auslegung einer Vertragsurkunde, die vor 1900 errichtet wurde, sind die Auslegungsvorschriften des alten Rechtes maßgebend.

Art. 181. I. Literatur. 1. Mannherz, Die Entschädigungspflicht des Nachbars, der an eine halb übergebaute Giebelmauer anbaut, JW. **12** 491 f.

2. Ebenso Breit, JW. **12** 1037—1039, und

3. Stern, JW. **12** 1039.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** SeuffBl. **12** 93 f., ElsLothJZ. **12** 166—169. Rechtsverhältnisse an einem Gebäude, das unter der Herrschaft des älteren Rechtes auf Grund eines Pachtvertrags auf den Grundstücken verschiedener Eigentümer errichtet wurde. — Ob zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. Eigentum bestand, bestimmt sich gemäß Art. 181 EG. nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes, ebenso ob einem anderen als dem Eigentümer des Grund und Bodens Eigentum an einem darauf befindlichen Gebäude oder Gebäudeteile zustand. In letzterer Hinsicht ist jedoch eine Ausnahme zu machen. Hätte das Gebäude nach bisherigem Rechte im Eigentum eines anderen als des Grundstückseigentümers gestanden, würde es aber nach den Vorschriften der §§ 93 ff. BGB. wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sein, so wäre das Sondereigentum daran mit dem Inkrafttreten des BGB. erloschen; denn von dieser Zeit an ist zufolge Art. 181 EG. auf das bestehende Eigentum, also auch auf den Umfang des Eigentums, das BGB. anzuwenden, und § 93 BGB. läßt nunmehr nicht zu, daß wesentliche Bestandteile Gegenstand besonderer Rechte sind.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1880. Die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbundenen Gerechtigkeiten — Apothekenprivileg — gelten als Bestandteile des Grundstücks. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Gerechtigkeit im Grundbuch unrichtigerweise als selbständige Gerechtigkeit eingetragen ist.

3. BayRpflZ. **12** 445 f. (Nürnberg). Über das Grenzmauer- und Anbaurecht (Eigentum oder Dienstbarkeit?) und die Gegenleistung hierfür. — Für die Beurteilung der durch den Vertrag von 1903 geschaffenen Rechtsverhältnisse gelten gemäß Art. 181 EGBGB. die Bestimmungen des BGB., da es sich um den Inhalt des Eigentums handelt.

4. RheinZ. **4** 283—285 (Zweibrücken). Über die nachbarlichen Verhältnisse zweier am Bache sich gegenüberliegenden, ursprünglich vereinten Mühlen. — Auch wenn die Störung vor dem 1. Januar 1900 liegt, richtet sich die Eigentumsfreiheitsklage nach § 1004 BGB. (JW. **00** 639, **RG. 46** 145, **52** 411).

5. KGBl. **12** 67 f. (KG.). Die Bestimmungen des ALR. I. 8 §§ 142—144 über das nachbarliche Fensterrecht sind durch Art. 89 Ziff. 1 b PrAGBGB. aufrechterhalten.

6. RheinZ. **4** 301 f. (Colmar). Es ist zunächst zu prüfen, ob für das vor 1900 errichtete Fenster das französische Recht anzuwenden, oder ob die in den §§ 65—68 AGBGB. enthaltenen Vorschriften über Nachbarrecht auch auf bestehende Rechtsverhältnisse rückwirkend sich erstrecken. Dies kann jedenfalls nicht unmittelbar aus § 181 Abs. 1 EGBGB. gefolgert werden. Denn, wenngleich Nachbarrechte den Inhalt des Eigentums betreffen, so bezieht sich der Art. 181 Abs. 1 EGBGB. doch nur auf solche Rechtsverhältnisse, welche durch die Eigentumsvorschriften des BGB. berührt werden, nicht aber auf landesgesetzlich geregelte Rechtsverhältnisse, die, wie das Fensterrecht, von dem BGB. unberührt geblieben und durch Landesgesetz abgeändert worden sind. Das hier maßgebende elsaß-lothringische Ausführungsgesetz gibt allerdings für seine §§ 65—68 keine Übergangsbestimmungen. In den Mot. zum § 62 spricht es aber aus, „daß nach allgemeinen Grundsätzen die Vorschrift des § 62 Abs. 2 keine rückwirkende Kraft hat" (vgl. Molitor, Anm. 5 zu § 63 AGBGB.). Daraus kann die Auffassung des Gesetzgebers gefolgert werden, daß überall da, wo keine besonderen Übergangsvorschriften getroffen sind, der allgemeine Grundsatz, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, Platz greift. Im vorliegenden Falle jedoch kann von einer Lösung der Frage schon deshalb abgesehen werden, weil es für die Entscheidung des Rechtsstreits im Ergebnisse keinen Unterschied macht, ob französisches oder deutsches Recht angewendet wird. Nach französischem Rechte nämlich steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkte, daß, wenn Fenster auf einen öffentlichen Weg gehen — und daß hier der Grenzweg ein öffentlicher Weg ist, steht fest —, der im Art. 678 C. c. vorgeschriebene Abstand von 6 Fuß von einem Nachbargrundstück auch dann nicht gewahrt zu sein braucht, wenn der trennende Weg schmäler als 6 Fuß ist (Carpentier, répertoire, s. v. vues et jours Nr. 117 und die dort angeführte Literatur). Das elsaß-lothringische Landesrecht hat nunmehr diese frühere Streitfrage des französischen Rechtes im Sinne der herrschenden Meinung durch den § 68 AGBGB. entschieden, nach welchem Fenster, die auf einen öffentlichen Weg gehen, den Beschränkungen des — 1,90 m Abstand von der Grenze des Nachbargrundstücks fordernden — § 65 AGBGB. nicht unterworfen sind (s. auch zu Art. 124).

Art. 182. 1. WürttJ. **12** 172 f. (Stuttgart) über die Anerkennung des Stockwerkseigentums in Württemberg und die Voraussetzungen des Vorliegens dieses Rechtes.

2. RheinZ. **4** 444 f., BadRpr. **09** 178 (Karlsruhe). Das bisherige Stockwerkseigentum bleibt zwar bestehen, kann aber nicht mehr neu begründet werden. Es kann demgemäß auch, wenn es durch Konfusion infolge Zusammentreffens der Teilrechte in einer Hand bei dem servitutenartigen Charakter des Stockwerkseigentums einmal erloschen, nicht wieder ins Leben treten (s. auch zu Art. 189).

Art. 184. I. Literatur. Gerstlauer, Die Protestationen des alten bayerischen Hypothekenrechts und das geltende Recht, BayRpflZ. **12** 433 f. Ding-

liche Wirkung, die ihren Bestand auf Grund Art. 184 EGBGB. sicherte, kommt ihnen nicht zu. Die Protestationen des § 27 BayHypG. vom 1. Juni 1822 entstammen demselben Rechtsgedanken wie der Widerspruch nach § 899 Abs. 1 und nach § 1139 BGB., und soweit sie auch in der formellen und materiellen Seite mit ihm übereinstimmen, muß man ihnen daher auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes Rechtswirksamkeit zuerkennen. Alle anderen aber haben von dem Zeitpunkt ab, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, jegliche Geltung verloren; es kommt ihnen nur mehr der Wert einer mehr oder weniger beweiskräftigen Urkunde zu.

II. Rechtsprechung. 1. SeuffBl. **12** 578 f. (BayObLG.). Der Rang des erloschenen, aber noch nicht gelöschten Teiles einer altrechtlichen Annuitätenhypothek, bei deren Bestellung der Eigentümer sich das Recht der Rangeinräumung nicht ausdrücklich vorbehielt und den Vorbehalt im Hypothekenbuche nicht eintragen ließ, kann vom Eigentümer einer neuen Hypothek ohne die Zustimmung der Gläubiger der altrechtlichen Nachhypotheken nicht eingeräumt werden. — Mit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB. verwandelten sich die auf einem Grundstücke lastenden Hypotheken gemäß Art. 192 EGBGB. in Hypotheken, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, also in Hypotheken des neuen Rechtes mit sich hieraus ergebenden Inhalt und Wirkungen. Dies setzt aber voraus, daß eine Hypothek wirklich besteht. Soweit die Hypothekforderung zur Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, getilgt war, bestand die Hypothek nach § 2 HypG. nicht mehr; es können deshalb auch der Art. 192 und dementsprechend die §§ 1163 und 1177 BGB. keine Anwendung finden. Im Zeitpunkte der Grundbuchanlegung erloschene, wenn auch noch nicht gelöschte Hypotheken werden also nicht Eigentümerhypotheken des BGB. (Planck, BGB. [3], Bem. 3 zu Art. 192 EG.; BayObLG. **7** 377). Der Art. 192 EGBGB. bedeutet eine Abweichung von dem Grundsatze des Art. 184 Satz 1 EGBGB., daß Rechte, mit denen eine Sache zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalte bestehen bleiben. Von dem im Art. 184 Satz 1 weiter enthaltenen Grundsatze, daß Rechte, mit denen eine Sache zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Range bestehen bleiben, ist im EG. für Hypotheken eine Ausnahme nicht gemacht (Planck aaO., Bem. 1 vor Art. 192). Der Art. 194 EG. eröffnet zwar den Landesgesetzgebungen die Möglichkeit, in das Rangverhältnis der zur Zeit der Grundbuchanlegung an einem Grundstücke bestehenden Hypotheken einzugreifen. Hiervon hat aber Bayern keinen Gebrauch gemacht.

2. SchlHolstAnz. **12** 67—74 (Kiel). Für die Frage, ob die auf deutsch-rechtlicher Grundlage — im Jahre 1793 — entstandenen servitutartigen Gerechtsame der Ausübung nach übertragbar sind, ist gemäß Art. 184 EG. nach den bisherigen Gesetzen zu entscheiden und nach diesen — und zwar dem Gemeinen Rechte — zu verneinen.

3. **RG. 77** 1—5. Art. 184 will nicht die Frage regeln, ob die gutgläubigen Erwerber neuer Pfandrechte gegenüber den alten Pfandrechten zu schützen sind.

4. **RG.** ZBlFG. **13** 205—207 über die analoge Anwendbarkeit des § 52 GBO. bei erbrechtlichen Verhältnissen früheren Rechtes, insbesondere bei römisch-rechtlichen Familienfideikommissen, gemeinrechtlichen Universal- und Singularfideikommissen (s. auch zu Artt. 59, 65, 69, 189, 192, 194).

Art. 186. WürttJ. **12** 170 (Stuttgart). Nach der Königl. VO. betr. das Grundbuchwesen vom 30. Juli 1899 § 1 haben vom 1. Januar 1900 an die Grundbücher, Servitutenbücher und Unterpfandbücher als Grundbuch gegolten.

Art. 187. **RG.** RheinZ. **4** 445, BadRpr. **09** 171 ff. Eine „bestellte" Grunddienstbarkeit bedarf zur Rechtswirksamkeit gegen Dritte nach badischem Rechte

nicht der Eintragung ins Grundbuch. Von der Ermächtigung des Abs. 2 des Art. 187 EGBGB. hat die badische Gesetzgebung keinen Gebrauch gemacht.

Art. 189. 1. FrankfRundsch. **46** 161—163 (Frankfurt). Art. 189 EGBGB. bezieht sich nur auf die dingliche Rechtsänderung, nicht auf das ihr zugrunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft. Das obligatorische Veräußerungsgeschäft, seine Gültigkeit und Wirksamkeit richten sich vielmehr seit 1900 auch da, wo das Grundbuch noch nicht angelegt ist, nach BGB. Nach Stockbuchrecht wird das Eigentum an unbeweglichen Sachen erworben, wenn auf den Antrag des Eigentümers auf Grund eines die Eigentumsübertragung bezweckenden gültigen Rechtsgeschäfts die Überschreibung auf den Erwerber im Stockbuche stattgefunden hat. Insofern, als ein gültiger Titel vorhanden sein muß, läßt sich daher wohl sagen, daß nach Stockrecht das gültige obligatorische Geschäft Teil des dinglichen Geschäfts ist. Im übrigen bleibt der Titel aber ein obligatorisches Geschäft, und die Frage, ob es gültig ist, wird durch Art. 189 EGBGB. nicht berührt, richtet sich vielmehr nach BGB.

2. RheinZ. **4** 443 f., BadRpr. **09** 92 (Karlsruhe). In der Gemeinde H. war das reichsrechtliche Grundbuch als am 1. November 1901 angelegt erklärt worden; am 20. April 1901 hatten der Vater der Kläger und der Beklagte einen Grundstücksveräußerungsvertrag zu notarieller Urkunde abgeschlossen, worin aber der Kaufpreis nicht in der wirklich vereinbarten Höhe angegeben wurde; die Klage aus dem Kaufvertrage wurde vom OLG. abgewiesen mit der Begründung: Nach Art. 189 EGBGB. gelten zwar für den Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken, solange das reichsrechtliche Grundbuch nicht angelegt sei, noch die „bisherigen Gesetze"; das gelte aber nur für die dingliche Rechtsordnung; der obligatorische Kaufvertrag aber bedürfe mit dem 1. Januar 1900 der Form des § 313 BGB. zu seiner Rechtswirksamkeit. Daraus ergebe sich, daß in der Zwischenzeit — bis das Reichsgrundbuchrecht in Kraft tritt — das Eigentum an einem Grundstücke nicht mehr durch einen formlosen Kaufvertrag (LRS. 1582) übergehen könne, sondern nur durch einen nach § 313 BGB. formgültig abgeschlossenen Vertrag. Der vorliegende Vertrag sei aber, weil der Kaufpreis einen wesentlichen Bestandteil des formalisierten Vertrags darstelle und der darin beurkundete Preis nach den beiderseitigen Verträgen sicher nicht vereinbart sei — der Kläger behauptete eine Vereinbarung auf 29 000 M., der Beklagte eine solche auf 24 000 M., während die Urkunde eine andere Summe nannte — nach §§ 125, 139 BGB. seinem ganzen Inhalte nach ungültig. Eine Heilung dieser Nichtigkeit nach Satz 2 des § 313 BGB. sei unmöglich, weil dem noch geltenden badischen Liegenschaftsrechte die Auflassung gänzlich fremd sei, die erfolgte Grundbucheintragung aber eine ganz andere Bedeutung habe, wie nach deutschem Rechte. Für die badischen Gebiete, in denen noch das alte Liegenschaftsrecht gelte, sei der Satz 2 des § 313 BGB. bedeutungslos.

3. **RG. 79** 78—81, R. **12** Nr. 1504. Die Vorschrift über den Formzwang bei Veräußerungsverträgen über Grundstücke gilt auch da, wo das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist (**RG. 64** 39).

4. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 598—600, WarnE. **12** 129. Wenn auch von dem Zeitpunkt ab, wo das Grundbuch für angelegt erklärt ist, nach der herrschenden Meinung die Vermutung des § 891 BGB. auch älteren Eintragungen zugute kommt, so ist doch aus § 891 BGB. nichts für die Frage herzuleiten, welche rechtliche Natur das eingetragene Recht hatte und ob es ungeachtet seines Fortbestehens im Grundbuche durch das AblösungsG. vom 2. März 1850 aufgehoben ist (s. auch zu Art. 184).

Art. 191. I. Literatur. Kley, Gemeinschaftliche Einfahrten, Bad. NotZ. **12** 57—85. Der Verf. erörtert die grundbuchliche Behandlung, die das Recht der gemeinschaftlichen Einfahrt in Preußen, Bayern, Württemberg und Baden gefunden, und seine Regelung nach Inkrafttreten des neuen Rechtes.

II. Rechtsprechung. 1. R. 12 647 (BayObLG.). Art. 43 BayAGBGB. Altenteilssicherung durch Hypothek war nach der Rechtsübung vor 1900 auch dann nicht ausgeschlossen, wenn es sich um den Vorbehalt einer persönlichen Dienstbarkeit handelte.

2. **RG. 79** 375—380, JW. **12** 923 f. Nr. 24. ALR. I. 22 §§ 11, 12, 30 ff. Eine Grundstückslast mit dem Inhalt, einen Entwässerungskanal zu dulden und zu unterhalten, stellt nach preußischem Rechte eine Grundgerechtigkeit, keine Reallast dar. Die damit verbundene Verpflichtung des Berechtigten, die Hälfte der Unterhaltskosten zu tragen, stellt lediglich eine Einschränkung der Berechtigung dar, ändert aber nicht den Charakter der Last.

3. SeuffBl. **12** 527 (BayVGH.). Wenn der Inhalt und Umfang einer öffentlichen Wegedienstbarkeit streitig sind, entscheiden die Zivilgerichte.

4. **RG.** ElsLothJZ. **12** 164 f. Erfordernisse der servitude apparente nach Artt. 689, 690 C. c. — Bei einer Wasserbezugsdienstbarkeit genügt nicht schon das Vorhandensein einer Anlage, mittels deren nur tatsächlich dem unterhalb liegenden Grundstücke der Kläger Wasser zugeführt wurde; erforderlich war vielmehr eine äußere Anlage, die für die Eigentümer des angeblich dienenden Grundstücks unzweideutig ein Dienstbarkeitsverhältnis zugunsten des benachbarten Grundstücks erkennen ließ.

Art. 192. I. Literatur. Hemberger, Bei einem altrechtlichen unter Reichsgrundbuchrecht angeblich in eine Eigentümerhypothek übergegangenen Pfandrechte darf der Pfänder der angeblichen Eigentümerhypothek nicht eingetragen werden, BadNotZ. **12** 36 f.

II. Rechtsprechung. KGJ. **41** 243, R. **12** Nr. 2304. Die Hypotheken des früheren nassauischen Rechtes sind als Buchhypotheken anzusehen (s. auch zu Artt. 184, 189).

Art. 194. S. zu Art. 184.

Art. 200. I. Allgemeines. 1. **RG.** JW. **12** 298—300 Nr. 18, WürttZ. **12** 178, WarnE. **12** 134—136. Wann ist das alte und wann das neue Recht bei der Frage anzuwenden, ob der überlebende Ehegatte ein Pflichtteilsrecht habe? Grundsätzlich sind nach Art. 213 EG. für die erbrechtlichen Verhältnisse in allen Beziehungen die Vorschriften des BGB. maßgebend, und es bleiben nach Art. 200 EG. die letzteren nur insoweit außer Anwendung, als sie durch erbrechtliche Wirkungen des bisherigen Güterstandess ausgeschlossen werden (vgl. hierzu besonders **RG. 65** 254). Enthält das alte Güterrecht also zwar wohl Vorschriften für den Fall der gesetzlichen Erbfolge, nicht aber solche für den Fall der testamentarischen, um die es sich hier nach dem oben Erörterten allein handelt, enthält es also mit anderen Worten keine Vorschriften über ein Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten, so greifen insoweit die Vorschriften des BGB. ein. Wenn dagegen dem überlebenden Ehegatten nach dem bisherigen Güterrecht irgendwelche unentziehbare Rechte von Todes wegen gebühren, insbesondere ein Nießbrauchsrecht am Nachlasse des Verstorbenen, so kann er daneben nicht noch Pflichtteilsansprüche nach dem BGB. erheben. Das alte Güterrecht ist auch dann maßgebend, wenn es zuläßt, daß ein Ehegatte dem anderen die ihm nach dem bisherigen Güterstande von Todes wegen an und für sich zustehenden Befugnisse durch letztwillige Verfügung einseitig entziehen kann, ein Pflichtteilsrecht des Überlebenden also ausschließt. Aber wenn das alte Güterrecht sich indifferent verhält, wenn es überhaupt keine Vorschriften für den Fall der Errichtung eines Testaments enthält, so fehlt es insoweit an erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes, und es ist Raum für die Anwendung des BGB. Etwas anderes besagen auch die vom Berufungsgericht zitierten Schriftsteller und Urteile nicht, insbesondere nicht die Entsch. des **RG.** vom 23. Januar 1905, IV. 360/04, JW. **05** 132 Nr. 3 (vgl. noch Urt. vom 8. Juli 1909, IV. 552/08, teilweise abgedr. in WarnE. **09** Nr. 516). Selbst wenn

dem nach einem besonderen Güterrechte lebenden Ehegatten bis zum 1. Januar 1900 ein Pflichtteils- oder Noterbrecht nicht zuerkannt ist, bleibt immer noch die Frage offen, ob dies eine Besonderheit dieses Güterrechts, eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes ist, oder ob nicht vielmehr die Versagung in dem bis dahin neben dem Güterrechte in Geltung gewesenen allgemeinen Erbrechte seinen Grund hat. In dieser Beziehung kommt hier in Betracht, daß das alte Güterrecht zu einer Zeit entstanden ist (1592), wo das gemeine Recht in Geltung war, das ein Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten nicht kannte, und daß in dem hier fraglichen Bezirke das gemeine Recht bis zum 1. Januar 1900 fortgegolten hat. Ist nicht das Güterrecht, sondern das gemeine Recht der Grund gewesen, aus dem ein Pflichtteilsrecht nicht anerkannt ist, so würde jetzt das Pflichtteilsrecht des BGB. gelten, weil dieses an die Stelle des gemeinen Rechtes getreten ist (Art. 55 EG.). Ein Bedenken gegen die Richtigkeit der vorstehend vertretenen Auffassung kann auch nicht aus Art. 59 § 7 AG. entnommen werden. Nach den Mot. zum Art. 58 Entw. (= Art. 59 G.) sollten auf die bisherigen erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes, je nachdem sie dem Erbrecht oder dem Pflichtteilsrechte nach neuem Rechte entsprechen, die Vorschriften des § 1933 oder die Vorschriften der §§ 2335—2337 BGB. zur Anwendung kommen. Danach sollte also den Rechten des überlebenden Ehegatten ihr bisheriger Charakter als Erb- oder Pflichtteilsrecht belassen werden. Diese Absicht hat zwar im Gesetze keinen ganz deutlichen Ausdruck gefunden. Aber die Bestimmung, daß jene Vorschriften nur entsprechende Anwendung finden sollten, gibt einen Anhalt dafür, daß eine Änderung des Wesens der bisherigen Rechte nicht beabsichtigt war (vgl. auch die Fassung der Art. 4 § 4 Abs. 1, § 15, Art. 12 § 13, Art. 8 § 3 Abs. 2 VO. betr. den Güterstand bestehender Ehen vom 20. Dezember 1899, GS. 607).

2. RheinZ. **4** 487—491 (Colmar). Zeitliche Herrschaft der Kollisionsnormen des französischen Rechtes für die Güterstände der am 1. Januar 1900 bestehenden Ehe. — Dafür, welches Recht auf das streitige Rechtsverhältnis anzuwenden ist, kommt es zunächst auf die Beantwortung der Vorfrage an, welcher Rechtsordnung die örtlichen und zeitlichen Kollisionsnormen zu entnehmen sind, die für den Güterstand der Eheleute F. in Betracht kommen. Diese Vorfrage ist, da der Richter ausschließlich an die Kollisionsnormen seines eigenen Rechtes gebunden ist, nach dem heute geltenden inländischen Gesetze, d. h. nach den in dem EGBGB. enthaltenen Grundsätzen zu entscheiden. Der zeitliche Geltungsbereich der jetzigen Kollisionsnormen ist zwar im EGBGB. nicht ausdrücklich bestimmt. Aber mit der in der Rechtslehre und Rechtsprechung überwiegend herrschenden Ansicht ist anzunehmen, daß die Kollisionsnormen des EG. nicht früher in Geltung getreten sind, als die materiellen Sätze des BGB. Daher können auf die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Rechtsverhältnisse die Kollisionsvorschriften des neuen Rechtes nur dann Anwendung finden, wenn für diese Rechtsverhältnisse nach den Übergangsvorschriften des EGBGB. überhaupt das neue Recht anwendbar wäre. Da nun im Art. 200 Satz 1 EGBGB. für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehe „die bisherigen Gesetze" maßgebend bleiben sollen, so muß angenommen werden, daß zeitlich auch die Kollisionsnormen des früheren, im Inlande geltenden Rechtes für solche Güterstände in Kraft bleiben. Auf den Güterstand der Eheleute F., die als französische Staatsangehörige vor 1900 (1857) in Frankreich die Ehe eingegangen sind, das fragliche Grundstück vor 1900 (1873) erworben und vor 1900 (seit 1878) ihren Wohnsitz im Inlande genommen und behalten haben, kommen daher nicht die Bestimmungen der Artt. 15, 25 EGBGB. zur Anwendung, sondern die Kollisionsnormen des vor 1900 in Elsaß-Lothringen geltenden französischen Rechtes (Habicht-Greiff, Intern. Privatrecht 38 Vorbem. VII 2 und die dort angeführte Literatur; insbesondere Zitelman, JheringsJ. **42** 189—204; JW. **01**

452 Beil. 178, **02** 67, sowie Beil. 227; OLG. **14** 292; aA. Riedner, R. **00** 250). Das eheliche Güterrecht der Eheleute F. bestimmt sich sonach nicht, wie der Erstrichter angenommen hat, gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB. nach dem Rechte der Staatsangehörigkeit, sondern nach dem Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes der Ehegatten (Zachariae-Crome 1 § 30 Anm. 3a; Aubry und Rau § 504 bis Anm. 4). Da indessen die Eheleute F. französische Staatsangehörige sind, und auch ihr erster ehelicher Wohnsitz in Frankreich lag, so macht es in sachlicher Hinsicht keinen Unterschied, ob die Kollisionsnormen des vor oder des nach 1900 geltenden Rechtes anzuwenden sind, da nach beiden das französische Recht für den Güterstand der Eheleute F. an sich maßgebend ist.

3. **RG.** JW. **13** 208 f. Nr. 22. Das Recht des Ehegatten, den provinzialrechtlichen Pflichtteil zu fordern, auch nachdem er die ihm im Testamente gemachten Zuwendungen angenommen hat, ist ihm auch nach Einführung des BGB. erhalten geblieben. Es handelt sich in dieser Beziehung um eine Fortdauer der erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes.

4. PosMSchr. **12** 57 f. (Posen). Wenn durch Ehevertrag vor 1900 die provinzielle Gütergemeinschaft aufgehoben und das Frauenvermögen zum Vorbehaltsgut erklärt worden ist, so ist dieser Güterstand gleichzuachten der — die Kostenvorschußpflicht ausschließenden — Gütertrennung nach BGB.

5. BayObLG. **12** 886 (Bamberg). Aus Art. 200 EGBGB. erhellt, daß bezüglich einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. nicht mehr bestehenden Ehe erst recht die bisherigen Gesetze gelten.

II. Einzelrecht. 1. Preußen. **RG.** R. **12** 390. Zu §§ 368 ff. II. 2 ALR. Nach den §§ 368—377 II. 2 ALR. können die Eltern, die in Gütergemeinschaft verheiratet sind, schon bei Lebzeiten ein Kind wegen seines Erbrechts an dem Nachlasse des Erstversterbenden zugunsten des Überlebenden durch Erbvertrag mit der Wirkung abfinden, daß das abgefundene Kind an den Nachlaß des Erstversterbenden gar keinen Anspruch hat. Ein solcher Erbvertrag ist als Erbentsagungsvertrag im Sinne der §§ 649—654 I. 12 ALR. anzusehen und bedarf — abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 654, wo zugunsten der Geschäftsunfähigen gerichtliche Aufnahme vorgeschrieben ist, — keiner besonderen Form. Für ihn ist weder die Testamentsform noch die Form des § 484 II. 2 ALR. notwendig (vgl. **RG.** vom 5. Juli 1909, IV. 577/08). In dem letztgenannten Urteil ist insbesondere auch ausgeführt, daß die bezeichneten §§ 368 ff. II. 2 ALR. allerdings nach ihrer Fassung nur Abfindungsverträge zwischen den Eltern einerseits und den Kindern andererseits im Auge haben, daß sie aber entsprechende Anwendung auch auf solche Fälle finden, in denen ein Ehegatte das bei der Eingehung der Ehe bereits vorhandene Kind des anderen Teiles durch Abfindung von dem gemeinschaftlichen Vermögen zu seinen (des Stiefparens) Gunsten ausschließen will.

2. Französisches Recht. a) **RG. 79** 345—356, JW. **12** 813 f. Nr. 36 (in eingehender Begründung). Artt. 56 §§ 1, 5; 59 § 3; 44 PrAG. Nach Überleitung der rheinischen Gütergemeinschaft in die Fahrnisgemeinschaft des BGB. haften die Frau und ihre Erben für die vor dem 1. Januar 1900 von dem Manne begründeten Gemeinschaftsschulden. Sie können sich von jener Haftung auch nicht dadurch befreien, daß sie nach rheinischem Rechte der Gütergemeinschaft entsagen; — denn diese Befugnis ist mit dem Inkrafttreten des neuen Rechtes beseitigt. Sie sind jedoch nicht persönliche Schuldner und haften nur mit den dem Nachlasse zugeteilten Gegenständen. Es handelt sich daher auch nicht um eine Nachlaßverbindlichkeit im Sinne des § 1967 BGB., und es kann demgemäß eine Verletzung der Inventarpflicht auch nicht eine unbeschränkte Haftung aus § 2005 BGB. herbeiführen. b) ZBlFG. **13** 367 (Colmar). Wenn in einem vor 1900 errichteten Ehevertrage der eine zweite Ehe eingehende Ehegatte für den Fall seines Vorabsterbens dem

anderen Ehegatten das volle Eigentum seines beweglichen und unbeweglichen Vermögens, das seinen Nachlaß bilden wird und worüber das Gesetz ihm zu verfügen gestattet, zugewendet hat, so kann der Überlebende beim Vorhandensein von Kindern aus beiden Ehen des Verstorbenen auf Grund dieser Schenkung nur einen Kindesteil ansprechen, jedoch steht ihm die Wahl zu, statt dessen sein gesetzliches Erbrecht nach neuem Rechte geltend zu machen (Art. 1094 Code civil, § 133 BGB.) [s. dazu ZBlFG. **10** 735]. **c**) S. zu I.

3. Hamburg. **a**) HansGZ. **12** Hptbl. 248—250 (Hamburg). Die obige Bestimmung findet auch auf den Güterstand einer vor 1900 bestehenden, aber durch den Tod des Mannes schon beendigten Ehe Anwendung. Die damals fortgesetzte Gütergemeinschaft von Witwe und Kindern ist nach § 21 HambGüterstandsG. zu beurteilen. Zwar findet darauf das Recht des BGB. über fortgesetzte Gütergemeinschaft Anwendung, aber es bleiben durch Verträge oder letztwillige Verfügungen vor 1900 getroffene abweichende Anordnungen in Kraft. Unter letzteren sind aber nur mit dem Tode des oder der Erblasser bereits wirksam gewordene letztwillige Verfügungen zu verstehen. **b**) HansGZ. **12** Hptbl. 245—248 (Hamburg). Nach hamburgischem Rechte (§ 17 GüterstandsG.), das aber nur für hamburgische Ehen gilt, die beim Inkrafttreten des BGB. bestanden haben, genügt eine letztwillige Verfügung des Ehemanns allein zum Ausschluß der Fortsetzung der Gütergemeinschaft.

4. Lübisches Recht. **a**) SchlHolstAnz. **12** 321—323 (Kiel). Die Eltern des Klägers, von denen der Vater vor 1900 ohne Testament verstorben ist, haben in beerbter Ehe nach dem für die Altstadt Kiel geltenden lübischen Rechte (Reskr. vom 26. April und 22. August 1765 in System. Samml. I, 76 f.) gelebt. Der für sie maßgebende Güterstand war demnach derjenige der Verwaltungsgemeinschaft und nicht der Gütergemeinschaft, die auch nicht dadurch eintrat, daß nach dem Tode des Vaters die Mutter in ungeteiltem Gute mit ihren Kindern fortlebte. **b**) SchlHolstAnz. **12** 321—323 (Kiel). Die mit ihren Kindern in ungeteiltem Gute sitzende lübische Witwe ist zu letztwilligen Verfügungen über ihr Vermögen befugt.

5. Jütsches Low. **a**) SchlHolstAnz. **12** 227—229 (KG.). Die Rechtssätze des jütschen Lows über die Rechte des überlebenden Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Gute sind als erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes im Sinne des Art. 200 EGBGB. anzusehen. Es kann die Rechtsgültigkeit der im AGBGB. Art. 46 § 2, Art. 55 § 3 enthaltenen Deklaration dahingestellt bleiben; — denn es führt auch eine freie Prüfung der einschlägigen Rechtssätze des jütschen Low nach ihrem materiellen Inhalt und ihrer geschichtlichen Entwickelung zu dem Ergebnisse, daß sie als erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes im Sinne des Art. 200 EGBGB. anzusehen sind (eingehend begründet). **b**) SchlHolstAnz. **12** 5—7 (Kiel) über die fortgesetzte Gütergemeinschaft und ihre Aufhebung nach Land- und Marschrecht, — einem Gewohnheitsrechte, das im wesentlichen Bestimmungen über eheliches Güterrecht und Erbrecht aufstellt, — und das Institut der väterlichen Aussage, wonach der abteilende Ehemann den Kindern statt des Anteils am mütterlichen Nachlasse durch einseitige Aussage eine Abfindung bestimmt. **c**) SchlHolstAnz. **12** 225—227 (KG.) — in eingehender Begründung —. Das nach Art. 46 Abs. 3 AGBGB. dem überlebenden Ehegatten zustehende Wahlrecht geht mit dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist verloren, auch wenn er keine Kenntnis von dem Wahlrechte gehabt hat.

6. Fränkisches Recht. **a**) BayObLG. **12** 883—890 (Bamberg). Die Frage, welche güterrechtlichen Wirkungen die vor dem Inkrafttreten des BGB. durch den Tod des einen Ehegatten eingetretene Auflösung einer nach der fränkischen Landgerichtsordnung bestandenen gütergemeinschaftlichen Ehe für den überlebenden Ehegatten und die Abkömmlinge der Ehegatten hat, bemißt sich nach den Vorschriften der Landgerichtsordnung. Danach ist mit dem Tode des Ehegatten nicht fortgesetzte Gütergemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit den Abkömmlingen, sondern

Konsolidation, d. i. Vereinigung aller Rechte bezüglich des gemeinschaftlichen Vermögens der Ehegatten in der Person des überlebenden Ehegatten eingetreten. Die Kinder oder an ihrer Stelle die Enkel haben nur ein Recht auf Herausgabe von zwei Dritteln des gemeinschaftlichen Vermögens, wenn von dem überlebenden Ehegatten die Grundteilung angeboten oder nach dem Gesetze verwirkt ist. Diese Verwirkung tritt nicht erst mit Eingehung einer weiteren Ehe, sondern schon durch ein Verlöbnis ein, das zur weiteren Ehe führen soll. Das Gericht kann ferner auf Grund des ihm vom Gesetz eingeräumten Ermessens die Grundteilung als verwirkt ansehen, wenn aus dem Verhalten des überlebenden Ehegatten sich ergibt, daß er seine Abkömmlinge um ihren Zweiteil zu bringen gewillt ist und sie auch ferner Gefahr laufen, falls er nicht zu dessen Reichung verhalten würde. b) BayObLG. **12** 586—592, SeuffBl. **12** 22 f. Die Verwirkung der Grundteilung nach der fränkischen Landgerichtsordnung gibt den Kindern, denen gegenüber die Verwirkung eingetreten ist, nur eine Forderung gegen die Eltern auf den Zwei- oder Pflichtteil, nicht aber ein dingliches Recht an dem Gesamtgute der Gütergemeinschaft oder dessen Bestandteilen, sie können daher nicht auf Grund der Verwirkung der Grundteilung ein Miteigentum an den Gesamtgutsgrundstücken geltend machen.

7. Bayreuther Recht. BayObLG. **12** 700—706, SeuffBl. **12** 97 f. Stirbt von Eheleuten, die in dem aus der Gütergemeinschaft des Bayreuther Rechtes übergeleiteten Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft des BGB. gelebt haben, der Mann vor der Frau mit Hinterlassung von nicht gemeinschaftlichen Abkömmlingen, so gehört das Gesamtgut, soweit es nicht zur Erstattung des Wertes des von der Frau in die Gütergemeinschaft Eingebrachten erforderlich ist, zum Nachlasse des Mannes; hat die Frau Vermögen nicht in die Ehe gebracht, so gehört das ganze Gesamtgut kraft Gesetzes vom Tode des Mannes an zu dessen Nachlaß. Die Erben des Mannes können von der überlebenden Frau die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs in Ansehung der im Grundbuch eingetragenen oder eintragungsfähigen Rechte, die Bestandteile des Gesamtguts sind, verlangen. Einer Auflassung der zum früheren Gesamtgute gehörenden Grundstücke bedarf es nicht.

8. Nassauisches Recht. FrankfRundsch. **46** 178—184 (Frankfurt). Das nassauische Leibzuchtsrecht hat gemäß Artt. 53 § 6, 46 § 2 AGBGB. erbrechtliche Natur. Deshalb besteht kein Bedenken, dem überlebenden Ehegatten einen Erbschein (Leibzuchtsschein, Leibzuchtsattest) über das ihm zustehende Erbrecht der Leibzucht zu erteilen, mag seine Leibzucht rein auf dem Gesetze beruhen oder mag sie ihm von dem Erblasser in einer letztwilligen Verfügung noch ausdrücklich bestätigt sein.

9. Frankfurter Reformation. FrankfRundsch. **46** 169—174 (Frankfurt). Die Rechte des überlebenden Ehegatten an dem Nachlasse können sich nach der Frankfurter Reformation auf einen Ehevertrag gründen, wenn dieser nicht nur güterrechtliche, sondern auch erbrechtliche Bestimmungen getroffen hat, so daß er die Natur eines Erbvertrags besitzt. Nach der Frankfurter Reformation kann der Gesamtanteil des überlebenden Ehegatten an dem Nachlasse nicht mehr als ein Kindesteil betragen.

10. Solmser Landrecht. HessRspr. **12** 365—367 (LG. Gießen). Haben die Eheleute vor 1900 geheiratet und für ihre ehelichen Güterrechtsverhältnisse Solmser Landrecht vereinbart, so leben sie jetzt in übergeleiteter Errungenschaftsgemeinschaft (s. auch zu Artt. 213, 214.)

Art. 203. 1. SeuffBl. **12** 526 (BayVGH.). Hinsichtlich der Ehelichkeit der vor dem Inkrafttreten des BGB. geborenen Kinder haben die Bestimmungen des zur Zeit der Geburt an dem Geburtsorte bzw. dem Orte des väterlichen Wohnsitzes geltenden Zivilrechts maßzugeben. Dies gilt nicht nur für die Berechtigung zur Anfechtung, sondern auch für die Anfechtungsfrist. Nach bayerischem

Rechte (BayLR. I c 4, § 9 Nr. 2, 3, § 10 Nr. 4) besteht keine Beschränkung der Ehelichkeitsanfechtung auf den Ehemann und keine Festsetzung einer bestimmten Ausschlußfrist, jedoch Erfordernis eines unumstößlichen Gegenbeweises gegen die Vermutung des ehelichen Geschlechtsverkehrs und der Kausalität desselben, — eines vollkommen schlüssigen Beweises, daß das Kind vom Ehemanne nicht erzeugt sein kann.

2. HansGZ. **12** Hptbl. 250—252 (Hamburg). Die einjährige Anfechtungsfrist des § 1594 BGB. findet auf solche Kinder, die vor dem 1. Januar 1900 geboren worden sind, keine Anwendung. Zur Anfechtung genügt nach früherem hamburgischen Rechte der Nachweis, daß ein Beischlaf der Ehegatten in der kritischen Zeit nicht stattgefunden habe — jedenfalls dann, wenn die Eheleute schon getrennt lebten —, und es bedarf nicht des Nachweises, daß der Beischlaf nicht habe stattfinden können.

3. BayObLG. **12** 503—514, insbes. 508 f., DNotV. **12** 125. Unter dem „an Kindesstatt angenommenen" Kinde im Sinne des § 209 EGBGB. ist auch das nach Maßgabe der fränkischen Landgerichtsordnung *vereinkindschaftete* Kind zu verstehen. Auch bezüglich dieses Kindes bestimmt sich nach *den bisherigen Gesetzen*, inwieweit es die rechtliche Stellung eines ehelichen hat und inwieweit der Vater und die Mutter die Pflichten und Rechte ehelicher Eltern haben. Demgemäß sind auch die *bisherigen* Gesetze dafür maßgebend, inwieweit die *Abkömmlinge* des eingekindschafteten Kindes von dessen Annahme betroffen werden. Der *Inhalt* der dem Vater und der Mutter nach dem bisherigen Rechte zustehenden Rechte und Pflichten ehelicher Eltern bestimmt sich gemäß Art. 203 EGBGB. vom Inkrafttreten des BGB. nach dessen Vorschriften. Nach diesen richtet sich dann auch die rechtliche Stellung des *Abkömmlinges* des Angenommenen zu dem Annehmenden und namentlich seine Unterhaltsberechtigung diesem gegenüber, sofern der Abkömmling nach dem bisherigen Rechte von den Wirkungen der Annahme, wenn auch nur mittelbar, betroffen wird.

Art. 206. RG. R. **12** Nr. 1202. Eine nach früherem Rechte zulässige Vereinbarung über die Sorge für die Person der Kinder bleibt gültig, es sei denn, daß die Vereinbarung zur Ermöglichung oder Erleichterung der Ehescheidung abgeschlossen worden ist. Allerdings können nach dem Rechte des BGB. Ehegatten für den Fall der Scheidung über die Erziehung der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder Verträge, die von der gesetzlichen Regel abweichen, nicht mit bindender Wirkung abschließen (**RG. 60** 266), weil die Sorge für die Person der Kinder, wie im § 1631 Abs. 1 Satz 1 BGB. gesagt ist, nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht ist und auf diese nicht wirksam verzichtet werden kann. Daraus folgt aber noch nicht, daß auch derartigen Verträgen, die unter der Herrschaft des früheren Rechtes — hier des PrALR. (GruchotsBeitr. **25** 405 und **42** 126) — gültig geschlossen sind, jetzt die Anerkennung versagt werden müßte. Im Gegenteil, aus der Vorschrift im Art. 206 EG., wonach sich, wenn auf Grund der bisherigen Gesetze eine Ehe geschieden ist, das Recht und die Pflicht der Eltern, für die Person der gemeinschaftlichen Kinder zu sorgen, im allgemeinen nach den bisherigen Gesetzen bestimmt, ergibt sich ohne weiteres, daß Vereinbarungen über die Sorge für die Person der Kinder, die früher in zulässiger Weise getroffen waren, auch fernerhin ihre Gültigkeit behalten (vgl. GruchotsBeitr. **49** 372), mag im übrigen § 138 BGB. rückwirkende Kraft haben oder nicht. Trotzdem würde der Vertrag vom 12. Februar 1895 sowohl nach altem (§§ 6, 7 I. 4 ALR.) wie nach neuem Rechte (§ 138 Abs. 1 BGB.) der Wirksamkeit entbehren, wenn er zur Ermöglichung oder auch nur zur Erleichterung der Ehescheidung abgeschlossen wäre, wenn sich die Beklagte durch die Zusagen des Klägers das Recht, der vom Landgericht ausgesprochenen Scheidung zu widersprechen, hätte abkaufen und zur Zurücknahme des von ihr eingelegten Rechtsmittels der Berufung hätte bestimmen lassen.

Art. 208. I. Literatur. Mainhard, RheinZ. **4** 436. Nach badischem Rechte hatten die unehelichen Kinder von Witwen den Familiennamen der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes, also den des früheren Ehemanns, zu führen. Darin soll nach Dorner, Kommentar zur Bad. Rechtspolizeigesetzgebung (66 ff.), mit dem Inkrafttreten des BGB. die Änderung eingetreten sein, daß solche Witwenkinder von nun ab den Mädchennamen der Mutter (gemäß § 1706 Abs. 2 BGB.) zu führen hätten. Gegen diese Ansicht, die zu einer gesetzlichen Namensänderung der vor 1900 geborenen unehelichen Witwenkinder führen würde, wendet sich der Autor. Er führt aus, daß die Witwenkinder beim Inkrafttreten des BGB. ein wohlerworbenes Recht auf die Führung des Witwennamens ihrer Mutter gehabt hätten und daß nach Art. 208 erster Halbsatz EGBGB. dieses ius quaesitum der Witwenkinder durch das BGB. nicht berührt werde.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** BayRpflZ. **12** 20 f., BadRpr. **12** 9 f. — in eingehender Begründung —. Ein uneheliches Kind, das vor dem 1. Januar 1900 geboren, aber erst nach diesem Zeitpunkte von dem natürlichen Vater nach den französischen oder badischen Gesetzen anerkannt worden ist, hat das Recht, den Familiennamen zu führen. Abs. 3 bezieht sich nicht nur auf diejenigen unehelichen Kinder, die bei Inkrafttreten des BGB. bereits anerkannt waren, sondern auch auf die, welche später anerkannt worden sind (zit. JDR. **10** 571 Ziff. 2).

2. RheinZ. **4** 435 f., BadRpr. **09** 101 (Karlsruhe). Der Kläger, dessen Vater in den erblichen Adelsstand des Großherzogtums erhoben war und der deshalb den Namen „von N.“ führte, hatte im Jahre 1893 die uneheliche Vaterschaft zu dem von der ledigen O. P. geborenen Kinde anerkannt und dabei erklärt, daß „das Kind sonach berechtigt sei, seinen Namen zu führen“. Das Kind führte dann in der Folge den Namen „von N.“, nun klagte aber der außereheliche Vater gegen das Kind auf Aberkennung des Rechtes, in seinem Namen das Adelsprädikat „von“ zu führen. Der Klage wurde stattgegeben. Das OLG. führt aus, daß für das Recht des 1892 geborenen unehelichen Kindes badischer Staatsangehörigkeit, den Namen des Vaters zu führen, gemäß Art. 208 EGBGB. die bisherigen badischen Gesetze maßgebend seien. Wie der Adelsbrief ergebe, sei die Beifügung des Wortes „von“ im Familiennamen des Klägers die unmittelbare und notwendige Folge davon gewesen, daß sein Vater den Adelsstand verliehen erhielt; danach bekamen der Vater und seine ehelichen Nachkommen das Recht, sich fortan „von N.“ zu nennen; die Beifügung des Wortes „von“ sei danach als Adelszeichen anzusehen. Nach Ziff. 21 des VI. Konstitutionsedikts „über die verschiedenen Stände“ vom 4. Juni 1808 sei daher der Beklagte als uneheliches Kind nicht befugt, sich des Adelszeichens zu bedienen. Auch wenn man das Wort „von“ nicht als Bezeichnung eines besonderen Standes (des Adelsstandes), sondern als Bestandteil des Familiennamens auffasse, sei der Beklagte doch nicht berechtigt, sich „von N.“ zu nennen, weil dieser Familienname nur den ehelichen Nachkommen des Vaters des Klägers beigelegt werden könne, und das Recht des Landesherrn, solchermaßen über die Führung des von ihm verliehenen Familiennamens Bestimmung zu treffen, nicht zu bestreiten sei. Die „Bewilligung“ des Klägers zur Namensführung des Beklagten in der Anerkennungsurkunde vermöge hieran nichts zu ändern, da sie im Widerspruche ebensowohl mit dem Adelsrechte, wie mit der Namensverleihung stehe und daher rechtlich unwirksam geblieben sei.

3. ElsLothJZ. **12** 307—311 (Colmar). Das uneheliche Kind der Tochter des Klägers ist vor 1900 in Preußen geboren. Die Mutter hat zur Zeit der Geburt und der Konzeption in Preußen gewohnt. Es ist deshalb für die Unterhaltspflicht das preußische Recht (G. vom 24. April 1854) maßgebend.

Art. 209. S. zu Artt. 203, 208.

Art. 213. I. Literatur. 1. Fraeb, Zur Nachlaßbehandlung nach BGB., ZBlFG. **13** 273—296 (281). Es unterliegt keinem Bedenken, die Auslegungsregel des § 2084 BGB. auch auf ein vor 1900 errichtetes Testament anzuwenden, wenn der Erblasser nach 1900 verstorben ist.

2. Mirre, Das gemeinschaftliche Testament und die Erbschaftssteuer, DNotV. **12** 281—299 — gegen **RG. 76** 20 —. Die Auslegungsregel des § 2269 BGB. ist auch dann anwendbar, wenn einer der Ehegatten vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist, Die Änderung der Auslegungsregeln bedeutet bei Testamenten eine Änderung der Beweislast. Neue Vorschriften über die Beweislast sind jedoch auf alte Verhältnisse anwendbar.

II. Rechtsprechung. 1. Materiellrechtlich. a) Begriff der erbrechtlichen Verhältnisse. α. RheinZ. **4** 299—301 (Colmar). Das BGB. faßt den Erbschaftsanspruch als ein erbrechtliches Verhältnis auf, insbesondere auch hinsichtlich der Frage, inwieweit der Erbschaftsbesitzer dem Erben die gezogenen Nutzungen herauszugeben hat (§§ 2020 ff.; auch Mot. V, 575 ff., 585). Und im Sinne des Art. 213 EGBGB. ist dies entscheidend für die Anwendbarkeit der bisherigen Gesetze, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist (vgl. **RG. 73** 293). β. ElsLothJZ. **12** 44—48 (Colmar). Der Erbschaftskauf und noch mehr der Kauf eines Erbteils gehört zu den erbrechtlichen Verhältnissen im Sinne von Art. 213 EGBGB. und ist deshalb nach altem Rechte zu beurteilen, auch wenn er erst nach dem 1. Januar 1900 geschlossen wurde, sofern der Erblasser vor 1900 gestorben ist, anderenfalls nach neuem Rechte. γ. **RG.** JW. **11** 342 Nr. 52, DNotV. **12** 111. Nach gemeinem Rechte wird durch die vertragsmäßige Anerkennung der Gültigkeit eines Testaments unmittelbar ein erbrechtliches Verhältnis erzeugt; der ungültig Eingesetzte erhält die Stellung, als wenn er gültig eingesetzt wäre. b) Erbrechtliche Bestimmungen des früheren Rechtes. α. **RG.** JW. **12** 924 f. Nr. 25 über die Frage, inwieweit Verfügungen, die ein Miterbe vor der Erbteilung über einen einzelnen Nachlaßgegenstand trifft, nach preußischem Rechte wirksam sind, insbesondere im Falle der Versteigerung eines solchen Gegenstandes zum Zwecke der Auseinandersetzung unter den Miterben. β. **RG.** R. **12** 389. Zu § 469 I. 12 ALR. Der überlebende Ehegatte war als Vorerbe aus einem wechselseitigen Testamente, selbst wenn es sich um eine fideikommissarische Substitution auf den Überrest handelte, in der freien Verfügung über den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten durch § 469 I. 12 ALR. beschränkt. Von einer ihm zustehenden freien Verfügung über den Nachlaß konnte noch weniger dann die Rede sein, wenn der Substitution die Einschränkung auf den Überrest fehlte. Diese erbrechtlichen Beschränkungen des Rechtes zur Verfügung unter Lebenden übertragen sich da, wo in der Ehe mit dem Erblasser Gütergemeinschaft bestanden hatte, von dem Nachlaß auf das beim Ableben des ersten Ehegatten vorhandene, in dem Anteil am Gesamtgute der ersten Gütergemeinschaft bestehende eigene Vermögen des Vorerben. Denn obwohl der überlebende Ehegatte durch den Erbfall Alleineigentümer des Gesamtguts wurde, hatte er bei jedem zum Gesamtgute gehörenden Gegenstande die Schranken einzuhalten, die ihm in seiner Eigenschaft als Vorerbe hinsichtlich der Verfügung gezogen waren. γ. **RG.** R. **12** 389. Erbschaftskauf. Da die Erblasser vor Inkrafttreten des BGB. verstorben sind, unterliegt gemäß Art. 213 EGBGB. der Erbschaftskauf den Vorschriften des früheren Rechtes, des PrALR. (**RG. 73** 291, JW. **11** 356 Nr. 1), und nach § 1 c G. über die Form einiger Rechtsgeschäfte vom 11. Juli 1845 in Verbindung mit § 131 I. 5 ALR. genügt der Abschluß des Vertrags in schriftlicher Form (vgl. JW. **01** 261 Nr. 29). Ein „wirklicher" Erbschaftskauf ist nach § 447 I. 11 ALR. vorhanden, wenn das Erbschaftsrecht selbst oder ein Teil desselben verkauft worden ist, nicht bloß ein bestimmter Inbegriff von Erbschaftssachen im Sinne des § 448 I. 11 ALR. Ohne Bedeutung ist, daß das An-

recht am Nachlaßgrundstücke, das die Vertragschließenden irrtümlich als dem verkaufenden Beklagten nicht zustehend erachteten, von dem Verkauf ausgenommen wurde. Aus § 455 I. 11 ALR. ergibt sich, daß „ein anderes" als die Folgen des Erbschaftskaufs in bezug auf die zum Nachlasse gehörigen einzelnen Sachen mit sich bringen würden, hinsichtlich einzelner zum Nachlasse gehöriger Sachen verabredet werden kann, ohne daß dadurch allein der Begriff des Erbschaftskaufs ausgeschlossen wird. δ. **RG.** R. **12** 421. Zu §§ 470 ff. I. 12 ALR. Die Substitution auf den Überrest des Nachlasses schließt das Recht auf Vorlegung eines Nachlaßinventars schon nach preußischem Rechte nicht aus (§§ 470 ff. I. 12 ALR.). Die gegenteilige Meinung des OTr. (StriethA. **21** 288) erscheint nicht zutreffend und ist bereits in dem Urt. des **RG.** vom 17. November 1890 (JW. **91** 31 Nr. 75) abgelehnt worden. ε. ElsLothJZ. **12** 44—48 (Colmar). Eine Verfügung eines Miterben über seinen Anteil an einzelnen Nachlaßgegenständen war zwar nach französischem Rechte nicht ausgeschlossen, nach dem BGB. aber ist sie nichtig. Wird in einem und demselben Vertrage zugleich über Anteile an Nachlaßgegenständen verfügt, für welche teils der Code civil teils das BGB. maßgebend ist, so ist nach § 139 BGB. der ganze Vertrag als nichtig anzusehen. ζ. RheinA. **109** 323—325 (Düsseldorf). Nach dem früheren rheinischen Rechte konnte der Miterbe über seinen Anteil an der Erbschaft formlos verfügen. η. ElsLothJZ. **12** 86—88 (Colmar). Art. 91 AGBGB. Auch wenn es sich um eine erstmalige Eintragung des Eigentums nach § 91 AGBGB. handelt, ist dem Antrage nur stattzugeben, wenn er von allen Miterben gemeinschaftlich gestellt wird, oder wenigstens alle Miterben dem Antrage zustimmen bzw. ihre Zustimmung durch ein sie dazu verurteilendes rechtskräftiges Urteil ersetzt wird. ϑ. SchlHolstAnz. **12** 210 (LG. Flensburg). Nach der schleswigschen Testamentenordnung vom 4. Februar 1854 bedürfen nur eigenhändige Testamente der Datierung, nicht aber öffentliche Testamente. **c)** Auslegung. α. **RG.** DNotV. **12** 98—102. Anwendbarkeit der Auslegungsvorschriften des alten Rechtes auf wechselseitige Testamente des alten Rechtes, dessen einer der Erblasser vor, der andere nach dem 1. Januar 1900 verstorben ist (zit. JDR. **10** 572 Ziff. B I 2 b). β. **RG.** R. **12** Nr. 3838, ZBlFG. **12** 549. Bei der Auslegung eines 1898 errichteten Testaments darf auf die dem Erblasser geläufigen altrechtlichen Rechtsbegriffe auch dann entscheidendes Gewicht gelegt werden, wenn er den Inhalt des BGB. bereits kannte (ZBlFG. **10** 538 Nr. 478 b und Verw.). γ. **RG.** ZBlFG. **13** 454. Die Wirkungen eines vor 1900 errichteten Testaments bestimmen sich, wenn der Erblasser nach Inkrafttreten des BGB. gestorben ist, nach neuem Rechte. Bei Erforschung des Willens des Erblassers können allerdings die bei Niederschrift des Testaments obwaltenden Umstände bedeutungsvoll sein (ZBlFG. **13** 215 Nr. 139 und Verw. **12** 549 Nr. 479). δ. **RG. 79** 32—34, SeuffA. **67** 468—470. Da beide Erblasser erst nach dem 1. Januar 1900 verstorben sind, so ist Inhalt und Werksamkeit des im Jahre 1895 errichteten gemeinschaftlichen Testaments nach dem Rechte des BGB. zu beurteilen, wenn auch zum Zwecke der Willenserforschung beider Erblasser die Berücksichtigung des zur Zeit der Testamentserrichtung geltenden älteren Rechtes geboten sein kann (vgl. **RG. 59** 84, **76** 22). ε. **RG.** ZBlFG. **13** 454. Mit der Kraft, das gesetzliche Erbrecht zu überwinden, sind nicht nur die nach Inkrafttreten des BGB. getroffenen, sondern durch Artt. 213, 214 EGBGB. auch die vorher errichteten letztwilligen Verfügungen ausgestattet. Aber nicht jede Zuwendung in einer vor 1900 getroffenen Verfügung von Todes wegen macht den bedachten Ehegatten des gesetzlichen Erbrechts nach § 1931 BGB. verlustig. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Wille des Verfügenden dahin ging, den Bedachten unter allen Umständen auf das ihm Zugewandte zu beschränken, ihm jedes weitere Recht an dem Nachlasse zu versagen. Ob dies zutrifft, ist Auslegungsfrage (ZBlFG. **12** 549 Nr. 480 und Verw.). ζ. BayObLG. **13** 122—127. Wenn der vor dem Inkrafttreten des BGB. im Gebiete des Gemeinen

Rechtes gestorbene Erblasser in seinem Testamente für den Fall, daß der eingesetzte Erbe, nachdem er die Erbschaft erworben, im Alter der Großjährigkeit kinderlos stirbt, bestimmt hat, es sollten $^2/_3$ der Erbschaft an seine, des Erblassers, nächste Verwandte als Fideikommißerben herausgegeben werden, so ist als Wille des Erblassers anzusehen, daß die Befreiung des Erben von der Verfügungsbeschränkung und von der Pflicht zur Herausgabe von $^2/_3$ der Erbschaft nicht schon eintreten soll, sobald dem Erben ein Kind geboren wird, sondern, daß sie solange nicht eintreten soll, als die Möglichkeit besteht, daß er ohne Hinterlassung von Kindern stirbt. η. OLG. **24** 108 f., RheinZ. **4** 491—494 (Colmar). Nach Artt. 213, 214 EGBGB. ist für die formalen Voraussetzungen einer vor dem Inkrafttreten des BGB. getroffenen Verfügung von Todeswegen, für den Errichtungsakt und die Erforschung des Willens des Erblassers das frühere Recht maßgebend, während die rechtliche Bedeutung und die Wirksamkeit des Inhalts der Verfügung nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilen sind (**RG. 59** 80 ff.). Was den Willen des Erblassers betrifft, so ist die fragliche Schenkung wie alle derartige Verfügungen von Todes wegen von dem Standpunkte des französischen Rechtes aus zu beurteilen. Denn, falls nicht zwingende Gründe zu einem anderen Schlusse führen, ist regelmäßig anzunehmen, daß ein Erblasser den Erfolg hervorrufen will, den seine Verfügung erzeugt, wenn sie unter der Herrschaft der zur Zeit ihrer Errichtung geltenden Gesetzgebung zur Wirkung gelangt. Der Erblasser aber wollte gerade seiner Ehefrau, weil sie damals kein gesetzliches Erbrecht hatte, eine solche Zuwendung machen, wie sie unter der Herrschaft des Code civil als Ersatz des Erbrechts unter Ehegatten üblich war. In der Zuwendung ist deshalb nicht eine Entziehung des der Ehefrau mit dem Inkrafttreten des BGB. erwachsenen gesetzlichen Erbrechts zu erblicken. ϑ. RheinZ. **4** 289 (LG. Zweibrücken). Der Inhalt des vor dem 1. Januar 1900 errichteten Testaments ist, wenn der Erblasser nach diesem Zeitpunkte stirbt, nach BGB. gemäß Artt. 213 und 214 EGBGB. zu beurteilen, es ist aber bei der Beurteilung auf den Rechtszustand zur Zeit der Errichtung Rücksicht zu nehmen. In dem unter Herrschaft des Code civil errichteten Testament enthält die Bestimmung, gewisse Gegenstände sollten dem Eingesetzten „Erb und eigen" sein, keine Erbeseinsetzung. Nach französischem Rechte liegt vielmehr Erbvermächtnis (legs universal) vor, wenn die Gesamtheit des Vermögens an einen Bedachten oder an mehrere geht, auch wenn Vermächtnisse abgezweigt sind. Dagegen liegt Erbteilvermächtnis oder Legat unter Universaltitel (legs à titre universel) vor, wenn der Nachlaß in einzelnen Teilen oder nach beweglichem und unbeweglichem Vermögen vergabt wird, und Erbstückvermächtnis (legs à titre particulier), wenn sonstige, Einzel-, Vergabungen vorliegen. ι. **RG. 76** 20, WürttZ. **12** 178. § 2269 ist nicht anzuwenden, wenn der Erblasser vor dem Jahre 1900 gestorben ist. κ. OLG. **24** 100 (KG.). Da der Erblasser vor 1900 gestorben ist, so kommt das frühere Recht zur Anwendung. Die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB. kann somit der Entscheidung nicht ohne weiteres zugrunde gelegt werden; sie findet aber entsprechende Anwendung auch auf Erbfälle, die nach preuß. Rechte zu beurteilen sind. Daß die Ehegatten den Überlebenden von ihnen nicht nur als befreiten Vorerben, sondern als Vollerben behandelt wissen wollten, geht zunächst daraus hervor, daß sie ihm Rechte eingeräumt haben, die dem befreiten Vorerben (Fiduziar) nach den §§ 468 ff. I. 12 ALR. nicht zustehen. Denn der befreite Fiduziar durfte nach preuß. Rechte über den Nachlaß zwar unter Lebenden, nicht aber von Todes wegen verfügen, und auch unter Lebenden konnte er Schenkungen, die auf bloßer Freigebigkeit beruhen, nicht vornehmen. Hier ist aber bestimmt, daß der Überlebende über die Substanz des Nachlasses nicht allein unter Lebenden, sondern sogar von Todes wegen frei verfügen dürfe. . . Hierzu kommt, daß nach dem Testamente bei dem Tode des Erstversterbenden keine Sonderung der beiderseitigen Vermögensmassen eintreten soll; vielmehr wird der Nachlaß des Erstversterbenden und das Ver-

mögen des Überlebenden als eine Einheit angesehen, die sich in der Hand des Überlebenden als eine ungetrennte Masse verkörpert. Deshalb wird auch im Testamente bei Erörterung der nach dem Tode des Erstversterbenden eintretenden Rechtslage das Vermögen des Überlebenden nicht besonders angeführt, sondern zusammen mit dem Nachlasse des Verstorbenen als der „beiderseitige Nachlaß" bezeichnet und bestimmt, daß die Kinder nach dem Tode des Letztlebenden „den Nachlaß" erhalten sollen. Die Kinder sollen also nach dem klaren Willen des Erblassers nur Erben der überlebenden Witwe sein, nicht aber schon beim Tode des Vaters betreffs dessen Nachlasses als Fideikommissare gelten. λ. SchlHolstAnz. **12** 195 f. (KG.). Die Auslegungsregeln der §§ 2269 und 2073 BGB. finden, wenn die Erblasser nach 1900 verstorben sind, auch auf das früher errichtete gemeinschaftliche Testament Anwendung. **d)** Ausgleichungspflicht. **RG.** R. **12** Nr. 1648. Bei einem unter der Herrschaft des BGB. eingetretenen Erbfalle richtet sich die Ausgleichungspflicht in Ermangelung einer bei der Zuwendung getroffenen rechtsgültigen Anordnung lediglich nach dem Rechte des BGB., auch wenn die Zuwendung schon vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist (JW. **02** Beil. 266 Nr. 198).

2. Formalrechtlich. **a) RG.** ZBlFG. **13** 368, R. **12** Nr. 2961. Auch eine Erbeinigung oder Erbteilung in einer Nachlaßsache bedarf, wenn der Erblasser vor 1900 gestorben ist, der altrechtlichen Form (s. dazu ZBlFG. **12** 754 Nr. 621 und Verw.). **b)** RheinA. **109** 289 (Düsseldorf). Da die Erblasser vor 1900 gestorben sind und ihren letzten Wohnsitz in Elberfeld, dem Gebiete des damaligen rheinischen Rechtes, hatten, so kommt für das gerichtliche Teilungsverfahren über ihren Nachlaß das Gesetz vom 22. Mai 1887 zur Anwendung. **c)** RheinA. **109** 289—293 (Düsseldorf). In dem rheinischen Teilungsverfahren nach dem Gesetze vom 22. Mai 1887 ist gegen Beschlüsse des Landgerichts die sofortige weitere Beschwerde zulässig. Dagegen RheinA. **109** 288 (Cöln). **d)** OLG. **24** 71 f. (KG.). Auch wenn der Erblasser vor 1900 verstorben ist, kommt die Norm des Offenbarungseids aus § 260 BGB. in Betracht; denn es handelt sich hier lediglich um die Form eines nach 1900 vorzunehmenden Geschäfts und um eine im gewissen Sinne prozeßrechtliche Vorschrift (s. auch Artt. 200, 214).

Art. 214. I. Literatur. 1. Block, Die Testamentserrichtung nach der Verordnung für das Herzogtum Schleswig, betr. die Gültigkeit testamentarischer Dispositionen ohne Allerhöchste Konfirmation vom 4. Februar 1854, SchlHolstAnz. **12** 1—4. Die vorgenannte Verordnung hob das Erfordernis der Konfirmation des Landesherrn, die vordem zur Gültigkeit des Testaments notwendig gewesen, auf — außer bei Stiftungen und Familienfideikommißerrichtungen, bei denen es, jedoch unbeschadet der sofortigen Gültigkeit des anderweitigen Inhalts der letztwilligen Verfügung, bei der Konfirmation verblieb, — und führte die Formen des Patents vom 15. April 1786, die bisher nur die Grundlagen für die Konfirmation gebildet hatten, als wahre Formen für die Testamentserrichtung ein. Der Verf. erörtert sodann weiter das Geltungsgebiet und die einzelnen Bestimmungen jener Verordnung.

2. Buchka, Wie ist seit 1900 ein landrechtliches korrespektives Testament bei Lebzeiten beider Erblasser zu widerrufen? DJZ. **12** 564.

3. Becker, Art. 214 Abs. 2 EGBGB. Seine Entstehung und Auslegung, JW. **13** 8 f. Der Verf. gibt die Entwickelungsgeschichte der obigen Bestimmung und die verschiedenen Auslegungen, die sie in der Rechtsprechung des KG. und RG. früher und jetzt gefunden. Während früher die Widerruflichkeit, d. h. die Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments mit dem Widerrufe, d. h. dem Akte, durch den die Wirksamkeit aufgehoben wird, in untrennbaren Zusammenhang gebracht wurde, wird jetzt zwischen beiden Begriffen unterschieden: die Bin-

dung wird nach altem Rechte, die Form des Widerrufs ausschließlich nach § 2271 BGB. beurteilt.

II. Rechtsprechung. A. Abs. 1. SchlHolstAnz. **12** 66 (Kiel). Die ältere gemeinrechtliche Lehre nahm an, daß den Testamentsvollstreckern die Befugnis zustehe, zweifelhafte Anordnungen des Erblassers authentisch auszulegen, und auch die neuere gemeinrechtliche Lehre erkennt eine solche Befugnis im Falle besonderer Ermächtigung seitens des Erblassers an. Diese gemeinrechtlichen Grundsätze sind auch hier bei dem unter Geltung des gemeinen Rechtes errichteten Testament anwendbar. Ihrer Anwendbarkeit steht die Entsch. **RG. 66** 103 nicht entgegen, da diese sich auf die Eigenart des § 2065 BGB. stützt, durch welche jede Abhängigkeit der Geltung einer letztwilligen Verfügung von dem Willen oder dem vernünftigen Ermessen Dritter verneint wird (s. ferner hierzu Art. 213).

B. Abs. 2. 1. **RG. 77** 165—175, JW. **12** 22—24 Nr. 21, ZBlFG. **12** 548 f., WürttZ. **12** 178 f., DNotV. **12** 109—111, R. **12** Nr. 85. Unter der „Bindung des Erblassers" im Sinne von Art. 214 Abs. 2 ist nur eine Rechtslage zu verstehen, vermöge deren der Erblasser das an sich gültig errichtete Testament nicht mehr frei widerrufen darf. Verschieden von der Frage des Widerrufs ist dagegen die Frage, ob, mit welchen Mitteln und in welchem Umfange sich der überlebende Ehegatte von den auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments ihm erwachsenen erbrechtlichen Verpflichtungen auf dem Wege der Anfechtung wieder befreien kann. Diese Frage hat die Wirksamkeit oder die fernere Wirksamkeit des Erbvertrags oder des gemeinschaftlichen Testaments zum Gegenstande. Deshalb ist sie, wenn der Anfechtungsgrund erst unter dem neuen Rechte entstanden oder zur Kenntnis des Anfechtungsberechtigten gelangt ist, ausschließlich nach neuem Rechte zu beurteilen. An der gegenteiligen im **RG. 62** 13 und R. **11** Nr. 1770, JW. **11** 441 Nr. 1 vertretenen Ansicht ist nicht festzuhalten.

2. KGBl. **12** 133 f. (KG.). Unter der Bindung des Erblassers im Sinne des Art. 214 Abs. 2 EGBGB. bei einem vor 1900 errichteten gemeinschaftlichen Testament ist nur eine Rechtslage zu verstehen, vermöge deren der Erblasser das an sich gültig errichtete Testament nicht mehr frei widerrufen darf (**RG. 77** 165 ff.). Für die Frage, ob, in welchem Umfange und auf welche Weise sich der Erblasser im Wege der Anfechtung von den Verpflichtungen des gemeinschaftlichen Testaments befreien kann, hat nach derselben Entscheidung das neue Recht zur Anwendung zu kommen.

3. **RG. 78** 268—270, JW. **12** 467—469 Nr. 14, ZBlFG. **12** 749. Ist der Erbvertrag oder das gemeinschaftliche Testament vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet worden, so ist die Bindung eines jeden der Erblasser nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen, auch wenn der Tod selbst beider Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. eintritt (vgl. **RG. 77** 173). Das ergibt sowohl der klare Wortlaut der obigen Bestimmung, wie ihre Entstehungsgeschichte.

4. **RG.** JW. **12** 799 f. Nr. 19, PosMSchr. **12** 61 f. Bei einem gemeinschaftlichen vor 1900 errichteten Testamente richtet sich die Bindung des Erblassers auch dann nach altem Rechte, wenn der erstverstorbene Ehegatte nach Inkrafttreten des neuen Rechtes gestorben ist. Das ergibt sich aus der uneingeschränkten Fassung der obigen Bestimmung, der Gleichstellung mit dem Erbvertrag und der Entstehungsgeschichte jener Bestimmung.

5. KGJ. **40** A 47, OLG. **24** 74—77, DNotV. **12** 106—109 Untersteht die Anfechtung wechselseitiger Testamente des alten Rechtes voll dem neuen Rechte, wenn der Erblasser nach 1899 gestorben? Insofern nicht, als die Bindung des Erblassers nach altem Rechte zu beurteilen und demgemäß auch die Wirkung der Anfechtung durch diese Bindung begrenzt ist. Dasjenige Maß objektiver Gebundenheit, das nach den Vorschriften des früheren Rechtes auch durch die

Wiederverheiratung des Erblassers und die Nachgeburt von Kindern nicht beseitigt werden konnte, kann auch mit Hilfe der durch das neue Recht gewährten Anfechtung nicht beseitigt werden (**RG. 62** 14).

Ein Redaktionsvermerk wendet sich gegen die Unklarheit der Auffassung — unter Hinweis auf die gänzliche Abkehr des RG. von dieser Auffassung in der **RG.** 16. 10. 11, JW. **12** 23 Nr. 2.

6. BayObLG. **12** 626—634. Die Frage, ob die Rückfallsbestimmung, die von Verlobten in einem vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Ehe- und Erbvertrage für den Fall des Todes des einen der künftigen Gatten in Ansehung seines Nachlasses getroffen ist, nicht bloß unter den Verlobten, sondern auch gegenüber den bedachten Personen bindend sein sollte, ist auch unter der Herrschaft des BGB. nach dem früheren Rechte zu entscheiden. Nach dem bayer. Landrecht kann in der im Ehe- und Erbvertrag enthaltenen Erklärung der Eltern des Verlobten, auf dessen Nachlaß sich die Rückfallsbestimmung bezieht, daß sie damit einverstanden sind für sich allein noch nicht ihr Beitritt zu dem Erbvertrag und die Annahme des vereinbarten Rückfalls erblickt werden.

7. KGBl. **12** 71 (KG.). Der überlebende Ehegatte ist beim Vorliegen eines unter der Herrschaft des ALR. errichteten wechselseitigen Testaments zur Abänderung der gemeinschaftlichen Erbeinsetzungen selbst dann nicht befugt, wenn ihm Kodizillarbefugnis zusteht.

8. **RG.** DNotV. **12** 94 f. Ein wechselseitiges Testament, das Ehegatten unter dem ALR. errichtet haben, kann jetzt durch eigenhändiges Testament widerrufen werden. Die Frage der Widerrufbarkeit entscheidet sich nach ALR., die Frage, in welcher Form der Widerruf zu erfolgen hat, nach dem zur Zeit des Widerrufs bestehenden Gesetze.

9. BayObLG. **11** 586, DNotV. **12** 111. Auch nach gemeinem Rechte war der Erblasser an seine Verfügungen in einem wechselseitigen Testamente gebunden, sobald er die Erbschaft angetreten hatte. Das Mainzer Landrecht enthält keine dem widersprechende Bestimmung.

Art. 218. S. Art. 200.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Art. 7. I. Literatur. Korallus, Die Haftung des Deutschen Reichs für Verschulden der Besatzung von Kriegsschiffen (Königsberg).

II. Rechtsprechung. 1. SchlHolstAnz. **12** 39—41 (Kiel). Obige Bestimmung findet keine Anwendung, wenn ein Zolldampfer auf der Kieler Förde den Schaden in Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts — nämlich durch Anrennen des Schiffes gelegentlich der Zollrevision — angerichtet hat (unter Polemik gegen Pappenheim und die Entsch. des II. Zivils. SchlHolstAnz. **11** 181, JDR. **10** 573 f. I 2, II b).

2. Dagegen wird SchlHolstAnz. **11** 181 (Kiel) bestätigt durch **RG. 79** 178—182, JW. **12** 693 f. Nr. 21, SchlHolstAnz. **12** 235 f., das seine Auffassung **RG. 72** 347 — bei nochmaliger Prüfung der Frage — nicht aufrechterhalten zu können erklärt.

Art. 22. KGJ. **41** A 107, ZBlFG. **12** 756 Nr. 635, DNotV. **12** 726 f. Die vor dem 1. Januar 1900 gegründete aber zu diesem Zeitpunkt in das Handelsregister nicht eingetragene Firma „E. F. . . . . sch“ kann, weil sie der Vorschrift des § 18 Abs. 1 HGB. nicht entspricht, von einem Erwerber des Geschäfts nicht fortgeführt werden: die Fortführung ist auch nicht in der Weise zulässig, daß der Erwerber seinem Vor- und Zunamen die Worte „vorm. E. F. . . . . sch“ beifügt.

Handelsgesetzbuch.

Literatur: Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911. — Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (7). Stuttgart 1910. — Frankenburger, Handelsgesetzbuch (3). München 1912. — Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 einschließlich des Seerechts. Wechselordnung vom 3. Juni 1908. Die ergänzenden Reichsgesetze. Die Bundesstaatlichen Ausführungsgesetze und Verordnungen zum Handelsgesetzbuche. Mit Nachtrag von Lehmann-Schreiber. Leipzig 1912. — Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nebst dem Einführungsgesetze vom 10. Mai 1897 (5). München 1912. — Derselbe, Das deutsche Handelsrecht. Ein kurzgefaßtes Lehrbuch des im Deutschen Reiche geltenden Handels-, Wechsel- und Seerechts (8). Berlin 1909. — Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts (2). Leipzig 1912. — Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 2 Bde. — Ritter, Handelsrechtliche Rundschau, ABürgR. **37** 167—204. — O. G. Schwarz, Handelsrecht, Wechsel- und Seerecht, Scheckrecht (3 u. 4). Berlin 1912. — Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuche (9). I. Bd. (Buch 1: Handelsstand; Buch 2: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft). Berlin 1912.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1. I. Literatur. 1. Schütze, Die Strafbarkeit des bucket-shop-Systems (Berlin 1911). Der Verf. erörtert zunächst den Begriff des bucket-shops, untersucht, wie sich bis jetzt das Recht zu ihm gestellt hat, und kommt zu dem Ergebnisse, daß das geltende allgemeine Strafrecht wie die Strafvorschriften von Spezialgesetzen ausreichen, um die Bucketshops zur Verantwortung zu ziehen, — daß auch auf zivilrechtlichem Wege ihm beizukommen ist, — und macht zum Schlusse Vorschläge de lege ferenda, indem er insbesondere die Aufnahme des Bankiergewerbes unter diejenigen Gewerbe empfiehlt, deren Ausübung nach § 35 GewO. wegen Unzuverlässigkeit untersagt werden kann.

2. Nußbaum, Unlautere Geschäftsformen im Bankiergewerbe und ihre rechtliche Beurteilung mit besonderer Berücksichtigung des bucketshop-Systems (Berlin 1910). Der Verf. erörtert den Begriff des bucketshops und die Mittel zur Ausrottung dieses Geschäftsbetriebs. Von der Anwendung des § 263 StGB. erhofft er nicht viel. § 123 BGB. berechtige den Kunden zur Anfechtung, weil der bucketshop durch Verschweigung seines wahren Charakters den Kunden arglistig täusche.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** (Straff.) **45** 3, JW. **12** 977. Ein Minderjähriger, der ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Handelsgewerbe betreibt, ist nicht Kaufmann.

2. OLG. **24** 110 f., ZBlFG. **12** 755 (Hamburg). Ein Grundstücksspekulant ist, wenn sein Geschäft über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht und in kaufmännischer Weise geführt wird, Kaufmann (s. dazu ZBlFG. **5** 254).

3. **RG.** (Straffen.) SeuffBl. **12** 266. Der „Umfang" des Gewerbetriebs, für dessen Beurteilung unter Umständen auch der Geschäftsumsatz von Bedeutung ist, kommt für die Frage, ob einer Person die Eigenschaft eines Voll- oder eines Minderkaufmanns zukommt, nur dann in Betracht, wenn es sich um den Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne des § 1 HGB. handelt, nicht aber dann, wenn der Gewerbetreibende als „Handwerker" anzusehen ist. Auch dann, wenn die handwerksmäßige Tätigkeit darin besteht, daß Waren zu dem Zwecke angekauft werden, um nach einer Be- oder Verarbeitung weiterveräußert zu werden, so daß insoweit an sich die Tätigkeit des Handwerkers unter die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB. fällt, wenn es sich also um sog. Warenhandwerker handelt (wie z. B. Schneider, Schuster, Bäcker, Fleischer usw.), hören diese Personen an sich doch nicht auf, Handwerker zu sein. Nur

dann, wenn sich ihr Betrieb zu einem Fabrikbetrieb umgestaltet, kann die Vollkaufmannseigenschaft dieser Gewerbetreibenden in Frage kommen. Diese aus dem Wortlaute des Gesetzes klar sich ergebende Folgerung wird durch dessen Entstehungsgeschichte in vollem Umfange bestätigt.

4. **RG.** (Straff.) BankA. **11** 276 f., MschutzuWettbew. **11** 378 f., SächsRpflA. **12** 183, GoltdA. **60** 75. Der Begriff des Bankgeschäfts bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Ein gewöhnlicher Geldverleiher betreibt kein Bankgeschäft und macht sich, wenn er sein Geschäft gleichwohl öffentlich als ein „Bankgeschäft" oder „Bankkommissionsgeschäft" bezeichnet, des unlauteren Wettbewerbes schuldig.

5. Dagegen BauersZ. **19** 161 f. (Braunschweig). Als Bankier darf sich auch bezeichnen, wer nur einzelne Zweige aus dem großen Kreise verschiedenartiger Bankgeschäfte sich zur Aufgabe gesetzt hat. Der Begriff des Bankiers setzt weder voraus, daß der Unternehmer sämtliche Arten von Bankgeschäften, noch daß er ausschließlich Bankgeschäfte betreibt. Von „Banken" pflegt man zu sprechen, wenn eine juristische Person Bankgeschäfte betreibt.

§ 2. RJA. **11** 217—220, ZBlFG. **13** 100—102, DNotV. **12** 724, R. **12** Nr. 1667 (KG.). Der Unternehmer eines Pfandleihgewerbes hat dieses zur Eintragung anzumelden, wenn es nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

§ 4. I. Literatur. Bamberger, Führung des Familiennamens mit Vornamen durch Minderkaufleute. RuW. 12, 253 f.

II. Rechtsprechung. 1. Begriff. a) HansGZ. **12** Hptbl. 83 f. (Hamburg). Der Beklagte stellte Zuckerwaren her. Er verkaufte diese Waren en gros wie en detail. Engrosverkäufe fanden vielfach an Hausierer statt. Bei der Herstellung der Zuckerwaren beschäftigte der Beklagte zwei Söhne und zwei Arbeiter. Im Detailgeschäfte war eine Tochter des Beklagten tätig, die auch den gesamten kaufmännischen Betrieb besorgte. Kaufmännische Buchführung war vorhanden. Mit Banken stand der Beklagte nicht in Verkehr. Sein Einkommen wurde auf 4000 bis 4500 M. geschätzt. Ein so gearteter Gewerbebetrieb geht über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinaus. b) **RG.** (Straff.) SächsRpflA. **12** 137 f. War der Angeklagte „Schneider" und betrieb er in dieser Hinsicht ein „Maßgeschäft", so ist es ohne Belang, ob sein Gewerbebetrieb von großem oder geringem Umfange gewesen ist, da auch ein „Großhandwerker" als ein sog. Minderkaufmann zu gelten hat. Auch die sog. Warenhandwerker (wie z. B. Schneider, Schuster, Bäcker, Fleischer) sind Handwerker. Nur dann, wenn sich ihr Betrieb zu einem Fabrikbetrieb umgestaltet, kann die Vollkaufmannseigenschaft dieser Gewerbetreibenden in Frage kommen. c) OLG. **24** 110 (BayObLG.). Bauhandwerker kein Kaufmann. Die Ansicht, daß die Anschaffung von beweglichen Sachen dann, wenn sie deren Einfügung in ein Grundstück bezweckt, kein Grundhandelsgeschäft bildet, der Bauhandwerker daher regelmäßig nicht Kaufmann ist, hat das RG. von jeher und auch in neuerer Zeit gebilligt (**RG.** (Straff.) **28** 60, **33** 421, **RG. 14** 233, Bolze **3** Nr. 461, **9** Nr. 711 a, JW. **00** 755 Nr. 22, **01** 844 Nr. 27, SeuffBl. **69** 159) und wird in der Literatur nicht nur von Staub (§ 1 Anm. 45), sondern auch von Goldmann I 13, III 1, Lehmann-Ring 20 Anm. 51 vertreten. Auch die Schriftsteller, die wie Makower I 23, den größeren Bauunternehmer zu den kaufmännischen Pflichten heranziehen, belassen dem Bauhandwerker vorbehaltlich der Fälle in den §§ 2, 4 die durch die Natur des Handwerkes bedingte Sonderstellung. Der Umstand, daß in dem Betriebe des Bauhandwerkers nicht Lehrlinge beschäftigt werden, ändert nicht dessen Charakter. Denn es ist nicht erforderlich, daß alle Merkmale, die bei dem Handwerke vorzukommen pflegen, in jedem einzelnen Falle vorhanden sind. Auch daraus, daß bei der Art des mit kostspieligem Materiale arbeitenden Unternehmers die Zahlungen für größere Waren-

einkäufe durch Wechsel beglichen wurden, und daß die Ehefrau, die früher Buchhalterin war, für eine ordnungsmäßige Buchführung bisher gesorgt hat, läßt sich nicht entnehmen, daß der Betrieb in kaufmännischer Hinsicht über die Grenzen des Handwerkes hinausgegangen ist. **d)** OLG. **24** 121, ZBlFG. **12** 755 (KG.). Ein Fuhrgeschäft, das mit 17 Pferden und den entsprechenden Wagen betrieben wird, geht über den Umfang des Kleinbetriebs hinaus (s. dazu ZBlFG. **5** 263 Nr. 240).

2. Gesetzliche Behandlung. **a)** ZBlFG. **13** 217, PosMSchr. 12 174, DNotV. **12** 728, RheinARV. **30** 35 (KG.). Der Registerrichter kann auch gegen Minderkaufleute gemäß § 37 HGB. einschreiten, wenn sie sich einer Firma bedienen. Gebrauch liegt auch vor, wenn die Firma auf dem Ladenschild oder sonst an der Außenseite des Geschäftshauses angebracht wird. Minderkaufleute können Etablissementsnamen gebrauchen. Ihre Bildung steht im Belieben des Geschäftsinhabers; nur dürfen durch sie die Firmenvorschriften nicht verletzt werden. Eine solche Verletzung liegt nicht im Gebrauche des Namens: Cölner Fleischzentrale D. K., i. V. H. N., da Firmen in dieser Zusammensetzung wohl kaum vorkommen werden. Dies gilt um so mehr, wenn an anderen Stellen des Hauses die Worte „Cölner Fleischzentrale" stehen (ZBlFG. **12** 755 Nr. 630 und Verw.) **b)** HansGZ. **12** 125 f. (Hamburg). Ein Handwerker ist trotz seiner durch Ordnungsstrafe des Registerrichters herbeigeführten Eintragung in das Handelsregister nicht börsentermingeschäftsfähig, wenn sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht. Dies ist der Fall, wenn der Gewerbebetrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert; auf den Jahresumsatz allein kommt es nicht an. **c)** OLG. **24** 129 f. (Hamm). Für den Handelsverkehr gilt im allgemeinen der Grundsatz, daß, wer zu einem anderen in Rechtsbeziehungen tritt, diesem gegenüber es sich gefallen lassen muß, als das betrachtet zu werden, wofür er sich ausgibt. Wer sich als Kaufmann geriert, hat als Kaufmann, wer sich als Vollkaufmann einführt, als Vollkaufmann zu gelten. Wer nach außen hin als Gesellschafter unter Umständen auftritt, welche die Annahme erwecken, daß er Teilhaber einer oHG. sei, ist dem Dritten, der im Vertrauen hierauf mit der Gesellschaft in Verbindung tritt, gleich dem Teilhaber einer oHG. haftbar, und zwar auch dann, wenn er nur Kleingewerbetreibender ist oder ein Handelsgewerbe überhaupt nicht betreibt (OLG. 8 96, JW. **98** 163 Nr. 30). Dazu — im wesentlichen gleicher Auffassung — OLG. **24** 130 f. (Hamburg).

3. OLG. **24** 171, RJA. **11** 42, WürttZ. **54** 206, ThürBl. **59** 1—3 (KG.) (schon zit. JDR. **10** § 4 Nr. 2). Die Firma einer Kommanditgesellschaft ist nicht ohne weiteres zu löschen, wenn der Gewerbebetrieb auf den Umfang eines Kleingewerbes gesunken ist; vielmehr ist erst nach Abwickelung sämtlicher Geschäfte, insbesondere nach der Liquidation, das Erlöschen der Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

§ 5. **RG.** (Straff.) GoltdA. **60** 76 f., SächsRpflA. **12** 427 f. Die Vermutung des § 5 HGB. betrifft nur die privatrechtlichen Beziehungen des Firmeninhabers und dient nur zum Schutze der am rechtsgeschäftlichen Verkehre mit ihm Beteiligten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechtes aber hat sie keine Bedeutung (vgl. D. 18 f.). Eine Kommanditgesellschaft ist auch dann zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet, wenn ihr Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht.

§ 6. RJA. **11** 200—205, ThürBl. **39** 124—128, DNotV. **12** 729 f., ZBlFG. **13** 87—90, R. **12** Nr. 1668 (KG.) — in eingehender Begründung. Betreibt eine Personenvereinigung unter einer gemeinschaftlichen Firma ein Handelsgewerbe, so hat sie sich als oHG. in das Handelsregister eintragen zu lassen, auch wenn ihre Firma nicht den Vorschriften des § 19 HGB. entspricht und die Haftung der Mitglieder im Gesellschaftsvertrag auf eine bestimmte Einlage beschränkt ist.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8. I. Literatur. 1. Eger, Zur Frage der Prüfungspflicht des Registerrichters, BayRpflZ. **12** 327—329. Wo es sich um Anmeldung zur Eintragung handelt, d. h. da, wo die angemeldete Tatsache bestimmt ist, in Form einer Registereintragung öffentlichen Glauben zu genießen, hat der Richter das Recht und die Pflicht der Prüfung. Bezüglich des Umfanges der Prüfungspflicht hat er zwar nicht die Wahrheit der zum Handelsregister angemeldeten Tatsachen zu prüfen, wohl aber, ob die angemeldeten Tatsachen überhaupt genügen, um zur Eintragung zu führen. Erstere nur, wenn ihm aus eigener Wissenschaft oder auf Grund amtlicher Mitteilung der Organe des Handelsstandes oder der Polizei begründete Zweifel an der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen aufsteigen.

2. Marcus, Zur Frage betreffend den Umfang der Vorprüfung vor Eintragung der GmbH. bezüglich der Firmen- und Anmeldeerfordernisse der §§ 4, 8 GmbHG., KGBl. **12** 49 f. a) Hinsichtlich der Bezeichnung des Gegenstandes des Unternehmens muß der Registerrichter Spezialbezeichnung fordern, um die Kontroll- und Zwangsbefugnisse aus §§ 13, 14 HGB., 132 FGG. ausüben zu können. b) Handelt es sich um eine von einem Wortzeichen der Waren, unter dem ein solcher Handel betrieben werden soll, entnommene Sachfirma, so genügt der Nachweis der Anmeldung des fraglichen Wortzeichens.

II. Rechtsprechung. 1. HoldheimsMSchr. **12** 290 (KG.) — mitgeteilt von Marcus. Das Registergericht hat nur die Zulässigkeit und öffentliche Beglaubigung der Anmeldung, nicht auch die Legalität des Beglaubigungsakts im Hinblick auf die Person des Notars zu prüfen (§§ 6 ff., 169—182 FGG., Art. 84 PrFGG.).

2. KGJ. **41** A 131, RJA. **11** 195—197, BauersZ. **19** 194 f., DNotV. **12** 737, ZBlFG. **13** 83 f., SeuffA. **67** 252 f. Nr. 144; s. auch HoldheimsMSchr. **12** 123 f. Dem Registerrichter braucht nicht ein die Prokurabestellung genehmigender Beschluß aller Vorstandsmitglieder nachgewiesen zu werden. Es genügt die Anmeldung der Prokura durch zwei vertretungsberechtigte Vorsteher. — Es ist freilich nicht in Abrede zu stellen, daß der Registerrichter auch bei Eintragungen, die, wie die Bestellung eines Prokuristen, nur beurkundende Bedeutung haben, ein gewisses Prüfungsrecht in bezug auf die Richtigkeit der zur Eintragung angemeldeten Tatsachen hat. Hiernach wird man dem Registerrichter nicht zumuten dürfen, daß er angemeldete Tatsachen, deren Unwahrheit gerichtskundig ist, oder gar nicht bestehende Rechtsverhältnisse in das Handelsregister einträgt und so wissentlich zur Täuschung des Publikums mitwirkt. Ergeben sich für ihn erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit angemeldeter Tatsachen, so wird er sie nicht ohne weiteres unberücksichtigt lassen dürfen, sondern ihre Aufklärung versuchen müssen. Darüber hinaus aber geht seine Prüfungspflicht nicht; namentlich kann er nicht ohne besondere Veranlassung oder auf bloße Vermutungen hin eine Anmeldung beanstanden und von den Anmeldenden einen Nachweis für die Richtigkeit ihrer Erklärungen verlangen; vielmehr wird er diese regelmäßig ohne weiteres als wahrheitsgemäß anzunehmen haben.

3. Bestellung des Aufsichtsrats. KGJ. **41** A 142, RJA. **11** 211 bis 213, ZBlFG. **12** 757 Nr. 644, **13** 243 f. Das Registergericht kann die Vorlegung der Urkunde über die Bestellung des ersten Aufsichtsrats einer GmbH. verlangen, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt (§ 52 Abs. 1 GmbHG., §§ 195, 199, 244 HGB.).

4. RJA. **11** 105, OLG. **24** 166 f., WürttZ. **54** 207, DNotV. **12** 750 f. (KG.). Im Falle des Ausscheidens eines Genossen hat der Registerrichter ebenso wie im Falle des Beitritts die einzureichenden Urkunden lediglich auf ihre formelle Rechtsbe-

ständigkeit zu prüfen. Er hat sich beim Erwerbe des Geschäftsguthabens eines ausscheidenden seitens eines eintretenden Genossen davon zu überzeugen, ob die eingereichte Übereinkunft so wie die Beitrittserklärung des Erwerbers des Guthabens mit den Namen der Beteiligten unterschrieben und unbedingt sind, und ob die Einreichung ordnungsmäßig durch den Vorstand erfolgt ist. Auf die Echtheit der Unterschriften und die Wirksamkeit der Übereinkunft sowie der Beitrittserklärung erstreckt sich die Prüfung nicht; doch ist eine Ablehnung der Eintragung aus solchen Gründen nicht ausgeschlossen, falls die Unwirksamkeit aus den dem Gerichte bekannten Tatsachen sich als zweifellos ergibt. Die Ermittelungspflicht des § 12 FGG. besteht hier nicht.

5. HoldheimsMSchr. **12** 269 (KG.). Bei Verlegung des Sitzes darf der Registerrichter die Firma, die am früheren Sitz eingetragen war, nicht wegen Verstoßes gegen § 4 G. beanstanden, er hat die Eintragung bis auf die des Sitzes zu übernehmen. In einem deshalb doch möglichen Verfahren aus § 144 FGG. darf er nicht rigoros vorgehen, wenn daraus der Gesellschaft unverhältnismäßige Nachteile entständen, auch nicht an die sog. Sachfirma zu hohe Anforderungen stellen, da es genügt, wenn die Firma, wenn auch weniger deutlich, in irgendeiner Weise vom Gegenstande des Unternehmens entlehnt ist.

6. Zweck. SächsOLG. **32** 333, ZBlFG. **12** 422, WürttZ. **12** 205. Die Eintragung des gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen Geschäftsinhabers in das Handelsregister ist nicht zulässig; das Register ist nicht dazu bestimmt, über die Geschäftsfähigkeit des Inhabers und die Person seines gesetzlichen Vertreters Auskunft zu geben (ZBlFG. **7** 535).

7. ZBlFG. **13** 369 (KG.). Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nicht befugt, im Falle der Auseinandersetzung nach Auflösung einer oHG. zur Beseitigung von Streitpunkten auf Antrag eines Beteiligten einen Sachverständigen zu ernennen, es bleibt für die Entscheidung solcher Punkte nur der Prozeßweg (§ 146 HGB., § 164 HGB.).

8. HansGZ. **12** Hptbl. 283 f. (Hamburg). In welcher Weise ist der Übergang des Kommanditanteils eines Kommanditisten auf seine Erben ins Handelsregister einzutragen? Eine Erbengemeinschaft kann nicht Kommanditistin sein, es können deshalb auch nicht die Erben in ungeteilter Gemeinschaft eingetragen werden.

§ 12. 1. SeuffA. **67** 175 f. Nr. 100, MecklZ. **30** 189—191, ZBlFG. **12** 551 (Rostock). Rechtshilfe bei der Anmeldung. Zwar kann die persönliche Anmeldung zum Handelsregister nicht im Wege der Rechtshilfe entgegengenommen werden, da sie beim Registergericht erfolgen muß; wohl aber kann die öffentlich beglaubigte Form der Anmeldung durch Beurkundung des Antrags durch ein darum ersuchtes Rechtshilfegericht hergestellt werden, da es sich um Rechtshilfe in einer durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheit handelt und das Ersuchen behufs Erfüllung der Amtspflicht des Registergerichts gestellt ist (ZBlFG. **6** 201, **5** 150 Nr. 133 und Verw.).

2. Ebenso ZBlFG. **12** 755, RheinA. **109** 263 (Düsseldorf).

3. BauersZ. **19** 205 (KG.). Der Registerrichter hat das rechtskräftige Urteil, welches die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines früheren Geschäftsführers ausspricht, auf Anmeldung einzutragen. Für einen auf Grund des § 894 ZPO. gestellten Antrag ist es nicht erforderlich, daß die Anmeldung gemäß § 12 HGB. entweder persönlich bewirkt oder in öffentlich beglaubigter Form eingereicht werde. Denn die Rechtskraft des Urteils hat zur Folge, daß die Willenserklärung als in der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgegeben gilt.

4. ZBlFG. **12** 755, ThürBl. **59** 19 (Jena). Zuständigkeit. Auch in Sachsen-Weimar können Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister

nicht zum Protokolle des Gerichtsschreibers eines Amtsgerichts erfolgen, das nicht das zuständige Registergericht ist (§ 128 FGG.) [ZBlFG. **11** 174].

§ 13. I. Literatur. 1. Norden, Die Niederlassung ausländischer Handelsgesellschaften in Belgien, BankA. **12** 110—114. Der Verf. erörtert im einzelnen die Behandlung, welche Filialen oder Zweigniederlassungen ausländischer Handelsgesellschaften nach dem G. vom 18. Mai 1873 in Belgien finden, indem er zunächst den Begriff der Filiale und der Zweigniederlassung und sodann die verschiedenen Arten der Handelsgesellschaften im Sinne des obigen Gesetzes bespricht.

2. BauersZ. **19** 162, Errichtung von Zweigniederlassungen deutscher GmbH. in Italien. Maßgebend für die Errichtung einer Zweigniederlassung einer deutschen GmbH. in Italien ist der Handels-, Zoll- und Schiffahrtsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Italien vom 6. Dezember 1891 (RZBl. **91** 413). In diesem Vertrage sichern sich die Kontrahenten die Gegenseitigkeit in der Behandlung ihrer Untertanen auf dem Gebiete des Erwerbslebens zu. Auch werden in Italien die deutschen physischen und juristischen Personen zum Geschäftsbetriebe zugelassen. In Italien gibt es die Form der GmbH. nicht. Die italienische Zweigniederlassung einer deutschen GmbH. kann und muß in Italien bei der Gerichtsschreiberei des Handelsgerichts eingetragen werden.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** ZBlFG. **13** 217. Unter einer Hauptniederlassung ist der örtliche Mittelpunkt für den gesamten kaufmännischen Betrieb zu verstehen, wobei als selbstverständlich vorauszusetzen ist, daß eine Handelsniederlassung in Betracht kommt, die in ihrer Selbständigkeit nicht beschränkt ist (s. dazu ZBlFG. **9** 490, 262).

2. **RG. 77** 60—65, JW. **11** 948 Nr. 21, RJA. **11** 187—190, ThürBl. **39** 120, DNotV. **12** 732 f., HessRspr. **12** 369 f., WürttZ. **12** 205, LeipzZ. **11** 839 (schon zit. JDR. **10** § 13 II 3, § 22 B I 1 c). Der Inhaber einer Haupt- und einer Zweigniederlassung kann die Hauptniederlassung mit der bisherigen Firma veräußern und die Zweigniederlassung mit der bisherigen Firma weiterführen.

3. OLG. **24** 164 f., RJA. **11** 22—24, WürttZ. **12** 205 (KG.) [schon zit. JDR. **10** II 2]. Eine Zweigniederlassung darf eine von der Hauptniederlassung abweichende Firma nicht führen (Eigenheim-Baugesellschaft für Deutschland GmbH. — Eigenheim- und Villenbau-GmbH., Zweigniederlassung W.). Dies folgt aus den Bestimmungen der §§ 13, 17 HGB.

4. R. **12** 782 (KG.). Diese Vorschrift trifft auch inländische Zweigniederlassungen von ausländischen Handelsgesellschaften.

§ 14. I. Literatur. Joseph, Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen. XXI. Ordnungsstrafverfahren gegen Aufsichtsratsmitglieder, HoldheimsMSchr. **12** 150 f. (gegen Marcus, DJZ. **12** 454). Auch für das Ordnungsstrafverfahren gilt der Grundsatz des allgemeinen Strafrechts, daß eine Handlung nur dann mit Strafe belegt werden kann, wenn diese Strafe gesetzlich festgesetzt ist und daß im Wege der Analogie niemals eine Strafbestimmung hergeleitet werden kann. Und da die im § 132 FGG. angezogenen §§ 14, 319, 325 HGB. das Ordnungsstrafverfahren nur gegen die zur Einreichung von Schriftstücken Verpflichteten, ferner gegen Vorsteher, Liquidatoren und persönlich haftende Gesellschafter erwähnen, so ist jenes Verfahren unzulässig gegen Mitglieder des Aufsichtsrats zur Erzwingung der ihnen gegen die Gesellschaft obliegenden Verpflichtungen.

II. Rechtsprechung. 1. R. **12** Nr. 1669 (KG.). Ist bei der Gründung einer AG. eine juristische Person beteiligt und gehört ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats zu den gesetzlichen Vertretern dieser juristischen Person, so hat eine Prüfung des Herganges der Gesellschaftsgründung auch durch besondere Revisoren stattzufinden. Ist diese Prüfung unterblieben und die Gesellschaft trotzdem in das Handelsregister eingetragen, so hat das Registergericht die sämtlichen Gründer.

Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, und zwar statt der als Gründerin beteiligten juristischen Person deren bei der Anmeldung für sie aufgetretenen Vertreter zur Einreichung des Prüfungsberichts durch Ordnungsstrafen einzuhalten. Sind für die Vorstandsmitglieder Stellvertreter gewählt worden, so darf sich gegen diese das Ordnungsstrafverfahren nicht richten, falls es bereits gegen die sämtlichen ordentlichen Vorstandsmitglieder eingeleitet worden ist.

2. R. **12** Nr. 1670 (KG.). Die Berufung der Generalversammlung zur Beschlußfassung über die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnverteilung sowie über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrats kann nicht aus besonderen Gründen verzögert werden.

3. ZBlFG. **13** 457, BauersZ. **20** 51 (KG.). a) Ist das Registergericht gegen einen Beteiligten mit Ordnungsstrafen eingeschritten, obgleich es hierzu nach §§ 14, 319, 325 Ziff. 9 HGB. nicht berechtigt war, so ist die Beschwerde gegen die Verfügung der Ordnungsstrafe bei Versäumung der Einspruchsfrist zulässig. b) Die Verpflichtung des Aufsichtsrats einer AG., eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist, kann vom Registergericht im Ordnungsstrafverfahren nicht erzwungen werden (ZBlFG. **10** 728, 263 Nr. 247).

§ 15. I. Literatur. 1. Ritter, Handelsrechtliche Rundschau, ABürgR. **37** 180—183. Der Verf. erörtert den öffentlichen Glauben des Handelsregisters und die Folgen dieses Prinzips im einzelnen.

2. Thöne, Der öffentliche Glauben des Handelsregisters (Diss. Bonn 1911). Es gibt kein allgemeines Veranlassungsprinzip, keinen Grundsatz, daß darum und bloß dann der wirklich Berechtigte hinter den auf den Schein sich stützenden Dritten zurücktreten müßte, weil und wenn er es gewesen ist, der den Schein hervorgerufen hat. Es kommt auf den einzelnen Fall an.

3. *Fester, Die Bedeutung des Eintrags im Handelsregister (Marburg 1912). I. Die Arbeit verneint im 1. Teil den „öffentlichen Glauben" des Handelsregisters. Der Eintrag enthält 1. eine Erklärung, 2. die handelsregisterliche Besonderheit, daß diese in Form eines Eintrags niedergelegt ist. a) Die Eintragung allein ist nur eine Urkunde, ein Register wie die mittelalterlichen Bücher eine Sammlung gleichartiger Urkunden. Zur erhöhten Beweiskraft bedarf es also noch besonderer über §§ 415 ff. ZPO. hinausgehender Vorschriften. Außer solchen bezüglich der „konstitutiven" und „heilenden" Eintragungen (§ 5 HGB.), fehlt eine generelle Regel. Analogie mit anderen Registern, insbesondere dem Grundbuch, ist bei der totalen Verschiedenheit der in ihm beurkundeten Vorgänge unstatthaft. Die Behörde soll nur möglichst unwahre Eintragungen verhindern. b) Für die veröffentlichten Eintragungen gilt § 15 HGB. Dieser schafft unter Umständen negativen öffentlichen Glauben, behandelt aber im übrigen nur den Zugangsmodus für handelsregisterliche Erklärungen, so daß wie bei versandten Zirkularen die Wahrheit des Erklärungsinhalts unberührt bleibt. II. Das Handelsregister hat vielmehr abgesehen von den Sondervorschriften Bedeutung als Publizitätsmittel. Seine Geschichte ist ein Ausschnitt aus der Geschichte der Publizität im Handelsverkehr überhaupt, der der 2. Teil der Arbeit gewidmet ist (Symbolik im germanischen Rechte, „Rechtsschein"; Mittel der Publizität im italienischen Handelsverkehr im Mittelalter; Zweckmäßigkeit eines Registers insbesondere; italienische und deutsche Zunftmatrikel; die partikularrechtlichen Firmen-, Prokuren- und Gesellschaftsregister; heutiges Handelsregister und Publizitätsgedanke. Daneben frühzeitig Ausbildung der „fingierten Publizität", welche statt der Tatsache des Zuganges die Möglichkeit des Zugehens setzt; Zusammenhang mit dem Fahrlässigkeitsbegriffe). III. Der 3. Teil behandelt die dem deklaratorischen Handelsregistereintrag zugrunde liegende Erklärung. Eine Haftung aus dieser, nicht aber wegen des Eingetragenseins an sich, hat das RG. dem Verkehrsbedürfnis entsprechend in zahlreichen Ent-

scheidungen anerkannt. Grundsatz: „Der im Handelsregister Eingetragene haftet Dritten gegenüber für seine Registererklärung, auch wenn der Eintrag den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht. Der Dritte kann ihn als einen solchen behandeln, wie er im Handelsregister eingetragen ist." Die juristische Konstruktion ist freilich zweifelhaft. Zunächst gehört die Erklärung in die Gruppe der „Mitteilungen", „Anzeigen" usw., ist also keine reine Willenserklärung. Im übrigen aber läßt sich die Haftung weder mit Rechts- noch Gesetzesanalogie (§ 171 BGB.), noch mit Treu und Glauben (so RG.), noch als selbständiges Schuldverhältnis, Garantieversprechen, Offerte usw. begründen. Mittelalterliches Gewohnheitsrecht ist nicht nachweisbar. Die gemeinrechtliche Doktrin basiert auf der reinen Vertragstheorie (sogar bei der Auslobung), die zahlreichen Fälle eines verpflichtungsbegründenden einseitigen Versprechens im deutschen Rechte (Akzept, Schuldverschreibung auf den Inhaber, Kauf auf Probe, Vertragsofferte an Abwesende usw., Siegl, Unger, Kuntze, Dernburg) reichen nicht aus; Vorsicht bei nachträglichen Konstruktionsversuchen. Wohl aber kann man jetzt nach der ausgedehnten Judikatur des ROHG. und RG. von einem Gewohnheitsrechte reden. Die Geltung des Satzes deckt sich nicht mit dem öffentlichen Glauben des Handelsregisters. Er ist enger, indem er nur für solche Erklärungen gilt, die der Disposition des Erklärenden unterliegen; ferner nur bei Übereinstimmung von Anmeldung, Eintrag und Bekanntmachung, die zusammen die Erklärung bilden. Er ist weiter, indem er für jede öffentlich im Handelsverkehr abgegebene Erklärung gilt (also auch bei Zirkularen, Geschäftsbeginn und sonstigen konkludenten Handlungen). Er gilt auch für jeden Dritten ohne Beschränkung auf Gutgläubige, da er ohne Rücksicht auf verkehrsfeindliches Eingehen auf subjektive Merkmale bei dem Dritten, lediglich aus der Tatsache der einseitigen Erklärung entspringt. Daher auch keine Kausalität zwischen Erklärung und Handlungsweise des Dritten erforderlich. Unerheblich, ob die Eintragung überhaupt zulässig war. Anfechtung ist ausgeschlossen, da die Erklärung ad in certam personam gerichtet und nicht einmal empfangsbedürftig ist; somit kein Anfechtungsgegner. Wohl aber ist die Anfechtung als Widerruf ex nunc aufzufassen.

4. *Kuttner, IheringsJ. **61** 174. Alle Registereintragungen begründen eine gesetzliche Vermutung für das Bestehen des eingetragenen und das Nichtbestehen des wieder gelöschten Rechtsverhältnisses (s. § 292 ZPO.).

5. Joseph, Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen. XXIV. Anordnung einer Offiziallöschung durch das Gericht der weiteren Beschwerde, HoldheimsMSchr. **12** 267 f. Die §§ 142—144 FGG., also die Verpflichtung des Gerichts vor Anordnung einer Löschung den Beteiligten hiervon Kenntnis zu geben und ihnen eine Widerspruchsfrist zu setzen, gelten auch, wenn der durch die Eintragung Beeinträchtigte im Wege der Beschwerde die Löschung beantragt. Daher hat das Gericht der weiteren Beschwerde, wenn es im Gegensatze zum Gerichte der ersten Beschwerde die Löschung für geboten erachtet, sich auf Aufhebung der Beschwerdeentscheidung zu beschränken und die Sache an das AG. zu verweisen, damit dieses jene Tätigkeit der Bekanntmachung und Fristsetzung als eine Ausführung der ergangenen höheren Entscheidung bewirke. Das Gericht der weiteren Beschwerde kann also nicht von der Bekanntmachung und Fristsetzung absehen und seinerseits ohne diese Maßregeln die Löschung anordnen.

II. Rechtsprechung. 1. SeuffBl. **12** 126 f. (Dresden). § 15 Abs. 1 HGB. wirkt nur zuungunsten der an der Eintragung beteiligten Personen, so daß diese die einzutragende Tatsache mangels der Eintragung und Bekanntmachung grundsätzlich Dritten gegenüber nicht geltend machen können. Dagegen kann sich der Dritte auf eine eingetretene Rechtsänderung ohne jede Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Eintragung in das Handelsregister berufen (s. auch § 17 HGB.).

2. OLG. **23** 361, WürttZ. **12** 204, SeuffBl. **12** 53, DNotV. **12** 721 f., ZBlFG. **12** 551 (KG.). Die Eintragung im Handelsregister ist keine Verfügung; die der Eintragung vorausgehende Verfügung ist nur eine interne Anweisung an den Gerichtsschreiber, die Eintragung vorzunehmen. Die Eintragung ist nur öffentliche Beurkundung von Anmeldungen, die in der Regel rein deklaratorische Bedeutung hat. Deshalb ist Beschwerde weder gegen die Eintragungsverfügung noch gegen die Eintragung zulässig (ZBlFG. **9** 733 Nr. 657 und Verw., **7** 583).

§ 16. KGJ. **41** A 144, RJA. **11** 225—227, ZBlFG. **13** 106—108, DNotV. **12** 746. Auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils, durch das die GmbH. aufgelöst wird, kann die Auflösung der Gesellschaft nicht eingetragen und der Liquidator nicht bestellt werden. Es ist vielmehr die Rechtskraft des Urteils abzuwarten.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 17. I. Literatur. 1. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 139. Über die Eintragungsfähigkeit der Firma des Einzelkaufmanns s. § 1115 BGB.

2. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage (151). Vgl. zu BGB. § 12 und die dortigen Verweisungen, insbesondere § 1004 BGB.

II. Rechtsprechung. 1. SeuffBl. **12** 126 f. (Dresden). Wird eine Firma ohne Bezeichnung des Inhabers verklagt, so ist diejenige Person als verklagt anzusehen, die zur Zeit der Klagerhebung Inhaber der Firma ist. Im Falle des Inhaberwechsels entscheidet allein die tatsächliche Übertragung der Firma, nicht die Eintragung der Übertragung ins Handelsregister. Der Ausschluß des Überganges der Geschäftsverbindlichkeiten hätte im Prozesse durch Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil geltend gemacht werden müssen; für die Zwangsvollstreckung ist dieser Umstand ohne Bedeutung (s. auch § 15 Abs. 1 HGB.).

2. S. hiergegen LeipzZ. **12** 405 f. (**RG. 13** 25) bezüglich einer Klage und eines Urteils gegen Firma W. Schl. (Inhaber W. Schl.).

3. OLG. **24** 167—169, RheinARV. **30** 40 f. (KG.). Unterschied zwischen Etablissementsnamen und Firma. Die Geschäftsbezeichnung dient im Gegensatze zur Firma nicht dazu, den Geschäftsinhaber auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr, insbesondere bei der Abgabe seiner Unterschrift zu bezeichnen, sondern sie besteht meist neben der Firma oder neben dem Namen des Inhabers und dient dazu, das Geschäft durch ein Merkwort aus der Menge gleichartiger Unternehmungen herauszuheben. Regelmäßig wird der Etablissementsname im Gegensatze zur Firma ohne den Namen des Inhabers gebraucht. In welcher Weise der Etablissementsname zu bilden sei, steht im Belieben des Geschäftsinhabers, nur darf die Einführung der Geschäftsbezeichnung die Firmenvorschriften nicht verletzen. Wollen also Minderkaufleute — denen an sich die Führung eines Etablissementsnamens nicht verboten ist (KGJ. **35** A 149) (Brand 130) — ihr Geschäft unter einem bestimmten Kennwort im Verkehre bezeichnen, so können sie dies, wenn sie dadurch nicht den Anschein erwecken, als handle es sich bei dieser Bezeichnung um eine Firma.

4. RheinARV. **30** 41 (KG.). Die Worte „Cölner Fleischzentrale" — ohne den Namen des Inhabers oder einen die Gesellschaftsart bezeichnenden Zusatz — können niemals eine zulässige Firma darstellen, sind vielmehr lediglich eine Etablissementsbezeichnung.

§ 18. I. Literatur. Marcus, Grenzen der Zulässigkeit von Firmenreklamezusätzen (§ 18 Abs. 2 HGB.), HoldheimsMSchr. **12** 290. Das KG. (RJA. **11** 193 ff.) hat zwar auch reine Reklamebezeichnungen grundsätzlich nicht für ausgeschlossen erklärt, dagegen müssen solche zu Firmenzusätzen für ausgeschlossen erklärt werden,

die sich als ärgerniserregend oder sittenwidrig darstellen. Deshalb müßte ein Firmenzusatz „Meschugge" abgelehnt werden.

II. Rechtsprechung. 1. Allgemeines. a) SeuffBl. **12** 99 f., ZBlFG. **12** 756, DNotV. **12** 723 (KG. I a). Die obige Vorschrift findet auch Anwendung auf die Firmen von inländischen Zweigniederlassungen ausländischer Handelsgewerbe — begründet unter Anziehung des Art. 30 EGBGB. — (gegen Staub [8] 98 und Mamelock, Die juristischen Personen im internationalen Privatrechte 300 — mit Denzler, Die Stellung der Filiale 379 und KGJ. **14** A 9). b) ZBlFG. **13** 160 f., DNotV. **12** 726 (BayObLG.). Diese Bestimmung bezieht sich nicht nur auf die Firmen der Einzelkaufleute, sondern gibt für alle Firmen Vorschriften über die Zusätze zur Firma. Die Vorschriften des § 18 Abs. 2 HGB. sind allgemeiner Natur und beziehen sich folglich ebensowohl auf abgeleitete, wie auf ursprüngliche Firmen. c) OLG. **24** 112 f., BauersZ. **19** 160 f. (KG.). Obige Bestimmung findet auch auf die Firma einer GmbH. Anwendung. Die Firmen der GmbH. dürfen in ihrem Gesamtbilde nicht geeignet sein, über die Art und den Umfang des Geschäfts zu täuschen (OLG. **9** 241, **12** 407). d) Hingegen BauersZ. **19** 161 (Braunschweig). § 18 Abs. 2 HGB. handelt von Zusätzen, die eine Firma haben kann, aber nicht haben muß. Auf wesentliche Bestandteile einer Firma findet er keine Anwendung. Die Zulässigkeit dieser wesentlichen Bestandteile der Firma einer GmbH. ist nach § 4 GmbHG. zu prüfen. e) KGJ. **41** A 109, ZBlFG. **12** 756 Nr. 631 b. Bei jeder Firmenänderung sind die Voraussetzungen wesentlich dieselben wie bei der ursprünglichen Annahme der Firma. Deshalb dürfen Zusätze zur Firma, auch wenn sie ursprünglich zulässig waren, in der geänderten Firma nicht mehr beibehalten werden, wenn sie den zur Zeit der Änderung bestehenden Verhältnissen nicht mehr entsprechen (s. dazu ZBlFG. **12** 312 Nr. 307 und Verw.). f) KGBl. **12** 20 f. (KG. I a). Wer auf Grund einer gegen den Geschäftsinhaber gerichteten einstweiligen Verfügung zum Verwalter des Handelsgeschäfts eingesetzt und zur Geschäftsführung ermächtigt ist, führt die Firma des Geschäftsinhabers nicht mißbräuchlich.

2. Einzelfälle. a) OLG. **24** 112 f., BauersZ. **19** 160 f. (KG.). Eine Firma, die ohne jeden prahlerischen Zusatz lediglich den Gegenstand des Unternehmens andeutet („Bergwerksgesellschaft" bzw. „Bergbaugesellschaft"), kann nicht eine Täuschung über dessen Umfang, besonders über das Stammkapital hervorrufen, denn jedermann muß mit der Möglichkeit rechnen, daß die Gesellschaft mit dem geringsten zulässigen Kapital gegründet ist. b) Ebenso OLG. **24** 113—115, BauersZ. **19** 161 f. (Braunschweig) bezüglich der Firma „Braunschweigische Landbank GmbH.". c) Ebenso auch bezüglich des Firmenbestandteils „Kommissionsbank" DNotV. **12** 736, BauersZ. **20** 57 f., DJZ. **12** 1133 (KG.). d) RJA. **11** 193 f., ZBlFG. **13** 81—83, DNotV. **12** 725, ThürBl. **39** 122—124 (KG.). Die Bestimmung sollte lediglich dem Grundsatze der Firmenwahrheit zum Siege verhelfen, nicht aber Zusätze ausschließen, die zwar eine lebhafte Anpreisung des Geschäfts und seiner Ware bedeuten, sich aber mit der tatsächlichen Sachlage nicht in Widerspruch setzen und zur Täuschung des Publikums daher nicht führen können. Es kann deshalb die Firma „Schuhhaus, Das muß man sehen Adolf S." auf Grund des § 18 Abs. 2 HGB., § 143 FGG. nicht gelöscht werden. e) BayObLG. **12** 494—499, OLG. **24** 111 f., SeuffA. **67** 156 f., LeipzZ. **11** 952 f., DNotV. **12** 725 (schon zitiert JDR. **10** II 4). Das Registergericht darf eine Firma, die einen Zusatz enthält, welcher geeignet ist, eine Täuschung über die Art und den Umfang oder die Verhältnisse des Geschäfts herbeizuführen, nicht in das Handelsregister eintragen; daß eine Täuschung beabsichtigt wird, ist nicht erforderlich. Als „Möbelhaus" darf sich ein Möbelgeschäft nicht bezeichnen, das zur Zeit der Eintragung der Firma weder nach der Größe und dem Umfange seines Lagers noch nach der Anzahl der beschäftigten Personen und

nach seinem Umsatze die gewöhnlichen Ladengeschäfte der Branche überragt. **f)** ZBl. FG. **13** 369, KGBl. **12** 108 (LG. I Berlin). Die Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs als Kaufhaus ist nicht nur dann zulässig, wenn in sämtlichen Stockwerken des Hauses der Verkauf stattfindet; als Kaufhaus darf unbedenklich auch ein Unternehmen bezeichnet werden, das in einem kleineren Teile des Hauses (Detailgeschäft) betrieben wird. **g)** RheinNotZ. **57** 83, ZBlFG. **13** 218, RheinARB. **30** 11, DNotV. **12** 741 f., BauersZ. **20** 62—64 (KG.). Die Firma „Treuhandgesellschaft" ist für eine GmbH. mit geringem Stammkapitale (20 000 M.) entgegen den Vorinstanzen zugelassen, weil aus dem Entwickelungsgange, den die Worte „Treuhandgesellschaft" und „Treuhand" bei der Firmabildung im Geschäftsverkehre genommen haben, sich ergibt, daß gegenwärtig unter Treuhandgesellschaften nicht mehr nur solche Unternehmungen verstanden werden, die auf großkapitalistischen Grundlagen beruhen. **h)** HansGZ. **12** Hptbl. 114—116, BauersZ. **19** 258 f. (Hamburg). Eine Firma, welche das Wort „Fabriken" enthält, während sie tatsächlich nur e i n e Fabrik betreibt und auch nur in einem Umfange, der sie für die Anschauung nicht wie eine Mehrzahl von Fabriken erscheinen läßt, ist unzulässig. **i)** SeuffBl. **12** 460—463, DNotV. **12** 725, LeipzZ. **12** 858—860 (BayObLG.). Der Zusatz „Maschinen-Industrie" darf nicht einer Firma beigefügt werden, die sich nur mit dem Handel von Maschinen befaßt. Unter „Industrie" versteht man ein gewerbliches Unternehmen, das sich mit der H e r st e l l u n g von gewerblichen Erzeugnissen u. dgl. i m g r o ß e n beschäftigt. **k)** KGJ. **41** A 109, ZBlFG. **12** 161; 756 Nr. 631 a, MschutzuWettbew. **11** 156, BauersZ. **19** 230—232, DNotV. **12** 724. Der Firmenzusatz „Werk" oder „Werke" ist nur zulässig, wenn es sich um einen großen und industriellen Betrieb handelt. Kennzeichen eines solchen Betriebs sind insbesondere ausgedehnte maschinelle Anlagen, große Transportanlagen, eine größere Arbeiterzahl, eigens zu diesem Betriebe bestimmte größere Räume u. dgl. (s. dazu ZBlFG. **9** 329 Nr. 301 und Verw.).

§ 19. S. § 6.

§ 20. 1. ZAktWes. **12** 194 f. (Beschl. Hamburg). Die Firma „Droschken-Aktiengesellschaft" ist zulässig. Es ist nicht nötig, daß das Wort „Aktiengesellschaft" als Zusatz zu der Firma im engeren Sinne gesondert hinzutreten muß.

2. **RG.** ZBlFG. **13** 218, BauersZ. **19** 126 f., SeuffBl. **12** 95. Die Führung von Familiennamen in der Firma einer AG. verletzt nicht das Gesetz. Die Firma „K. H., Maschinenfabrik-AG." ist zulässig.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 316—318, DNotV. **12** 736. Nach dem neuen HGB. ist die AG. zur Führung eines P e r s o n e n namens in der Firma befugt. Die dieses verbietende Bestimmung des Art. 18 Abs. 2 AGHGB. ist beseitigt.

§ 22. I. V o r a u s s e t z u n g e n. 1. G e s c h ä f t s e r w e r b u n d F o r t f ü h r u n g. **a)** OLG. **24** 118, ZBlFG. **12** 756 Nr. 634 (KG.). Für die Fortführung der bisherigen Firma bedarf es außer dem Nachweise der unveränderten Fortführung des Geschäfts auch noch des Nachweises, daß der Fortführende das Geschäft unter Lebenden oder von Todes wegen erworben hat. Die Zustimmung seiner gesetzlichen Miterben genügt hierzu nicht (s. dazu ZBlFG. **11** 768 Nr. 741 und Verw.). **b)** Bay. OLG. **12** 653—657, OLG. **24** 116—118, SeuffBl. **12** 460—463, DNotV. **12** 727, R. **12** Nr. 1930. Die Befugnis zur Fortführung der Firma eines Handelsgeschäfts kann nur dem Erwerber des Geschäfts selbst eingeräumt werden, nicht mit einer einzelnen Verkaufsstelle oder Filiale, welche der Erwerber zu einem neuen selbständigen Geschäfte macht, auf den Nachfolger übergehen. Der Umstand, daß der Erwerber einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz gemacht hat, durch welchen sich die Firma der Filialen von der des Hauptgeschäfts unterscheidet, macht den Gebrauch der Firma nicht zum berechtigten. **c)** OLG. **24** 115—118, RJA. **11** 275 f., HessRspr. **12** 301, 302, SeuffA. **67** 411 f. Nr. 232, ZBlFG. **12** 551, **13** 246—248, DNotV. **12** 733 f. (Darmstadt). Ist der Name des Firmen-

veräußerers nicht in der Firma enthalten, so darf der Firmenerwerber unbeschränkt Zweigniederlassungen unter der Firma gründen, sie unter dieser zu selbständigen Geschäften erheben, auch mit der Firma veräußern.

2. Einwilligung. a) **RG.** ZBlFG. **12** 422, SeuffA. **67** 72 f. (schon zitiert FDR. **10** B I 3 a). § 22 HGB. verlangt zwar eine bestimmte, direkte Äußerung des Zustimmungswillens, läßt aber jede Form, in welcher eine Äußerung unmittelbar erfolgen kann, genügen. Sie ist eine materielle, nicht eine den Indizienbeweis verbietende prozessuale Vorschrift. b) BayObLG. **13** 308—313, LeipzZ. **12** 858—860, DNotV. **12** 726, R. **12** Nr. 1934. Wenn der Inhaber eines Geschäfts dem Erwerber desselben die Genehmigung zur Fortführung der bisherigen Firma nur für so lange erteilt, als dieser und seine Söhne oder diese allein das Geschäft führen und das Anwesen, auf dem es betrieben wird, besitzen, so kann ohne Gesetzesverletzung angenommen werden, daß die Firma schon mit dem Verluste des Geschäfts oder des Anwesens allein erlöschen solle; nach dem Erlöschen der Firma kann sie auch mit Zustimmung ihres früheren Inhabers von einem Geschäftsnachfolger nicht mehr geführt werden. c) BayObLG. **13** 308—313, LeipzZ. **12** 858—860. Eine vor dem Erlöschen der Firma bedingungsweise erteilte Zustimmung zur Fortführung der Firma gilt als nicht erteilt, wenn die Bedingung ausgefallen ist.

II. Wirkungen. OLG. **24** 118 f (Hamburg). An sich ist es zwar nicht ausgeschlossen, daß jemand, der bei dem Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts die Verpflichtung zur Fortführung der bisherigen Firma übernommen hat, zu ihrer Erfüllung verurteilt wird (bestritten nur von Opet, GoldschmidtsZ. **49** 121). Aber dieser Anspruch ist dann nicht durchführbar, wenn der Erwerber bereits eine andere Firma für sich hat eintragen lassen (s. ferner zu §§ 13, 25).

§ 23. 1. OLG. **24** 169 f (Dresden). Veräußerung der Firma ohne das Geschäft. Der Kläger, der 1897 das unter der Firma „Essigfabrik A. M." betriebene Fabrikationsgeschäft des Beklagten gekauft hatte, hält den Vertrag für nichtig, weil darin lediglich die Firma ohne die Fabrik veräußert worden, mithin sei der Beklagte durch den Empfang des Kaufpreises ungerechtfertigt bereichert. Allein veräußert waren nach § 1 nicht bloß die Firma, ihre Medaillen und sonstigen Auszeichnungen, sondern der Vermögensbereich des gesamten Essigfabrikationsgeschäfts mit seinen materiellen Grundlagen, der Kundschaft, den bestehenden Lieferungsverträgen einschließlich des wichtigsten mit dem Hauptabnehmer des Essigs und die vorhandenen Vorräte von fertigen und halbfertigen Fabrikaten, sowie an Rohstoffen, rücksichtlich deren der den § 1 Ziff. 3 ergänzende § 7 Ziff. 1 eine besondere Kaufsumme auswarf. Verkauft ist danach das auf Herstellung und Vertrieb von Essig abzielende Handelsgewerbe in seinen wesentlichen Bestandteilen.

2. BayObLG. **12** 653, SeuffBl. **12** 195—197, R. **12** Nr. 266. Wer nur eine Geschäftsfiliale erwirbt, darf die Firma des Veräußerers auch mit dessen Zustimmung nicht fortführen. Hans Sch. hat nicht das Hutgeschäft der Elise W. in seinem wesentlichen Bestande, sondern nur einen Teil, eine Filiale dieses Geschäfts erworben; die Erwerbung eines Teiles genügt aber nicht, um den Erwerber zur Fortführung der Firma zu berechtigen, selbst wenn die Veräußerin zugestimmt hat (Staub, HGB. [8] § 22 Anm. 4; Ritter, HGB. § 22 Note 2; **RG. 9** 1, **56** 187). Der Umstand, daß Elise W. die Fortführung durch Sch. bewilligt und daß Sch. einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz gemacht hat, durch den sich die Firma von der Firma des Hauptgeschäfts unterschied (§ 30 HGB.), konnte den Gebrauch der Firma, die nicht neu im Sinne des § 30 Abs. 1 war, nicht zu einem berechtigten machen.

§ 25. Abs. 1. I. Allgemeine Voraussetzungen. 1. **RG.** R. **12** Nr. 1535. Aus § 25 Abs. 2 ergibt sich deutlich, daß die Anwendung des § 25 das Vorhandensein eines solchen Geschäfts voraussetzt, dessen Firma in das Handels-

register eines deutschen Gerichts eingetragen werden kann, weshalb auf Minderkaufleute der § 25 überhaupt keine Anwendung findet (vgl. **RG. 55** 83).

2. **RG.** BauersZ. **19** 257 f., NiemeyersZ. **22** 558—560. Haftung aus § 25 HGB. vom Standpunkte des internationalen Rechtes aus. Es handelt sich um eine Haftung ex lege, nicht um eine vertragliche Verpflichtung, so daß die allgemeinen Grundsätze über das bei Ansprüchen aus Verträgen zur Anwendung kommende internationale Recht hier nicht Anwendung finden. Ist der Sitz des erworbenen Geschäfts in das Gebiet des Deutschen Reichs verlegt und gleichzeitig die frühere Firma, unter der die Fortführung des Geschäfts erfolgt, in das Handelsregister eines deutschen Gerichts eingetragen, so sind damit die Bedingungen für die Anwendung des § 25 HGB. erfüllt.

II. Fortführung des Geschäfts als Voraussetzung der Haftung. SächsOLG. **33** 455—457. Der Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH. begründet nicht die Haftung des Erwerbers für die Gesellschaftsschulden nach § 25 HGB.

III. Fortführung der Firma als Voraussetzung der Haftung. 1. ElsLothJZ. **12** 225—229 (Colmar). Wenn eine AG. das Geschäft einer oHG. übernimmt, der bisherigen Firma der letzteren aber nicht nur die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" beifügt, sondern noch einen weiteren, den Gegenstand des Unternehmens bezeichnenden Zusatz macht, z. B. Baugeschäft, so liegt keine Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma vor, welche die AG. für frühere Geschäftsschulden nach § 25 HGB. haftbar machte.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 538, BauersZ. **19** 258, DNotV. **12** 742, R. **12** Nr. 1537. Der Umstand, daß die Firma des erworbenen Geschäfts diejenige eines Einzelkaufmanns war, während die Firma der Beklagten den Zusatz führt „GmbH.", steht der Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB. nicht entgegen. Denn wie die Haftung für die Geschäftsschulden des erworbenen Geschäfts nach dieser Vorschrift auch dann begründet wird, wenn die bisherige Firma des erworbenen Geschäfts „mit einem das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz" fortgeführt wird, so muß das gleiche gelten, wenn das Geschäft eines Einzelkaufmanns von einer GmbH. erworben und unter der bisherigen Firma mit dem das Gesellschaftsverhältnis zum Ausdrucke bringenden Zusatze fortgeführt wird. . . Es liegt der Fall genau so, wie wenn eine AG. das Geschäft eines Einzelkaufmanns mit der bisherigen Firma und dem Zusatz „AG." fortführt (vgl. **RG.** LeipzZ. **08** 594).

IV. Betriebsforderungen. 1. BadRpr. **12** 127 (Karlsruhe). Auch ausgebuchte Forderungen gehen bei der Geschäftsveräußerung auf den Erwerber über. Die „Ausbuchung" einer Forderung, d. h. die Feststellung in den Geschäftsbüchern, daß eine Forderung uneinbringlich sei und deshalb abgeschrieben werde, hat für den Bestand der Forderung selbst keine Bedeutung.

2. **RG.** BauersZ. **19** 139 f. Die „im Betriebe des Geschäfts" begründeten Forderungen beschränken sich nicht auf die einzelnen Abschlüsse im Betriebe, sondern sie erstrecken sich auf alle geschäftlichen Beziehungen, die mit dem Betrieb in einem solchen Zusammenhange stehen, daß sie als Folge des betreffenden Gewerbebetriebs sich erweisen. Dazu gehören insbesondere auch die Ansprüche aus einer Konkurrenzklausel.

V. Betriebsverbindlichkeiten. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 911, JW. **12** 1107 f Nr. 10. Auch die zum Zwecke des Erwerbes eines Handelsgeschäfts eingegangenen Verbindlichkeiten sind als „im Betriebe des Geschäfts" entstandene Schulden anzusehen.

2. OLG. **24** 120 f (Naumburg). Auch die Ansprüche gegen einen Angestellten, sei es vertraglicher Natur oder aus unerlaubter Handlung, gehören zu den im Geschäftsbetriebe begründeten Forderungen im Sinne des § 25 HGB.

VI. Haftung. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 539. Die vom Berufungsrichter geltend gemachte Erwägung, daß trotz der Haftbarkeit der Beklagten für die hier fragliche Schuld die persönliche Haftung L.s für diese Schuld bestehen blieb, entspricht dem geltenden Rechte, insbesondere der Vorschrift des § 25 HGB., da diese keineswegs vorsieht, daß der Veräußerer von seiner auf den Erwerber des Handelsgeschäfts übergehenden Verbindlichkeit frei wird; er bleibt vielmehr neben dem Erwerber für die Geschäftsschulden persönlich haftbar (vgl. JW. **11** 55 Nr. 37).

2. SeuffA. **67** 245 f. Nr. 141 (Dresden). Auch für die Klage gegen den Erwerber eines Handelsgeschäfts aus § 25 HGB. ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gegeben. Abgesehen von dem Eintritt eines zweiten Schuldners, bleibt der Anspruch unverändert, sowohl was seinen rechtlichen Charakter, wie was seinen Umfang und seine einzelnen Eigenschaften, insbesondere auch den für ihn bestehenden Ort der Erfüllung betrifft, die Forderung kann genau so, wie bisher gegen den früheren Geschäftsinhaber, nunmehr gegen diesen sowohl wie gegen den Geschäftserwerber geltend gemacht werden.

Abs. 2. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 539, BauersZ. **19** 257 f., R. **12** Nr. 1536. Den Erwerber eines Geschäfts, das unter der bisherigen Firma fortgeführt wird, befreit von der Haftung für die Geschäftsschulden eine entsprechende Vereinbarung mit dem Veräußerer nur dann, wenn diese Vereinbarung in das Handelsregister eingetragen oder von dem Veräußerer oder Erwerber dem in Betracht kommenden Gläubiger mitgeteilt wird. Diese gesetzlichen Voraussetzungen für den Ausschluß der Haftbarkeit des Erwerbers können durch eine bloße dem Gläubiger durch Dritte oder auf sonstige Weise übermittelte Kenntnis nicht ersetzt werden, da § 15 Abs. 1 HGB. hier nicht Platz greift (vgl. JW. **03** 401 Nr. 15).

2. Ebenso ElsLothJZ. **12** 10–12 (Colmar).

Abs. 3. **RG.** SeuffA. **67** 103 f., BauersZ. **19** 84 f. (schon zitiert JDR. **10** C a). Wenn das Geschäft ohne die Firma fortgeführt wird, bildet erst die Bekanntmachung der Schuldübernahme den Grund der Schuldenhaftung des Erwerbers. Eine sachliche Beschränkung dieser Schuldenhaftung ist zulässig, und zwar liegt eine solche darin, daß in der Bekanntmachung hinzugefügt ist „nach der Aufstellung von dem ...“ (bestimmter Zeitpunkt), so daß für Schulden, die in dieser Aufstellung nicht enthalten sind, der Erwerber nicht haftet. Hiergegen s. JDR. **10** C b.

§ 27. KGBl. **12** 117 f. (KG.) — unter Mitteilung der Literatur —. Durch den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung wird die materielle Haftung des Erben aus § 27 HGB. nicht beseitigt.

§ 28. OLG. **24** 121 (KG.). Entscheidend kann für die Fortsetzung des Betriebs allein der Ort und die Art der Leitung des Geschäfts sein. Tritt hierin keine Änderung ein, so daß die Kundschaft ohne weiteres in den Glauben versetzt wird, sie habe es noch mit dem alten Unternehmen zu tun, so kann die neue Firma nur als Fortsetzung des letzteren angesehen werden.

§ 29. (§ 823 Abs. 2 BGB.) OLG. **24** 125 (Hamburg). Der Kläger — ein Laufbursche des Beklagten — gründet seinen Ersatzanspruch in Höhe der ihm bisher nicht zugeflossenen Unfallrente auch darauf, daß der Beklagte sich nicht habe ins Handelsregister eintragen lassen; wäre dies geschehen, so würde Kläger nach § 1 Nr. 7 GewUVG. gegen die Folgen von Betriebsunfällen versichert gewesen sein. Diese Ausführung trifft nicht zu, selbst wenn der damalige Gewerbebetrieb des Beklagten sowohl über den Umfang des Kleingewerbes hinausging, als auch einen Lagerungsbetrieb im Sinne des angeführten § 1 Nr. 7 darstellte. Denn auch dann steht dem Kläger weder ein Ersatzanspruch aus dem Dienstvertrage zu, weil ihm gegenüber eine Vertragspflicht, sich eintragen zu lassen, dem Beklagten nicht oblag, noch ein Anspruch aus § 823 BGB., weil das rechtliche Interesse, durch die Eintragung ein bedingtes Forderungsrecht auf die Unfallrente zu erlangen, kein durch

§ 823 Abs. 1 geschütztes Recht und § 29 HGB. kein den Schutz des Angestellten bezweckendes Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 ist (**RG. 72** 409).

§ 30. 1. **RG. 78** 265—268, LeipzZ. **12** 308 f., BauersZ. **19** 259 f. Das Wort „Normalzeit" in der Firma eines Uhrengeschäfts ist weder ein sog. Firmenschlagwort, noch eine allgemein verständliche Geschäftsbezeichnung.

2. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 479. Die Firmen „Carl Stiller junior" und „Carl Stiller Schuhwarengeschäft" unterscheiden sich wesentlich voneinander, sowohl für die Frage der §§ 30, 37 HGB. wie §§ 14, 20 UnlWG. (dagegen nicht die Firmen „Carl Stiller jr." und „Carl Stiller Schuhwarengeschäft").

3. ZBlFG. **13** 457, BayRpflZ. **12** 442 f. (BayObLG.). Die Zweigniederlassung kann nicht einen von der Firma der Hauptniederlassung wesentlich abweichenden Namen führen; der gestattete bzw. vorgeschriebene Zusatz darf den Zusammenhang mit der Hauptniederlassung nicht unerkennbar machen (ZBlFG. **12** 56 und Verw.).

4. MSchutzuWettbew. **11** 119—120 (Colmar). Für die Frage des § 16 UnlWG. ist es unwesentlich, ob ein dem § 30 HGB. genügender Unterschied zwischen beiden Firmen vorhanden ist. Denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf die an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden Firmen und deren aus öffentlich-rechtlichen Interessen geforderten Unterscheidbarkeit. § 16 UnlWG. geht dagegen über den in §§ 30, 37 Abs. 2 HGB. gewährten Rechtsschutz hinaus; er läßt die Untersagung einer den handelsrechtlichen Erfordernissen noch genügenden Firma auch dann zu, wenn deren verkehrsüblicher Gebrauch für eine befugt geführte ältere Firma die Gefahr der Verwechselung mit sich bringt, so daß dadurch in einer dem § 16 widerstreitenden Weise die Erwerbstätigkeit des älteren gewerblichen Unternehmens beeinträchtigt wird (vgl. **RG. 75** 370 ff.).

§ 31. 1. ZBlFG. **13** 370, R. **12** Nr. 2579 (KG.). Wird das Geschäft einer oHG. a) mit oder b) ohne die Firma mit allen Aktiven und Passiven in eine neu gegründete GmbH. eingebracht, so ist sowohl im Falle a, in dem im Handelsregister A nach § 31 AVf. des PrJustMin. vom 7. November 1899 die Firma der oHG. zu „löschen" ist, wie auch im Falle b, in dem dort das „Erlöschen" der Firma zu vermerken ist, die förmliche Anmeldung aller Teilhaber der oHG. erforderlich. Die Eintragung selber ist kostenpflichtig aus § 72 Nr. 2 b PrGKG. Hat der Registerrichter versehentlich die Firma von Amts wegen gelöscht, so kann diese Löschung auch im Beschwerdewege nicht wieder beseitigt werden, wenn feststeht, daß die Firma tatsächlich erloschen ist.

2. RJA. **11** 36, WürttZ. **12** 205 (KG.). Die Firma eines Pächters erlischt dann mit der Beendigung des Pachtvertrags nicht, wenn er sofort ein neues Geschäft beginnt.

§§ 33—36. I. Literatur. 1. Marcus, Über die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß der Vorstand einer in Deutschland domizilierenden AG. im Auslande seinen Wohnsitz hat, HoldheimsMSchr. **12** 269.

2. Marcus, Besteht im Registerrecht eine Lücke hinsichtlich des Löschungsverfahrens gegenüber handelsrechtlichen Korporationen? KGBl. **12** 21. Der Verf. verneint die Frage — entgegen der Berliner Handelskammer — unter entsprechender Auslegung des § 31 Abs. 2 HGB., § 141 FGG., nur müsse das Registergericht wie die Einstellung des Gewerbebetriebs und die gewollte Gesellschaftsauflösung als deren Grund das Nichtvorhandensein von Gesellschaftsvermögen feststellen.

3. Riesenstahl, Zu der Frage der Offiziallöschung von Firmen der juristischen Personen des Handelsrechts, KGBl. **12** 35 f., bestätigt, daß das Offiziallöschungsverfahren beim AG. Berlin-Mitte gegenüber den GmbH. entsprechend der obigen

Auffassung geübt werde, nur sei es in der Praxis nicht immer angängig, jedesmal erst das Nichtvorhandensein von Gesellschaftsvermögen festzustellen; die gegenteilige Feststellung des Vermögens müsse vielmehr event. dem Widerspruchsverfahren vorbehalten bleiben.

II. Rechtsprechung. LeipzZ. **12** 942 f. (Dresden). Für die Eintragung einer juristischen Person in das Handelsregister ist das Gericht zuständig, zu dessen Bezirk ihre geschäftliche Niederlassung gehört. Die §§ 33—36 HGB. finden, wie allseitig anerkannt ist, ihre Ergänzung durch die für den firmenpflichtigen Kaufmann im allgemeinen geltenden Vorschriften der §§ 29—32 HGB.

§ 37. I. Literatur. 1. Marcus, Löschung der Firma einer bestehenden AG. auf Grund Urteils, HoldheimsMSchr. **12** 121—123. Gegen die registermäßig in Liquidation befindliche AG. in Firma „Berliner Grundstücksverwertungs-Aktiengesellschaft" hatte die AG. in Firma „Berliner Grundverwertungsaktiengesellschaft" auf Grund rechtskräftig zu ihren Gunsten lautenden Urteils, das ihr Unterlassung des Gebrauchs der Firma und ferner gebot, bei dem Registergerichte die Löschung dieser Firma zu beantragen, Löschung beim Registergerichte beantragt. Dieses trug der Urteilsformel entsprechend ein, „daß die Firma rechtskräftig für unzulässig erklärt und daher wieder gelöscht sei". Das Beschwerdegericht wies den Antrag der verurteilten AG., das Amtsgericht anzuweisen, die Löschung ihrer Firma wieder zu löschen, aus materiellen Gründen zurück. Das KG. entsprach der weiteren Beschwerde nicht, führte aber, die Sachprüfung des LG. mißbilligend, aus: Die Registereintragung, deren Löschung im Beschwerdeweg erstrebt werde, sei keine Verfügung im Sinne des § 19 FGG. Der Senat habe in ständiger Rechtsprechung Beschwerden gegen Eintragungen mit dem Ziele auf Löschung für unzulässig erklärt. Solche sei nur im Verfahren der §§ 142 ff. FGG. möglich. Das LG. hätte sachlich nur entscheiden dürfen, wenn es nach § 143 FGG. das Löschungsverfahren einleiten wollte; so hätte es die Beschwerde als unzulässig zurückweisen müssen. Weiter führt das KG. aus: Der Beschwerdeführerin bleibe trotz dieser Entscheidung der Antrag aus § 142 FGG. beim Registergerichte vorbehalten. Dies würde zu erwägen haben, ob das rechtskräftige Urteil eine genügende Grundlage für die Firmenlöschung bildete oder erst vorgenommen werden konnte, wenn die AG. eine neue Firma angenommen und angemeldet hätte. — Der Verf. erachtet diese Entscheidung nicht für zutreffend, indem er folgende Bedenken hervorhebt: a) Die registerrichterliche Löschungsanordnung stelle doch eine Verfügung im Sinne der FGG. dar. b) Der urteilsmäßig der Klägerin zugesprochene Anspruch auf Löschung als solcher stelle nicht einen Löschungstitel dar, der den Registerrichter bände, zumal nach § 37 Abs. 1 HGB. es nur Unterlassungsansprüche gäbe, deren Vollstreckung nach § 890 ZPO. zu betreiben wäre. c) Durch die in der Beschwerdeentscheidung des KG. dem Registerrichter eröffnete Direktive für den Fall erneuten Antrags aus § 142 FGG. sei ihm das Recht sogar erneuter Prüfung unbekümmert um das Judikat vorbehalten und unabhängig von den bisherigen Sachentscheidungen, die keine res judicata repräsentieren sollen, obwohl die materielle Entscheidung des LG. nicht aufgehoben ist. Gelange der Registerrichter im neuen Verfahren zu der Ansicht, daß die Löschung rückgängig zu machen sei, solange die verurteilte AG. nicht eine neue Firma angenommen, so bleibe doch für den Registerrichter nichts zu tun übrig, um Harmonie des Firmenzustandes mit dem im Rechtsstreite der Parteien ergangenen rechtskräftigen Urteile herzustellen. Denn der obsiegenden Gesellschaft sei doch nur im Zwangsverfahren aus § 890 ZPO. zu helfen, weil nach der herrschenden Auslegung des § 37 HGB. (Ritter 62 Anm. 2) auf Grund dieser Bestimmung nur gegen natürliche, nicht gegen juristische Personen eingeschritten werden könne, der Registerrichter also nicht in der Lage sei, die Annahme einer anderen Firma seitens der löschungspflichtigen AG. zu erzwingen.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. 12 22. Gegen die eine Firmenanmeldung ablehnende Verfügung gibt es das Rechtsmittel der Beschwerde nicht, wenn wegen jener die Eröffnung des Ordnungsstrafverfahrens erfolgt ist. Die Eigentümlichkeit des Ordnungsstrafverfahrens schließt das einfache Beschwerdeverfahren aus (vgl. RJA. **9** 250, **10** 23).

3. Dagegen Joseph, Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen. XVIII. Ablehnung einer Eintragung bei gleichzeitiger Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens, HoldheimsMSchr. **12** 68 f., der zu folgendem Ergebnisse kommt: Lehnt das Amtsgericht den Antrag auf Eintragung einer vom Antragsteller gebrauchten Firma ab und leitet es gleichzeitig gegen ihn ein Ordnungsstrafverfahren wegen unzulässiger Firmenführung ein, so ist eine Beschwerde des Anmeldenden gegen die Aufforderung aus § 140 mit § 132 Abs. 2 ausgeschlossen. Dagegen steht ihm die Beschwerde zu gegen die Ablehnung des Eintragungsantrags. Denn das Verfahren auf Eintragung der Firma und das Ordnungsstrafverfahren sind zwei gesonderte, ganz verschiedene Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und der Umstand, daß in beiden Verfahren dieselbe Rechtsfrage zu erörtern ist, begründet keinen Ausschluß des an sich begründeten Beschwerderechts, sondern nur den Anlaß zur Aussetzung des Ordnungsstrafverfahrens bis zur Entscheidung über die Beschwerde.

4. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage (151): vgl. zu § 12 BGB. und die dortigen Verweisungen, insbesondere § 1004 BGB.

II. Rechtsprechung. 1. Materielles Recht. a) RheinARV. **30** 39, ZBlFG. **13** 217, PosMSchr. **12** 174, DNotV. **12** 728 (KG.). Der Registerrichter kann auch gegen Minderkaufleute gemäß § 37 HGB. einschreiten, wenn sie sich einer Firma bedienen (KGJ. **31** A 149, **33** A 115, **35** A 147, **38** A 158). **b)** MschutzuWettbew. **11** 126 f. (KG.). Eine zu unlauteren Wettbewerbszwecken lediglich zum Scheine gegründete GmbH. kann gemäß § 37 HGB. gelöscht werden. **c)** KGJ. **41** A 114, RJA. **11** 114—116, ZBlFG. **12** 483—485, ThürBl. **59** 56—59, WürttZ. **54** 205, BauersZ. **19** 110—112, DNotV. **12** 728. Das Registergericht kann zwar von Amts wegen eine Firma im Handelsregister dann löschen, wenn die Eintragung wegen Mangels einer „wesentlichen Voraussetzung" unzulässig war, wenn sie also z. B. gegen die Vorschriften der §§ 18 ff., 30 HGB. verstieß oder wenn die Firma für das Gewerbe eines gemäß § 4 HGB. nicht eintragungsfähigen Minderkaufmanns oder gar für einen überhaupt kein Gewerbe Betreibenden eingetragen war, — nicht aber, wenn die Firma zu Zwecken des Wettbewerbes gebildet und geeignet ist, Verwechselungen mit einer anderen Firma hervorzurufen. Dieser Weg, der jenen Verstoß gegen § 16 UnlWG. zum Gegenstande hat, kann nur im Prozeßweg entschieden werden. **d)** BayOLG. **12** 653—657, BayRpflZ. **12** 24, ZBlFG. **12** 552. Derjenige, dessen Recht ein anderer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma verletzt und durch die Verweigerung des Einschreitens nach § 37 HGB. beeinträchtigt ist, hat das Recht der Beschwerde und der weiteren Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Registergerichts und des Beschwerdegerichts. Auch die Löschung einer schon eingetragenen, unbefugt geführten Firma, die das Gericht abgelehnt hat, kann im Wege der Beschwerde verlangt werden, wenn die Eintragung wegen Mangels wesentlicher Voraussetzungen unzulässig war; dem Beschwerderechte des Dritten steht auch nicht entgegen, daß das Registergericht in den Fällen des § 37 Abs. 1 HGB. vom Standpunkte der öffentlichen Ordnung von Amts wegen vorzugehen hatte. **e)** **RG.** MschutzuWettbew. **11** 260 f. In der Regel gibt ein mit der Firma verübter unlauterer Wettbewerb allerdings keinen Anspruch auf Löschung, sondern nur einen Anspruch auf Unterlassung des unlauteren Gebrauchs; doch wird ein Anspruch auf Löschung dann zugelassen, wenn anders nicht dem unlauteren Gebrauche wirksam zu begegnen ist. Stellt schon die Annahme der Firma, so wie sie

ist, einen unlauteren Wettbewerb und einen Eingriff in die geschützte Erwerbstätigkeit des Konkurrenten dar, so kann auch die Löschung der Firma verlangt werden (**RG. 75** 374). **f**) MschutzuWettbew. **12** 43, BauersZ. **19** 278 f., HansGZ. **12** Hptbl. 177—179 (Hamburg). Auf Grund dieser Bestimmung kann nicht nur auf Unterlassung des Gebrauchs einer Firma, sondern unter Umständen auch auf Löschung geklagt werden. Eine Löschungsklage wird bei Aufnahme eines für den anderen geschützten Wortes in eine Firma dann zuzulassen sein, wenn die Benutzung stets oder in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle einen Eingriff in die Rechte des Zeicheninhabers bedeuten würde. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn das geschützte Wort in der Firma mit den Waren, auf welche sich der Zeichenschutz erstreckt, in Verbindung gebracht ist. Ist der Klägerin z. B. das Wort „Hansa" als Warenzeichen für Kakes geschützt, so würde sie einer „Hansa-Kakes-Fabrik" gegenüber den Anspruch auf Löschung haben. **g**) Hiergegen HansGZ. **12** Hptbl. 114—116 (Hamburg). Enthält eine GmbH. eine im Sinne des § 18 HGB. unzulässige Firma, so kann der Konkurrent nicht auf Löschung, sondern nur auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma klagen. Würde die Firma allein im Handelsregister gestrichen werden, so würde eine GmbH. ohne Namen bestehen, was mit dem § 3 G. unvereinbar wäre. Sollte aber die Löschung der Firma in dem Sinne erfolgen, daß die Gesellschaft überhaupt nicht mehr eingetragen wäre, so würde auch das dem Gesetze widersprechen. **h**) RJA. **11** 193 f., ZBlFG. **13** 81 (KG.). Verstößt der Zusatz einer Firma gegen § 18 Abs. 2 HGB., so kann nur die Löschung der ganzen Firma, nicht des Zusatzes angeordnet werden. **i**) BauersZ. **19** 232 f., HansGZ. **12** Hptbl. 93—96 (Hamburg). Klage aus § 37 Abs. 2 HGB. auf Unterlassung des unbefugten Gebrauchs setzt voraus, daß die Klägerin durch jenen Gebrauch „in ihren Rechten verletzt wird". Die letztere Voraussetzung ist bereits dann gegeben, wenn durch jenen Gebrauch die Klägerin in ihrem gewerblich berechtigten Interesse gestört wird (s. ferner zu §§ 18, 20).

2. Verfahren. **a**) BayObLG. **13** 308—313, ZBlFG. **13** 217, DNotV. **12** 722. (§§ 141, 142 FGG.) Die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts, durch welche der Widerspruch gegen die vom Registergerichte beabsichtigte Löschung einer Firma zurückgewiesen wurde, ist eine sofortige Beschwerde. **b**) RJA. **11** 216, ZBlFG. **13** 99 f., DNotV. **12** 723 (KG.). (§ 142 FGG.) Eine zwar dem Eintragungsantrag entsprechende, aber sachlich unrichtige Eintragung ist im Wege des § 142 FGG. zu löschen. **c**) OLG. **24** 162 f., RJA. **11** 33—35 (KG.) [schon zit. JDR. **10** II 2]. Die im § 144 Abs. 3 FGG. als angemessen gesetzte Frist von drei Monaten für die Geltendmachung eines Widerspruchs hat nur die Bedeutung, daß der Beteiligte zu seiner Widerspruchserklärung eine Frist von drei Monaten beanspruchen kann; wenn er aber vorher die Widerspruchserklärung abgegeben hat, ohne zu erklären, daß er für weitere Erklärungen die Innehaltung der Dreimonatsfrist beanspruche, dann kann das Gericht auch vor Ablauf von drei Monaten über den Widerspruch entscheiden. **d**) OLG. **24** 162 f., RJA. **11** 33—35 (KG. I a) [schon zitiert JDR. **10** II 1]. Als Beteiligte im Sinne des § 142 Abs. 2 FGG. sind nur die durch ihren gesetzlichen Vertreter vertretene Gesellschaft, nicht die Gesellschafter anzusehen (s. ferner zu §§ 14, 16, 30, 31).

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§§ 38, 39. 1. **RG.** (Straff.) JW. **12** 1071 Nr. 15 a. Für die Bilanzziehung gilt der Grundsatz, daß sie die Lage des Vermögens ersichtlich zu machen hat, und zwar nicht nur für den Kaufmann selbst, sondern für jeden, der sich auf die Buchführung und Bilanzen versteht (**RG.** [Straff.] **4** 119, **41** 41).

2. **RG.** (Straff.) JW. **12** 1071 f. Nr. 15 b. Dasselbe bezüglich der Buchführung (s. ferner zu §§ 1, 2, 4).

§ 40. I. Literatur. 1. *Adler, SächsRpflA. **12** 97—103, 121—127, 145—152. Die Abhandlung „Wesen und Aufbau einer kaufmännischen Bilanz" ist aus einem Vortrage hervorgegangen, den der Verf. (Studiendirektor der Handelshochschule zu Leipzig) im Auftrage des Kgl. sächs. Justizministeriums vor Richtern und Staatsanwälten in Dresden gehalten hat. Nach einer allgemeinen Einleitung, in der der Zusammenhang der Bilanz mit der doppelten Buchführung an Beispielen erläutert ist, wird speziell auf die Bilanzen der AG. eingegangen. Es wird hervorgehoben, daß man zum Verständnis einer Bilanz zunächst von der Passivseite derselben auszugehen habe, indem diese in dem Grundkapitale, den Reserven und dem Reingewinne das eigene Vermögen der Gesellschaft, in den Verpflichtungen (Kreditoren, Akzepten usw.) das in der Unternehmung arbeitende fremde Kapital zum Ausdrucke bringe. Die Aktivseite der Bilanz zeige sodann in ihren einzelnen Positionen, welche Anlage dieses Gesamtvermögens durch den Geschäftsbetrieb gefunden habe. Die Zusammensetzung dieser Positionen sei natürlich zunächst von der Art des Unternehmens bedingt. So zeigen sich z. B. große Verschiedenheiten der Anlagen beim Vergleich einer Industriebilanz mit einer Bankbilanz; Unternehmungen der ersteren Art haben oft über die Hälfte des in der Unternehmung steckenden Kapitals in Anlagewerten (Areale, Gebäude, Maschinen, Werkzeuge usw.) festgelegt, während Banken darauf bedacht sein müssen, den größten Teil ihrer Kapitalien flüssig zu halten, sie also als Betriebsvermögen zu verwenden. Die beiden Seiten der Bilanz werden sodann nach ihrer Zusammengehörigkeit rubriziert und nach der rechtlichen, wirtschaftlichen und buchtechnischen Seite im einzelnen besprochen. Zum Schlusse wird die Gewinn- und Verlustrechnung kurz erläutert und ihr Zusammenhang mit der Bilanz erklärt, sowie auf die Mangelhaftigkeit einzelner Gewinn- und Verlustrechnungen aus der Praxis hingewiesen. Der Aufsatz ist auch als Separatabdruck im Verlage der Roßbergschen Buchhandlung, Leipzig (Preis 60 Pf.) erschienen.

2. Baldauf, Bilanzatlas der hauptsächlichsten drei Gesellschaftsformen. Taf. 1: Einzelfirma und offene Handelsgesellschaft. Taf. 2: Gesellschaft mbH. Taf. 3: Aktiengesellschaft (Stuttgart).

3. Fischer, Über die Grundlagen der Bilanzwerte (Leipzig 1909).

4. Kovero, Die Bewertung der Vermögensgegenstände in den Jahresbilanzen der privaten Unternehmungen (Berlin 1912).

5. Leitner, Bilanztechnik und Bilanzkritik (Berlin 1911).

6. Rehm, Die Eröffnungsbilanz bei Umwandlung von Geschäften, R. **12** 278.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **12** 305 f. Nr. 26, BauersZ. **19** 189, HoldheimsMSchr. **12** 187 f. Handelt es sich um die Bewertung eines zwe felhaften Vermögensbestandteils, so ist der Tag, für den die Bilanz gelten soll, in dem Sinne maßgebend, daß auf den Wert gesehen werden muß, der dem Bestandteil an diesem Tage objektiv beigewohnt hat. Zur Ermittelung des Wertes sind aber alle im Augenblicke der Bilanzierung verfügbaren Erkenntnisquellen heranzuziehen.

2. SächsOLG. **33** 352—355. Bei einer Auseinandersetzung zwischen den Teilhabern einer Kommanditgesellschaft ist ein besonderer Firmenwert und Wert des Geschäfts in die Bilanz einzustellen.

§ 40. Abs. 3. S. § 25.

§§ 45 ff. *Förster-Kann I, 434, Note 5 zu § 142. Unter Handelsbüchern im Sinne des § 45 HGB. sind die Bücher bzw. die sonstigen zusammenhängenden Aufzeichnungen zu verstehen, durch welche ein Vollkaufmann seine Handelsgeschäfte und sein Handelsvermögen ersichtlich macht. Ob im übrigen die Aufzeichnungen den sonstigen Anforderungen des HGB. genügen, z. B. ob sie gebunden, in lebender Sprache geschrieben, nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Buchführung eingerichtet sind usw., ist für die Vorlegungspflicht gleichgültig. — Auch die Vorlegung

der Handelsbücher ausländischer Kaufleute kann angeordnet werden. Ob ein Ausländer Kaufmann ist, muß nach dem Systeme des deutschen Handelsrechts beurteilt werden. Danach ist Kaufmann der Ausländer, welcher eines der Gewerbe des § 1 HGB. oder ein gewerbliches Unternehmen gemäß § 2 HGB. betreibt und in einem dem deutschen Handelsregister entsprechenden öffentlichen Buche eingetragen ist. Ferner kommt Kaufmannsqualität den juristischen Personen und Personenvereinigungen des Auslandes zu, welche dem Typus einer deutschen Handelsgesellschaft entsprechen. — Daraus, daß die Vorschrift im HGB. steht, ist keineswegs die Beschränkung abzuleiten, daß sie nur für Handelssachen gilt. Sie ist nichtsdestoweniger eine reine Verfahrensvorschrift, muß daher gleichviel, welches der Gegenstand des Prozesses ist, anwendbar sein. — Die Beschränkung des § 46 HGB., wonach der Inhalt des Buches, soweit er nicht den eigentlichen Streitpunkt betrifft, nur dem Gerichte, nicht auch den Parteien offen zu legen ist, widerspricht dem Grundsatze des § 357 ZPO. Demgemäß ist § 46 HGB. im Zivilprozesse nicht anwendbar, dagegen wohl im Verwaltungsstreitverfahren.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48. 1. 1. RJA. **11** 271—275, DNotV. **12** 729, ZBlFG. **13** 244—246 (KG.) — in eingehender Begründung —. Der Testamentsvollstrecker ist befugt, Prokuristen für ein zum Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft zu bestellen.

2. **RG.** JW. **11** 949, EisenbE. **28** 347 f., WürttRpflZ. **12** 24 (schon zit. JDR. **10** 586 zu § 49). Der Prokurist kann zugleich Betriebsbeamter sein, wenn ihm neben seiner Stellung als Prokurist dauernd die Leitung oder Beaufsichtigung des technischen Betriebs oder einer Abteilung übertragen ist.

§ 49. 1. BauersZ. **19** 4 f. Die Prokura ermächtigt auch zur Erteilung von Dienstzeugnissen an Handlungsgehilfen.

2. BauersZ. **19** 158 f. (KG.). Die Prokuristen der GmbH. haben nicht das Recht, die Gesellschafterversammlung zu berufen, die Einberufung der Gesellschafter einer GmbH. oder einer AG. fällt nicht in den Rahmen des Gewerbebetriebs der Gesellschaft, sondern liegt auf dem Gebiete der inneren korporativen Organisation dieser mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Gesellschaften.

3. ZBlFG. **13** 457 (KG.). Vertretung. Die Bestimmung eines Gesellschaftsvertrags einer GmbH., daß ein Geschäftsführer, der die Gesellschaft in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertritt, die Gesellschaft in allen den Grundstücks- und Hypothekenverkehr betreffenden Angelegenheiten allein vertreten soll, ist unzulässig (ZBlFG. **13** 96).

4. **RG.** JW. **12** 526 f. Nr. 3 über die Grenzen der Vertretungsmacht bei Kollektivvertretung.

5. ZBlFG. **13** 218, RheinNotZ. **57** 135 (KG.). Wird eine AG., die nur einen Direktor hat, durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen rechtsgültig vertreten, so hat dieser eine der gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Vorstandsmitglieds gleichkommende Vertretungsmacht. In der dieses Vertretungsverhältnis anordnenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags liegt für den Prokuristen die Erteilung der im § 49 Abs. 2 HGB. erforderten besonderen Ermächtigung zur Grundstücksveräußerung. Wird der Gesellschaftsvertrag dann dahin abgeändert, daß die Vertretung der Gesellschaft rechtsgültig auch durch zwei Prokuristen erfolgen könne, so liegt die Folgerung nahe, daß fortan die Prokuristen als Gesamtprokuristen allein zur Vertretung der AG. in demselben Umfange berechtigt sein sollen, wie sie es einzeln mit einem Vorstandsmitgliede waren, und es wird zu erwägen sein, ob nicht hierin wiederum die im § 49 erforderte besondere Ermächtigung an zwei Prokuristen zu finden ist (ZBlFG. **6** 577 Nr. 612).

6. **RG.** BankA. **11** 311 f. Ist der Kunde durch wissentlich unrichtige Auskunftserteilung seitens des Prokuristen des verkaufenden Bankiers zum Kaufe von Wertpapieren bestimmt worden, so kann er den Kauf anfechten.

7. **RG.** **79** 285—287. Die Zahlung einer Nichtschuld an den Prokuristen des vermeintlichen Gläubigers gibt gegen den Prinzipal einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

§ 50. **RG.** BauersZ. **19** 130 f. Trotz der Anordnung im Gesellschaftsvertrage, daß die GmbH. durch zwei Prokuristen vertreten werden kann, ist die Erteilung einer Prokura mit der Einschränkung wirksam, daß ein Prokurist nur zusammen mit einem Geschäftsführer zeichnen darf.

§ 53. S. zu § 8.

§ 54. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 219, LeipzZ. **12** 383 f. Die Erteilung einer Gesamtprokura schließt die Erteilung einer Einzelvollmacht im Sinne des § 54 HGB. an einen der Gesamtprokuristen nicht aus; vielmehr kann jedem Gesamtprokuristen, unter Absehung von seiner Prokura, ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlungen Vollmacht zum Abschlusse bestimmter Arten von Geschäften oder einzelner bestimmter Geschäfte erteilt werden (s. auch BauersZ. **20** 59—61 [KG.]).

2. OLG. **24** 271 f. (KG.). Läßt der Inhaber eines geschäftlichen Betriebs zu, daß jemand Dritten gegenüber als sein Bevollmächtigter auftritt, so ist darin eine stillschweigende Bevollmächtigung zu erblicken. Ob der Inhaber von der einzelnen in Frage stehenden Bestellung wußte, ist unerheblich.

3. HansGZ. **12** Hptbl. 67 f. (Hamburg). Wenn Beklagte eine Reihe von Fernsprechern in ihrem Geschäfte bedienen und dem Anrufenden nicht ausdrücklich erklären läßt, daß zur Entgegennahme einer Erklärung erst eine besonders hierzu befugte Person gerufen werden müsse, so gibt sie damit zu erkennen, daß es dessen nicht bedürfe und sie das am Fernsprecher von dem Dritten Gesagte als auf ihrem Kontor einem empfangsberechtigten Angestellten gesagt anerkennen wolle.

§ 55. LeipzZ. **12** 487 f. (Colmar). Bedeutung des Vermerkes auf den von dem Reisenden dem anderen Teil ausgehändigten Bestellschein: „Bestätigung des Hauses vorbehalten". Dadurch, daß der Reisende die Bestellung der Beklagten entgegennahm, sich jedoch die Bestätigung durch seine Dienstherrin vorbehielt, ist mangels deren Bindung ein Vertrag zwischen den Parteien überhaupt noch nicht zustande gekommen. Vielmehr lag, solange der Auftrag durch die Klägerin noch nicht bestätigt worden war, rechtlich nichts anderes vor, als ein Antrag der Beklagten auf Abschluß eines Lieferungsvertrags des in dem Bestellschein festgelegten Inhalts. Irrig ist jedoch die Annahme, der Vertragsantrag sei von dem Beklagten in Abwesenheit der Klägerin erklärt worden. Dadurch würde dem Reisenden die Stellung eines Boten zugewiesen werden, der lediglich die Anträge der Besteller der Klägerin überbringt. Dies steht jedoch im Widerspruch mit den §§ 54, 55 HGB., die dem Handlungsreisenden eine weitgehende Vertretungsmacht zuerkennen, soweit sie nicht durch den Geschäftsinhaber eingeschränkt worden ist. Es ist demgemäß anzunehmen, daß der Reisende namens der Klägerin den Vertragsantrag der Beklagten entgegengenommen hat. Es liegt demgemäß eine Willenserklärung nicht unter Abwesenden, sondern unter Anwesenden vor.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Exkurs. I. Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts. 1. Sachliche Zuständigkeit. a) SächsRpflA. **12** 110 f. (Dresden). Der Umstand, daß jemand zur Zeit der Erhebung der Klage nicht mehr Handlungsgehilfe war, ist für die Frage der Zuständigkeit des KfmG. gleichgültig, da insbesondere auch die Auflösung des Dienstverhältnisses nach § 5 Abs. 1 KfmGG. zur Zuständigkeit des KfmG. gehören soll. b) BreslauAK. **12** 27 (Breslau). Klagt an Stelle des

Handlungsgehilfen der Verwalter seines Konkurses, so wird hierdurch an der Zuständigkeit des KfmG. nichts geändert. **c)** GewuKfmG. **17** 207 f. (KfmG. Braunschweig). Für die Klage des Handlungsgehilfen auf Spesenentschädigung gegen den Konkursverwalter ist das KfmG. zuständig. Ob der Beklagte in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter „Kaufmann" im Sinne des HGB. ist, kann unerörtert bleiben; denn es handelt sich jedenfalls um einen Streit, der aus dem kaufmännischen Dienstverhältnisse zwischen einem Handlungsgehilfen und einem Kaufmann entsprungen ist (vgl. **RG. 55**265). **d) RG.** GewuKfmG. **17** 87—89. Wenn eine Angestellte zugleich gewerbliche und kaufmännische Dienste leistet, die gewerblichen Dienste aber überwiegen (Direktrice, die das Schneiden der Stoffe zu Damenroben, das Anprobieren und die Beaufsichtigung der Fertigstellung durch Arbeiterinnen zu besorgen hatte), so ist für Ansprüche aus der Konkurrenzklausel das ordentliche Gericht zuständig.

2. Örtliche Zuständigkeit. SächsRpflA. **12** 111 (Dresden). Auf die Unzuständigkeitseinrede in einem vor dem ordentlichen Gerichte schwebenden, vor das KfmG. gehörenden, Rechtsstreite kann verzichtet werden. Nach § 6 Abs. 2 KfmGG. sind Vereinbarungen nichtig, durch welche der Entscheidung des KfmG. künftige, zu seiner Zuständigkeit gehörende Streitigkeiten entzogen werden. Daraus folgt, daß eine Vereinbarung hinsichtlich einer bereits entstandenen Streitigkeit zulässig ist (aM. OLG. **17** 173 [Dresden]).

II. Prozessuales. 1. SeuffA. **67** 330 f. (Dresden). Die Vertretung der Partei vor dem Kaufmanns- oder Gewerbegerichte durch einen mit Generalvollmacht versehenen Rechtsanwalt ist zulässig. Wie zu entscheiden ist, wenn Grund für die Annahme vorliegt, daß die Generalvollmacht zur Umgehung des Gesetzes erteilt sei, kann dahingestellt bleiben.

2. GewuKfmG. **18** 41 f. (LG. Dresden). Eine von einem Rechtsanwalte beim KfmG. eingereichte — an das Rechtsmittelgericht gerichtete — Beschwerde ist rechtswirksam.

3. GewuKfmG. **17** 213 f. (KG.). Im Läuterungsverfahren hat das Prozeßgericht die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht mehr zu prüfen.

4. GewuKfmG. **17** 212 f. (KG.). Die Verweisung eines Rechtsstreits durch das AG. an ein GewG. oder an ein KfmG. ist unzulässig (ebenso JW. **10** 688 [Bamberg] und der erk. Sen. 29. 4. 11, der den Ausführungen JW. **11** 959 (LG. Guben) beigetreten ist). Vgl. dagegen

5. GewuKfmG. **17** 114 (LG. Chemnitz).

6. BadRpr. **12** 145 (LG. Karlsruhe). Die Beschwerde gegen einen Beschluß des AG., durch den es eine Sache an das Gewerbe- oder Kaufmannsgericht verweist, ist unzulässig. Es fehlt einmal an den im § 567 ZPO. vorgesehenen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Beschwerde, und es findet — abgesehen hiervon — nach § 505 Abs. 2 ZPO. eine Anfechtbarkeit des fraglichen Beschlusses schlechthin nicht statt, mag nun die in ihm über die Zuständigkeit enthaltene Sachentscheidung richtig sein oder selbst offensichtlich rechtsirrig, so daß letzterenfalls der Verweisungsbeschluß überhaupt nicht hätte erlassen werden dürfen.

§ 59. A. Ausländisches Recht. I. Literatur. 1. Mayer und Grünberg, Kommentar zum Gesetz über den Dienstvertrag der Handlungsgehilfen und anderer Dienstnehmer in ähnlicher Stellung (Handlungsgehilfengesetz). (Wien 1911.) Der Kommentar hat für Deutschland auch praktische Bedeutung insofern, als eine große Reihe von Rechtsinstituten des Handlungsgehilfenrechts auch im neuen österreichischen Rechte so geregelt sind wie in Deutschland und deshalb die ausführlichen Erläuterungen, bei denen auch auf die reichsdeutsche Judikatur und Praxis Bezug genommen ist, auch für Deutschland unmittelbar praktischen

Wert haben, — so namentlich die Ausführungen über die Beendigung des Dienstverhältnisses, die Gründe zur sofortigen Auflösung, Provision.

2. Lenhoff, Zu Theorie und Praxis des Handlungsgehilfengesetzes, ÖstZBl. **12** 993—1003. Der Verf. erörtert unter anderem die Frage, ob der Provisionsreisende Handlungsgehilfe ist und welche Ansprüche den gegen Provision Angestellten zustehen.

3. Pisko, GoldschmidtsZ. **66** 453 ff., Zum österr. Handlungsgehilfengesetz vom 16. Januar 1910.

4. v. Randa, Der Dienstvertrag der Handlungsgehilfen mit Erweiterungen, in seinem österr. Handelsrecht (2) I (1910).

5. Mayer, Handlungsgehilfengesetz § 14 (1910).

6. v. Schulz, Jahrbuch des KfmG. Berlin, Aufsätze, Entscheidungen, Anträge, Gutachten III (Berlin 1912), bespricht die gesetzliche Regelung des Handlungsgehilfenrechts in Österreich durch das G. vom 16. Januar 1910.

II. Rechtsprechung. **RG.** R. **12** Nr. 232. Der Dienstvertrag, der ein Dienstverhältnis regelt, in dem der Dienstpflichtige als Reisender und Angestellter des Dienstberechtigten in dessen Interesse und nach dessen Anordnung im Auslande tätig sein soll, ist nach deutschem Rechte zu beurteilen, wenn der dienstberechtigte Kaufmann in Deutschland seine Handelsniederlassung hat und der Vertrag unter Zugrundelegung deutschen Rechtes und unter ausdrücklicher Bestimmung der Zuständigkeit eines deutschen Gerichts geschlossen worden ist. Das ergibt sich aus der wirtschaftlichen Natur des Geschäfts und dem mutmaßlichen Willen der Vertragsteile (s. ferner zu Art. 11 EGBGB. bei B II 1).

B. Begriff des Handlungsgehilfen. Abgrenzung vom selbständigen Unternehmer, Gewerbegehilfen und Angestellten des BGB. I. Literatur. 1. *Strauß, Das Recht der kaufmännischen Angestellten (Leipzig 1911). Für den Begriff des Handlungsgehilfen kommt es nicht darauf an, ob die Tätigkeit eine dauernde oder vorübergehende, eine selbständige oder unselbständige ist, daher sind einerseits die sog. Stundenbuchhalter, andererseits kaufmännische Fabrikdirektoren und Vorsteher von Filialen Handlungsgehilfen (vgl. JW. **02** 173). Die bestrittene Frage, ob die Apothekergehilfen unter die Handlungsgehilfen zu rechnen sind, ist zu verneinen, falls ihre Tätigkeit sich auf die Herstellung der Arzneien bezieht, während der hauptsächlich mit dem Einkauf oder Verkaufe beauftragte Gehilfe oder Provisor Handlungsgehilfe ist.

2. Neumann, Jahrbuch des KfmG. Berlin, Aufsätze, Entscheidungen, Anträge, Gutachten III (Berlin), macht die Abgrenzung des gewerblichen Angestellten eines Kaufmanns von den Handlungsgehilfen zum Gegenstande seines Aufsatzes, wobei namentlich der Begriff der kaufmännischen Dienste aus objektiven Grundlagen heraus entwickelt wird. Ein alphabetisches Verzeichnis verschiedener Gruppen gewerblicher Angestellter nebst Bestimmung und kurzer Begründung einer rechtlichen Stellung mit Hinweisen auf die Judikatur schließt den Aufsatz ab.

3. Krönig, Reisender, Agent und Handlungsgehilfe, GewuKfmG. **17** 265—270. Der Verf. erörtert die Frage, wann ein Handlungsreisender als Agent und wann als Handlungsgehilfe anzusehen ist, indem er die Kriterien für den einen und anderen Begriff im einzelnen bespricht.

4. Großmann, Die rechtliche Stellung des Handlungsreisenden (Dresden).

II. Rechtsprechung. 1. Gelegenheitsgesellschafter oder Handlungsgehilfe? KGBl. **13** 30 f. (LG. I Berlin). Der Vertrag weist dem Beklagten dem Kläger gegenüber die Stellung eines Angestellten (Filialleiters) zu. Dafür spricht schon der Umstand, daß der Beklagte diesem Dienste zu leisten hat (Staub, Anm. 2 aaO.), die Vergütung für seine Tätigkeit im Interesse des

Klägers in den §§ 15, 16 des Vertrags als „Salär" bezeichnet ist, ein Ausdruck, der in weiten Kreisen gerade als eine Bezeichnung der Vergütung aus dem Dienstvertrage bekannt ist und daß er freie Wohnung erhält (§ 4 Schlußsatz). Dafür spricht ferner die Tatsache, daß der Vertrag dem Kläger alle Rechte eines Dienstberechtigten gewährt, dem Beklagten aber alle Verpflichtungen und Beschränkungen eines Dienstverpflichteten auferlegt. Er muß jeden verkauften Gegenstand buchen und allabendlich eine Liste darüber anlegen (§§ 6, 7 des Vertrags), darf nichts kreditieren (§ 9) und nichts einkaufen (§ 10). Der Erlös geht nicht an eine gemeinsame Kasse, sondern steht zu Verfügung des Klägers (§ 12), auch die Waren bleiben sein Eigentum, und, wenn Beklagter etwas davon nimmt, darf er sich mit dem Preise nicht etwa bloß belasten, sondern muß ihn bar bezahlen (§ 13). An diesem Verhältnis ändert natürlich auch die Tatsache nichts, daß eine Beteiligung des Beklagten an einem Teile des Gewinns festgesetzt ist. Auch die Bestimmung des § 11 des Vertrags, auf die der Kläger hinweist und wodurch Personalanstellungen nur mit beiderseitiger Zustimmung vorgenommen werden dürfen, steht dieser Auffassung nicht entgegen; denn eine solche Vertragsbestimmung wird erfahrungsgemäß oft im Interesse des Filialleiters festgesetzt, damit ihm nicht ohne seine Zustimmung andere Personen bei der Geschäftsführung koordiniert werden.

2. GewuKfmG. 18 78—81 (GewG. München) — in eingehender Erörterung —. Die Aufseher im Eisenbahnspeisewagen sind nicht Handlungsgehilfen, noch Betriebsbeamte, sondern Gewerbegehilfen.

3. GewuKfmG. 17 204—206 (GewG. Berlin, LG. I Berlin). Der Ladengeselle eines Schlächters ist Gewerbe-, nicht Handlungsgehilfe. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit bleibt immer die Verrichtung gewerblicher Arbeiten.

4. GewuKfmG. 17 206 f. (KfmG. Mainz). Die Maschinenschreiberin eines Kaufmanns ist Handlungsgehilfin. Angestellte, die ausschließlich im Kontor mit Erledigung schriftlicher Arbeiten beschäftigt sind, gehören dem kaufmännischen Organismus an. Darin eben liegt „die kaufmännische Signatur ihrer Tätigkeit" und nicht in den größeren oder geringeren Anforderungen an ihre Schulung und Fertigkeit.

5. GewuKfmG. 17 180 f. (KfmG. München). Der Platzinspektor einer Versicherungsgesellschaft ist nicht Handlungsgehilfe, sondern Agent.

6. GewuKfmG. 17 91—93 (LG. Bremen). Ein Bufetier, der das Bufet auf eigene Rechnung hat, ist nicht selbständiger Gewerbetreibender, sondern Gewerbegehilfe.

C. Der Gehilfenvertrag. Leistungen aus dem Dienstverhältnisse. A. Pflichten des Prinzipals. I. Allgemeines. 1. Literatur. a) Baum, Handbuch für Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Fortsetzung des Handbuchs für Gewerbegerichte (Berlin 1912). I. Teil: Gesetze, nämlich GewGG., KfmGG., 7. Titel der GO., 1., 6. und 7. Abschn. des HGB. und die Bestimmungen des BGB. über den Dienstvertrag. II. Teil: Erkenntnisse der GewG. wie der ordentlichen Gerichte, insbesondere auch zahlreiche Entscheidungen des RG. III. Teil: Die im Geschäftsbereiche der GewG. gebräuchlichen Formulare. b) Strauß, Das Recht der kaufmännischen Angestellten (Leipzig 1911). Populär gehaltenes Buch für Prinzipale und Handlungsgehilfen, das auch die Literatur und Rechtsprechung des RG., wie der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte umfassend zitiert und im Anhange Organisation und Verfahren der KfmG. behandelt. c) (Verf. nicht genannt.) Das Recht des Handlungsgehilfen und der Rechtsweg (Hamburg 1912). Das Buch erläutert den 6. Abschnitt des HGB. unter Berücksichtigung des BGB., der GO. und der übrigen einschlägigen Gesetze und schließt mit einer Schilderung des Rechtswegs vor den KfmG., dem Gemeindevorsteher und den

ordentlichen Gerichten. d) Schlotter, Zusammenhang zwischen Schaden und Verschulden des Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB., LeipzZ. **12** 201 f. Der Verf. wendet sich — in eingehender Begründung — gegen die Entsch. LeipzZ. **12** 632 (Jena) folgenden Inhalts: Eine Firma hatte einem Fabrikanten zahlungshalber zwei eigene Akzepte eingeschickt, welche der Empfänger nicht annehmen wollte. Ihr, von ihr mit der Rücksendung beauftragter, Buchhalter unterschlug die Akzepte, versah sie mit dem gefälschten Giro seines Prinzipals und zog sie am Verfalltage von der Akzeptantin ein, die keine Veranlassung hatte, an seiner Legitimation zu zweifeln. Die Akzeptantin verweigerte daher die Zahlung der Schuld, zu deren Deckung die Akzepte bestimmt waren, wurde aber verurteilt. Das OLG. verkannte nicht, daß ein Verschulden eines Erfüllungsgehilfen vorliegt, lehnte aber die Haftung des Klägers für dieses Verschulden ab, weil die Fälschung, die den Schaden bewirkt habe, ein selbständig neues Ereignis sei, das den Kausalzusammenhang unterbrochen hat.

2. Rechtsprechung. a) **RG.** R. **12** Nr. 1461. Ein Recht des Dienstverpflichteten auf Abnahme seiner Dienste im vollen, vom Vertrage vorgesehenen Umfange besteht nur ausnahmsweise, namentlich dann, wenn es im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert ist (vgl. Urt. des **RG.** vom 26. Oktober 1910 III. 539/09, R. **10** Nr. 4073). b) **RG. 78** 239—241 (unter Anziehung der Judikatur). Der Inhaber eines Warenhauses haftet für das Verschulden seines Angestellten, der einen Kauflustigen beim Vorlegen von Waren körperlich verletzt, aus § 278 BGB. c) **RG.** WarnE. **12** 126 f. Wer von einem Handlungsgehilfen zu einer ihm übertragenen Arbeit angenommen wird, ist gegenüber dem Geschäftsherrn eine Hilfsperson im Sinne des § 831 BGB. d) **RG.** JW. **12** 531 Nr. 8. Die Substitution bildet nicht einen Unterfall der Zuziehung von Erfüllungsgehilfen, sondern ist etwas wesentlich anders. Sie bedeutet einen begrifflichen Gegensatz, der es untunlich macht, den Substituten der Regel des § 278 BGB. zu unterstellen. e) Gew. uKfmG. **17** 180 (KfmG. Breslau). Der Prinzipal ist mangels einer besonderen Vereinbarung nicht berechtigt, das Schulgeld für die Fortbildungsschule vom Gehalt abzuziehen. Nach § 6 des Ortsstatuts für die gewerblichen Fortbildungsschulen und dem II. Nachtrag hierzu ist das Schulgeld von dem Arbeitgeber zu zahlen.

II. Urlaub, Gehalt und Gratifikation. 1. Literatur. a) Schleyer, Nachträglicher Gehaltsabzug für Ferienurlaub, GewuKfmG. **17** 93—95, erachtet — in Polemik gegen Krönig — eine Vereinbarung, daß das während der Urlaubszeit gezahlte Gehalt beim vorzeitigen Verlassen des Dienstes abgezogen werden dürfe, für nichtig, weil sie lediglich den Zweck verfolge, den Handlungsgehilfen entgegen den zwingenden Bestimmungen der §§ 66, 67 HGB., die ihn berechtigen, den Dienstvertrag unter Einhaltung der Kündigungsfrist zu lösen, zum Ausharren im Dienste zu veranlassen, ihm die Ausübung seines Kündigungsrechts zu erschweren. b) Krönig. Noch einmal nachträglicher Abzug für Ferienurlaub, GewuKfmG. **17** 165—168. Der Verf. wendet sich gegen die Angriffe Schleyers (**17** 93 ff.), die dieser gegen die Ausführungen seines früheren Aufsatzes erhebt (**17** 54 ff.), indem er nochmals den von ihm vertretenen Standpunkt der Berechtigung des für den Fall vorzeitiger Kündigung vereinbarten nachträglichen Gehaltsabzugs für Ferienurlaub verteidigt und die von Schleyer dagegen geltend gemachten Gründe bekämpft. c) Liebrecht, Jahrbuch des KfmG. Berlin, Aufsätze, Entscheidungen, Anträge, Gutachten III (Berlin 1912), sprichr über den Urlaub der Handlungsgehilfen. Nach seinen Ergebnissen entspricht die Gewährung eines Sommerurlaubs mit Fortzahlung des Gehalts in den Großstädten einer sittlichen Pflicht. — Ist dies der Fall, so entbehrt die Abrede, daß das Urlaubsgehalt im Falle ungelegener Kündigung zurückzuzahlen ist, der Wirksamkeit. Überschreitung des Urlaubs ist in der Regel Entlassungsgrund. Der mündlich oder schriftlich versprochene Urlaub ist widerruflich. Der Widerruf des im Anstellungsvertrag

Ausbedungenen kann die Auflösung des Dienstverhältnisses herbeiführen. d) Oertmann, Die Gratifikationsansprüche der Bankbeamten und die Rechtsprechung der Kaufmannsgerichte, BankA. 12 22—28. Der Verf. wendet sich gegen die Rechtsprechung der KfmG., indem er in den zahlreichen von ihm aufgeführten Entscheidungen derselben Kammer des KfmG. auf den prinzipiell verschiedenen Standpunkt dieses Gerichts hinweist und indem er ferner die — für die Zubilligung einer nicht vertraglich versprochenen Gratifikation an die freiwillig im Laufe des Kalender- oder Geschäftsjahrs ausgeschiedenen Angestellten — vom KfmG. herangezogenen Gründe sachlich als nicht stichhaltig verwirft, insbesondere die Auffassung des KfmG., daß die vertragsmäßige Einschränkung jenes Anspruchs den guten Sitten widersprechend und demgemäß nichtig sei und deshalb dem Angestellten die uneingeschränkte Gratifikation zustehe. e) *Strauß aaO. (45). Gratifikationen. Entgegen der herrschenden Ansicht (Düringer-Hachenburg I, 411, GewuKfmG. 11 269) hat der Gehilfe einen klagbaren Anspruch, wenn ihm jahrelang, ohne daß eine besondere Vereinbarung getroffen worden ist, ein bestimmter Betrag zu Weihnachten oder Neujahr gezahlt worden ist: es liegt in dieser durch viele Jahre fortgesetzten regelmäßigen Zahlung der Gratifikation eine stillschweigende Vereinbarung. Der Prinzipal gibt durch sein Verhalten zu verstehen, daß er die Leistungen der Gehilfen entsprechend höher einschätzt, es ist daher seine Sache, zu erklären, daß es sich auf seiner Seite nur um unverbindliche Zuwendungen handelt. f) Erdel, Die Bedeutung des § 409 BGB. für Lohn und Gehaltsforderungen, GewuKfmG. 18 29—32. § 409 BGB. ist zwar nicht anwendbar auf die Zession der Vergütungsforderung eines gewerblichen Arbeitnehmers, weil er durch § 115 a GO. ausgeschaltet wird, wohl aber auf die Zession sonstiger Vergütungsforderungen, weil weder das HGB. noch das BGB. eine dem § 115 a GO. ähnliche Vorschrift enthalten. g) *Eckstein, Das Mundgeld des Reisenden, GewuKfmG. 17 234—236. Spesen sind nur die Unkosten, die über sonstige Unkosten des Reisenden hinausgehen. Kein Anspruch des Reisenden auf Beschäftigung, kein Mundgeld für die Zeit der Nichtbeschäftigung, sowie bei vorzeitiger Entlassung. Die Sonn- und Feiertage muß der Reisende, wenn tunlich, zu Hause zubringen; Anspruch auf Fahrgelderſatz, nicht auf Mundgeld; (falls er unterwegs bleibt, Anspruch auf das ersparte Fahrgeld); wenn untunlich, Anspruch auf Mundgeld, ähnlich für den Fall von Krankheiten. Bei festen Spesen kein Spesenersatz bei Nichtbeschäftigung. h) *Strauß, Das Recht des kaufmännischen Angestellten (Leipzig 1911). Auch für rückständiges Gehalt steht dem Handlungsgehilfen ein Zurückbehaltungsrecht an den in seinem Besitze befindlichen Sachen des Prinzipals zu; § 273 Abs. 1 BGB. findet Anwendung (aA. Ritter, Komm. zu HGB. 92).

2. Rechtsprechung. a) Gehalt. α. LeipzZ. 12 718 f. (LG. Frankfurt a. M.). Der Geschäftsführer und Liquidator hat wegen seiner Gehaltsforderung kein Vorrecht im Konkurse. β. GewuKfmG. 17 229—231 (KfmG. Kiel). Die Vereinbarung, wonach die Zahlung des Gehalts an einen Handlungsreisenden von seinen Arbeitserfolgen abhängig gemacht wird, ist jedenfalls dann — als gegen die guten Sitten verstoßend — nichtig, wenn der Spielraum zwischen Erfolg und Mißlingen sehr eng ist. γ. GewuKfmG. 17 251 (LG. Mainz). Ein Dienstvertrag, der keine angemessene Vergütung für den Angestellten festsetzt und das gesamte Risiko auf diesen abwälzt, ist bezüglich des Teiles, der die Vertragsstipulation enthält, nichtig. An Stelle der nichtigen Vertragsbestimmung kann nach § 612 Abs. 2 BGB. die übliche Vergütung als eine vereinbarte eingestellt werden. δ. GewuKfmG. 18 22 (LG. Leipzig). Der ohne Grund entlassene Arbeiter kann einen Verzicht auf Schadensanspruch anfechten, wenn er dazu durch die Androhung genötigt ist, der rückständige Lohn werde nicht sofort ausgezahlt werden. ε. MSchutzuWettbew. 11 123 f. (Dresden) über die Grundsätze der Bemessung des einem Ange-

stellten im Sommer 1890 — also zu einer Zeit, in der reine Angestelltenerfindungen regelmäßig nicht besonders abgegolten zu werden pflegten, — zugesagten „rechtmäßigen Anteils an der Erfindung". ζ. GewuKfmG. **17** 207 f. (KfmG. Braunschweig). Der Reisende, der wegen Konkurseröffnung nicht auf die Tour geschickt wird, kann von der Konkursmasse Spesenentschädigung fordern. **b)** G r a t i f i k a t i o n. (S. a. BGB. § 611 Ziff. VI 5.) α. ZAktWes. **12** 53 f. (LG. Berlin I). Aus der üblichen Gewährung einer Inventurgratifikation folgt keine R e c h t s p f l i c h t zu deren Leistung. Nimmt man aber selbst einen dahingehenden Rechtsanspruch des Angestellten an, so ist er jedenfalls durch den drei Monate vor dem Inventarabschluß auf Grund eigener Kündigung erfolgten Austritt des Angestellten hinfällig geworden; — denn die Gratifikation ist nicht nur eine Entschädigung für die geleisteten Dienste, sondern vor allem eine Art Belohnung für das treue Ausharren des Angestellten im Dienste bis zum Zeitpunkte der Gratifikationsverteilung. β. BauersZ. **19** 77 f. (KfmG. Breslau). Durch die fünf Jahre lang r e g e l m ä ß i g erfolgte Zahlung der Tantieme ist der Tantiemenbezug ein v e r t r a g s m ä ß i g e r geworden, auch wenn sie beim Engagement nicht ausdrücklich zugesichert worden. γ. Gew. uKfmG. **17** 86 f. (KfmG. M.-Gladbach-Rheydt). Auf eine zwar nicht vertragsmäßig zugesagte, aber üblicherweise allen Angestellten gewährte Gratifikation hat der Angestellte e i n e n k l a g b a r e n A n s p r u c h, wenn er zur Zeit der Gratifikationsverteilung noch im Dienste des Prinzipals steht. Solange nicht besondere Gründe vorhanden, aus denen vernünftigerweise dem Prinzipale die Zahlung der Gratifikation nicht zugemutet werden kann, hat er dem Angestellten die Gratifikation zu zahlen. δ. GewuKfmG. **17** 160 (KfmG. Danzig). Wenn der Gehilfe vor Weihnachten ausscheidet, hat er einen Anspruch auf die üblicherweise gewährte Weihnachtsgratifikation nicht. Sie bedeutet nicht nur eine Gegenleistung für Dienste, sondern zugleich einen Ansporn zu weiterer Tätigkeit und eine Belohnung für die durch das Verbleiben in der Stellung bewiesene Anhänglichkeit. Insofern ist der Anspruch auf die Gratifikation nicht nur ein befristeter, sondern auch ein bedingter, — bedingt durch das Verbleiben in der Tätigkeit über Weihnachten hinaus. ε. Gew. uKfmG. **17** 279—281 (KfmG. Bremerhaven). Unter welchen Umständen besteht ein klagbarer Anspruch auf Weihnachtsgratifikation? Es hängt von den Umständen ab, ob das Rechtsverhältnis der Parteien nach Treu und Glauben eine R e c h t s - p f l i c h t des Prinzipals zur Zahlung einer üblicherweise gewährten Weihnachtsgratifikation einschließt oder nicht. Nur dort ferner, wo eine Gratifikation in zahlenmäßig bestimmter Höhe von vornherein zugesichert ist und demgemäß als reiner Gehaltszuschlag erscheint, ist eine anteilige Berechnung für einen Teilzeitraum zulässig. Sonst soll das Verbleiben des Angestellten bis zum Weihnachtsfest eine integrierende Voraussetzung für den Anspruch sein. Ebenso BauersZ. **19** 5 f., Die rechtliche Natur der Weihnachtsgratifikationen für Angestellte. **c)** P f ä n d u n g, A u f r e c h n u n g, Z u r ü c k b e h a l t u n g. α. KGBl. **13** 26 f. (LG. I Berlin). V o r a u s s e t z u n g e n d e r P f ä n d b a r k e i t v o n R e i s e s p e s e n. Die Pfändbarkeit des Anspruchs auf Reisespesen läßt sich überhaupt nicht einheitlich beurteilen. Reisespesen sollen in erster Linie dem Reisenden seinen Reiseaufwand ersetzen, können aber so bemessen werden und werden häufig so bemessen, daß sie die tatsächlichen, auch angemessenen Reisekosten übersteigen. Insoweit bilden sie dann einen Teil der Vergütung, und der Anspruch auf sie unterliegt der entsprechenden Anwendung der Bestimmungen des Beschlagnahmegesetzes. Soweit sie dagegen zur Deckung der tatsächlichen Unkosten dienen, können sie als ein Teil der Vergütung im Sinne dieses Gesetzes nicht gelten. Ihre Pfändbarkeit ist also nicht nach dessen Vorschriften zu beurteilen, und das gleiche gilt übrigens auch nach der von der Gläubigerin übersehenen Vorschrift des § 3 Abs. 2 daselbst in Ansehung desjenigen Teiles des „Lohnes", der zur Deckung der Reiseunkosten über den sonst gewährten Lohn

hinaus zugebilligt wird. Für die Frage der Pfändbarkeit solcher nicht als Vergütung zu behandelnder Spesen (oder Gehaltsteile) kommen demnach die allgemeinen Vorschriften der ZPO. zur Anwendung. Danach mag der Anspruch, der sich auf den Ersatz für aufgelaufene Spesen schon bewirkter Reisen richtet, als ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, die der Reisende im Interesse des Geschäftsherrn gemacht hat, pfändbar sein. Soweit es sich dagegen um den Anspruch auf Spesenersatz für erst anzutretende Reisen handelt, ist die Pfändbarkeit des Anspruchs zu verneinen. „Denn" — wie das KG. in dem Beschl. vom 29. März 1911 (8. W. 906/11) ausführt — „eine Pfändung solcher Spesenforderungen ist nicht nur regelmäßig zwecklos für den Gläubiger, da er eine Befriedigung doch nicht erreichen kann — denn einer Klage würde der Dienstherr mit Erfolg die Einrede entgegensetzen können, die Spesen sollten durch Zahlung an den Gläubiger ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung entzogen werden, — sondern sie muß für unzulässig erachtet werden". β. GewuKfmG. **18** 42 f. (LG. Stettin). Reisespesen sind in Höhe des Anteils pfändbar, durch den die Kosten des Unterhalts des Reisenden während der Reise gedeckt werden können. Dieser Betrag ist dem festen Gehalte des Reisenden hinzuzurechnen. γ. **RG.** Bay. RpflZ. **12** 311 f. Mit der Pfändung des „Gehalts" eines Handlungsgehilfen sind auch seine Provisionsansprüche und sein Anspruch auf Erteilung einer „Gewinnaufstellung" gepfändet. δ. KGBl. **12** 77 f. (LG. I Berlin) über den Begriff der Hauptbeschäftigung im Sinne des § 1 LohnBG. Eine Zusammenrechnung der Ansprüche aus Ruhegehalt eines Beamten und privaten Dienstbezügen zwecks Ermittelung des pfändbaren Einkommens ist nicht zulässig. ε. SchlHolstAnz. **12** 188 f. (LG. Kiel). Steht von vornherein fest, daß der Schuldner nur während einer gewissen Zeit des Jahres verdienen kann, so kann ihm nur so viel gepfändet werden, daß er auch für den Rest des Jahres das gesetzliche Existenzminimum erhält. ζ. SeuffA. **67** 422—424 Nr. 238 (Dresden). Ein wegen Mangels an Geldmitteln erfolgloser Versuch des Angestellten, sein Gehalt aus der Geschäftskasse zu entnehmen, ist eine G e h a l t s - e i n f o r d e r u n g im Sinne des § 1 LohnBG. η. SeuffA. **67** 424 Nr. 238 (Dresden). Die Zurückbehaltung ist unzulässig, wenn die Aufrechnung nicht zulässig ist. ϑ. BauersZ. **19** 38 f. (Dresden). Gegenüber einer 1500 M. jährlich nicht übersteigenden Gehaltsforderung des Geschäftsführers einer GmbH. kann diese wegen ihrer Ansprüche nicht aufrechnen, weil das Lohnbeschlagnahmerecht hier Anwendung findet (OLG. **19** 14). Auch ein Zurückbehaltungsrecht kann sie nicht geltend machen, weil es gegenüber einer fälligen Geldforderung ausgeübt werden soll, der gegenüber die Aufrechnung nach § 394 BGB. unzulässig ist (OLG. **18** 1). ι. GewuKfmG. **17** 229 f. (KfmG. Kiel). Ist der Provisionsanspruch als ein Teil der Dienstvergütung gemäß § 394 BGB. in Verbindung mit dem LohnBG. gegen Aufrechnung geschützt, so besteht ihm gegenüber auch k e i n Z u r ü c k b e h a l t u n g s r e c h t nach § 273 BGB., da dessen Anwendung der Aufrechnung gleich käme (s. auch §§ 62, 70, 71, 73).

B. P f l i c h t e n d e s H a n d l u n g s g e h i l f e n. I. W ä h r e n d d e s V e r t r a g s v e r h ä l t n i s s e s. 1. L i t e r a t u r. a) G r o ß m a n n, Wer ist Prinzipal im Sinne des Handelsgesetzbuchs? JW. **12** 774—776. Nach der Auffassung des Autors läßt sich eine erschöpfend beantwortende Definition überhaupt nicht geben. Sie ist verschieden, je nachdem es sich um eine der folgenden Fragen handelt: 1. Wer ist Kontraktspartei im Handlungsgehilfenvertrage? 2. Wer ist befugt, den Handlungsgehilfen anzustellen (den Vertrag zu schließen) und ihn abzusetzen (zu kündigen), und zwar a) aus eigenem Rechte, b) aus fremden Rechte als Bevollmächtigter? 3. Wer ist der Vorgesetzte des Handlungsgehilfen, wem gegenüber hat dieser also die Gehorsamspflicht? **b)** *S t r a u ß aaO. (21). Z u h ä u s - l i c h e n D i e n s t e n ist der Handlungsgehilfe selbst dann nicht verpflichtet, wenn er in den Haushalt des Prinzipals aufgenommen ist. **c)** *D e r s e l b e aaO. (25). Ü b e r - s t u n d e n. Die Frage, ob sich der Handlungsgehilfe Überstunden gefallen lassen muß

und ob er für sie eine Vergütung beanspruchen kann, richtet sich mangels Vereinbarung nach Ortsgebrauch. Im allgemeinen besteht keine Pflicht der Überstundenarbeit; nur bei besonderen Gelegenheiten (Inventur, Weihnachten, Ultimoabrechnung) ist er verpflichtet, seine Dienste über die gewöhnliche Geschäftszeit hinaus zu leisten; eine besondere Vergütung erhält er nicht, doch ist sie in manchen Orten, z. B. in München, üblich (GewG. **10** 264). **d)** *Derselbe aaO. (31). Erfindertätigkeit des Angestellten. Will der Geschäftsherr außergewöhnliche Leistungen, die das Resultat besonderer geistiger Veranlagung sind und sich nicht als die gewöhnliche, übliche Arbeitsleistung eines Angestellten darstellen, für sich verwerten, so muß er sich dieses Recht vertraglich sichern. Tut er dies nicht, so gelten die allgemeinen Auslegungsregeln, d. h. im Zweifel ist zugunsten des wirtschaftlich Schwächeren, hier also des Angestellten, zu entscheiden. **e)** Anderson, Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen, GewRSchutz **12** 177—183, kritisiert die das gleiche Thema behandelnde Arbeit Wangemanns (zit. JDR. **10**, § 59 HGB. C AA, I a) und wendet sich im wesentlichen gegen das Ergebnis ihrer Ausführungen. **f)** Beck, Die Bekämpfung des Bestechungsunwesens in Deutschland, England und Amerika, ZAktWes. **12** 113—118. Nach Auffassung der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin im Jahre 1905 sowohl wie jetzt verstößt die Gewährung von Vergütungen an Angestellte und ihre Annahme gegen die Grundsätze des anständigen Geschäftsverkehrs, sofern der Prinzipal nicht seine Genehmigung erteilt. **g)** Haasis, Das Schmiergelderunwesen in Handel und Verkehr, seine geschichtlichen Grundlagen und seine Bekämpfung (Stuttgart 1912). Der Verf. geht von der Erörterung des Begriffs des Wettbewerbes aus, erörtert die Systematik des französischen und deutschen Rechtes in bezug auf den unlauteren Wettbewerb, die von verschiedenen Standpunkten ausgegangen, und beschäftigt sich schließlich — nach Hinweis darauf, daß das G. von 1896 für das Bestechungsunwesen keine Handhabe bot, — mit einer eingehenden Erörterung der einschlägigen Bestimmungen der Novelle zum WettbewerbsG.

2. Rechtsprechung. **a)** **RG.** R. **12** Nr. 192. Der Leiter einer Filiale haftet nicht für das Verschulden der ihm beigegebenen Gehilfen. Dagegen haftet er persönlich für den Bestand der ihm anvertrauten Vermögensstücke, solange er nicht nachweist, daß ein Fehlbetrag ohne sein Verschulden entstanden ist. **b)** Gew. uKfmG. **17** 160—162 (KfmG. Wilhelmsburg, LG. Stade). Ein Dienstvertrag eines Konsumvereins mit einem Lagerhalter, demzufolge dieser bei einem Jahresgehalte von 1600 M. und 20 pCt. Tantieme vom Verkaufserlöse für die Handlungen der dem Lagerhalter zur Bedienung und Verwaltung der Filiale vom Konsumvereine gestellten Personen zu haften hat, soweit es sich nicht um Diebstahl oder Unterschlagung handelt, verstößt nicht gegen die guten Sitten. **c)** GewuKfmG. **17** 180 (KfmG. Stettin, LG. Stettin). Der Filialleiter wird von der Haftung für Manko noch nicht dadurch befreit, daß ein zweiter Schlüssel vorhanden ist. Dieser letztere Umstand könnte nur dann von Bedeutung sein, wenn der Schlüssel von Unbefugten benutzt worden wäre. Den Filialleiter trifft die Beweislast dafür, daß die während seiner Tätigkeit entstandenen Fehlbeträge nicht auf sein Verschulden, sondern auf andere Umstände zurückzuführen sind. **d)** GewuKfmG. **18** 88 (KfmG. Breslau). Im Bedarfsfalle muß der Handlungsgehilfe, wenn dies in der Branche üblich ist, über die gewerbliche Arbeitszeit hinaus Dienste leisten und bietet im Falle der Weigerung Grund zur sofortigen Entlassung. **e)** OLG. **24** 257 f. (Stettin). Die geheime Zusicherung einer sich als Schmiergeld darstellenden Provision ist im Verhältnisse des Zusichernden zum Prinzipale des Angestellten ein arglistiges Verschweigen, das den Prinzipal nach § 123 BGB. berechtigt, den Vertrag anzufechten. **f)** **RG.** LeipzZ. **12** 70, MSchutzuWettbew. **11** 151. Die Zusicherung eines Rabatts von 5 pCt. des Kaufpreises, welche seitens einer Fabrik dem Angestellten ihres Abnehmers zu dem Zwecke gegeben wird, damit die von ihr gemachten Lieferungen

ohne Beanstandung angenommen und bezahlt werden, verstößt gegen die guten Sitten (s. auch §§ 60, 63, 70, 72).

II. Nach Auflösung des Vertragsverhältnisses. MSchutz. uWettbew. **11** 120—122 (Hamburg) (schon zit. IDR. **10** 591 C BB, 2 b). Wenn ein Ingenieur die Kenntnisse, die er in seiner Stellung bei einer Fabrik über den Bau einer Maschine erlangt hat, nach Beendigung dieses Dienstverhältnisses für eigene Zwecke verwertet, und wenn er einen Angestellten seines früheren Dienstherrn veranlaßt, dort zu kündigen und in seinen Betrieb einzutreten, so liegt hierin — wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen — kein Verstoß gegen die guten Sitten (s. auch §§ 60, 61).

§§ 60, 61. I. Literatur. 1. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage (116 ff.). Gemäß der zu § 241 Satz 2 BGB. bezeichneten Lehre besteht allgemein die Unterlassungsklage (aA. Vereinigte Senate des RG.); vgl. zu § 611 BGB. Ziff. VI 1 und zu § 241 Ziff. 2 BGB. und die dortigen Verw.

2. *Strauß, aaO. (35). Da die Konkurrenztätigkeit als solche unterbunden werden soll und da Verbote einschränkend auszulegen sind, ist der Standpunkt des RG., der sich auch Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen 55, anschließt, als verbotener Betrieb gelte es schon, wenn der Handlungsgehilfe ohne eigene Tätigkeit gestatte, daß sein Name in eine fremde Firma aufgenommen werde, irrig.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** DIZ. **12** 222, BauersZ. **19** 108 f. (schon zitiert IDR. **10** II, 1). Dem gekündigten Handlungsgehilfen ist nicht verboten, während der noch laufenden Vertragszeit seine eigene Niederlassung vorzubereiten.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 455. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist darin allein noch nicht zu erblicken, daß der Kläger Angestellte der Beklagten in seinen Dienst zog oder zu ziehen suchte, um dadurch seine Kenntnis der bei der Beklagten verwendeten Maschinen zu vervollständigen, sofern er sich hierzu nicht unlauterer Mittel bedient, insbesondere zum Vertragsbruch oder zur vertragswidrigen Auskundschaftung wissenswerter Einzelheiten aufgefordert hat.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 456. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist darin allein noch nicht zu finden, daß jemand Kenntnisse, die er als Angestellter im Geschäft eines andern erworben hat, später für sich verwertet, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis handelt. Eine abweichende Beurteilung wäre aber dann veranlaßt, wenn der Angestellte sich die erforderlichen Kenntnisse während des Dienstverhältnisses heimlich und gegen den Willen des Dienstherrn verschafft hätte. (S. a. BGB. § 611 Ziff. VI 3.)

4. **RG.** IW. **13** 333 f. Nr. 20. Dem Dienstverpflichteten ist es nicht ohne weiteres verwehrt, seine vom Dienste nicht beanspruchte Zeit für sich auszunutzen, soweit dies nicht wider das Treuverhältnis des Dienstberechtigten verstößt.

§ 62. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 453. Die Verpflichtung des Geschäftsherrn durch Einrichtung und Unterhaltung der Geschäftsräume den Handlungsgehilfen gegen Gesundheitsschädigung zu schützen, besteht nach § 62 HGB. nur insoweit, als „die Natur des Betriebs es gestattet". Es kommt deshalb darauf an, ob die im Geschäftsraume des Klägers nach dessen Behauptung feilgehaltenen „Konserven und Delikatessen" eine höhere Erwärmung des Raumes zuließen. Es ist zu erwägen, ob der Beklagte, der in einem derartigen Geschäft eine Stellung angenommen, übrigens auch schon zwei Winter hindurch versehen hatte, nicht vertragsmäßig die durch die geschäftlich gebotene geringe Erwärmung des Raumes begründete Gefahr auf sich genommen hat und ob er danach überhaupt in der Lage ist, diese geringe Erwärmung als wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung geltend zu machen. Der Dienstvertrag der Streitteile ist in dieser Hinsicht nach §§ 33, 57 BGB. auszulegen.

2. **RG.** R. **12** Nr. 44. Die Unterhaltung eines Raumes in gefahrlosem Zustand erfordert, daß nicht in dem Raume Gegenstände so aufgestellt oder stehen gelassen

werden, daß der den Raum durchschreitende Dienstverpflichtete leicht darüber zu Fall kommen kann.

3. OLG. 24 121 f. (KG.). Der Beklagte treibt Handel im Umherziehen und beschäftigt in seinem Gewerbe mehrere Gehilfen. Auch die Klägerin hatte er zur Hilfeleistung angenommen und unstreitig für ihre Unterkunft und Verpflegung zu sorgen. Man kann unbedenklich annehmen, daß sie hiernach im Sinne des § 618 Abs. 2 BGB. und des § 62 Abs. 2 HGB. in die häusliche Gemeinschaft des Beklagten aufgenommen war. Denn von einer solchen kann man nicht nur dann sprechen, wenn der Dienstberechtigte einen festen Wohnsitz mit seinen Angestellten teilt; ausschlaggebend ist vielmehr, ob der Dienstberechtigte übernommen hat, für Unterkunft und Verpflegung der Angestellten zu sorgen und ob er dieser Verpflichtung in Räumen zu genügen hat, die mit den seinigen zusammengehören und seiner Verfügung unterliegen. Kehrt also ein Wandergewerbetreibender mit seinen Angestellten in Gasthöfen ein und liegt ihm die Unterbringung der Angestellten ob, so sind die Voraussetzungen für eine häusliche Gemeinschaft gegeben. Die verschiedenen Unterkunftsräume im Gasthofe sind wie eine einzige Wohnung anzusehen, und dem Dienstberechtigten steht die Verfügung über die einzelnen Räume insofern zu, als er sie gemietet und über sie den Angestellten gegenüber zu verfügen hat. Hiernach war der Beklagte verpflichtet, in Ansehung des Schlafraums der Klägerin diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, die mit Rücksicht auf ihre Gesundheit erforderlich waren.

4. **RG. 77** 408—410. Wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des BGB. und des HGB. zur Verhütung von Gefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit des Dienstverpflichteten haftet der Dienstberechtigte auch den ersatzberechtigten Dritten für Verschulden eines Erfüllungsgehilfen.

§ 63. I. Literatur. 1. Majus, Der kranke Handlungsgehilfe in der Rechtspraxis (Charlottenburg 1912).

2. Lüttich, Die Anrechnung der Versicherungsleistungen auf das Gehalt des erkrankten Handlungsgehilfen, GewuKfmG. **17** 270—272. Der Verf. erörtert zwei Streitfragen: I. Die Vorschrift des § 63 Abs. 2 Satz 1 HGB. bezieht sich nach seiner Auffassung — entgegen der herrsch. M. — nicht nur auf die gesetzliche Kranken- und Unfallversicherung, sondern auch auf die private Versicherung. Dies ergebe der Wortlaut des Gesetzes. II. § 63 Abs. 2 Satz 1 HGB. findet — seiner Ansicht nach — auch Anwendung, wenn der Prinzipal die Versicherungsbeiträge allein zahlt. Für die gegenteilige Auffassung biete weder der Wortlaut noch ein innerer Grund irgendeinen Anhaltspunkt.

3. *Wurzer, BuschsZ. **43** 38—45. Die Krankheit, die sich der Handlungsgehilfe durch außerehelichen Beischlaf zuzieht, ist durch grobe Fahrlässigkeit veranlaßt.

II. Rechtsprechung. 1. GewuKfmG. **18** 18—21 (KfmG. Schöneberg), unter Zusammenstellung der die Frage verschieden behandelnden Judikatur und Literatur. Eine Vereinbarung, durch welche die Gehaltszahlung im Krankheitsfall ausgeschlossen wird, ist rechtsgültig.

2. GewuKfmG. **17** 231 (KfmG. Breslau). Bei niedrigem Gehalt ist die Abrede, daß der Angestellte für Tage, an denen er — auch wegen unverschuldeter Krankheit — fehlt, kein Gehalt bekommt, — als gegen die guten Sitten verstoßend — nichtig.

3. GewuKfmG. **17** 158 (KfmG. München). Kann eine Buchhalterin Fortzahlung des Gehalts verlangen, wenn sie ihre Tätigkeit unterbricht, um ihren erkrankten Bruder zu pflegen? Das Gericht hat bei dem vorliegenden Sachverhalte die Frage verneint, indem es davon ausgeht, daß unter Umständen die Erkrankung eines Angehörigen als unverschuldetes Unglück im Sinne des § 63 HGB. angesehen werden

könne, daß alsdann jedoch besondere Umstände gegeben sein müssen, die nach billigen Anschauungen des Lebens eine Verhinderung zur Leistung der Dienste unbedingt herbeigeführt haben (s. auch §§ 70, 72).

§ 64. S. §§ 59, 65.

§ 65. I. Literatur. 1. *Michels, Die Ansprüche des am Geschäftsgewinn anteilberechtigten Handlungsgehilfen (commis intéressé) und ihre Verjährung, R. **12** 617—621. Dem c. i. steht gegen den Prinzipal ein klagbarer, gemäß § 887 ZPO. (nicht § 888 ZPO.) vollstreckbarer Anspruch darauf zu, daß dieser die Gewinn- und Verlustrechnung aufstellt. Dieser Anspruch verjährt nicht in 2, sondern in **30** Jahren. Dagegen verjährt der Anspruch des c. i. auf Auszahlung der Tantieme, die ihm nach jener Gewinn- und Verlustrechnung zusteht in zwei Jahren, die mit dem Schlusse des Kalenderjahrs zu laufen beginnen, in dem jene Rechnung aufgestellt ist. Ob die Rechnung oder ihr Ergebnis ihm mitgeteilt worden, ist gleichgültig. Der c. i. kann zwar die Vorlegung der Gewinn- und Verlustrechnung, der Inventur, Jahresbilanz usw. verlangen, nicht aber die Berichtigung der Gewinn- und Verlustrechnung durch den Prinzipal, sondern lediglich unter Einsetzung des höheren Gewinns auf Zahlung des höheren Betrags klagen.

2. *Strauß aaO. (42.) Tantieme. Der Handlungsgehilfe hat nicht, wie Horrwitz, Recht des Handlungsgehilfen 93, annimmt, bei jeder Unrichtigkeit der Bilanz das Recht der Anfechtung; denn es ist Sache des Prinzipals, wie hoch er seine Lager bemißt, in welchem Umfang er Abschreibungen macht usw., wenn dies alles nur in den Grenzen einer vorsichtigen kaufmännischen Buchführung geschieht.

3. *Derselbe aaO. (43.) Der Handlungsgehilfe hat auch für die durch ihn selbst von seinem Hause bezogenen Waren Provision zu beanspruchen (aA. Staub 370).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 464 f., R. **12** 783. Der Grundsatz, daß der Agent für fest abgeschlossene, von ihm vermittelte Sukzessivlieferungsverträge auch dann Provision erhält, wenn die Ausführung der Geschäfte in die Zeit nach Lösung des Agentenverhältnisses fällt, findet auf den Handlungsgehilfen dann entsprechende Anwendung, wenn bedungen ist, daß der Handlungsgehilfe für Geschäfte, die von ihm geschlossen oder vermittelt werden, Provision erhalten soll. Es kann allerdings gleichwohl vereinbart sein, daß dem Handlungsgehilfen eine Provision dann nicht zustehen soll, wenn die von ihm vermittelten Geschäfte erst nach seinem Austritt ausgeführt worden sind. Die Beweislast für eine solche vertragsmäßige Gestaltung des Provisionsanspruchs, die vom gesetzlichen Boden abweicht, trifft aber den Prinzipal.

2. BayerZ. **20** 53—55, LeipzZ. **12** 782 (Düsseldorf). Ein am Reingewinne beteiligter Dritter braucht sich eine Schmälerung des Gewinns durch Anlegung und Speisung von statutenwidrigen Rücklagefonds oder durch übermäßige Abschreibungen nicht gefallen zu lassen (s. auch § 88).

§§ 66, 67. I. Literatur. 1. Erdel, Der Kündigungstag der Handlungsgehilfen, GewuKfmG. **17** 187—189. Der Verfasser erachtet — unter Hinweis auf **RG.** vom 8. 10. 07, JW. **07** 705 — § 193 BGB. auf die Kündigung von Dienstverträgen anwendbar, indem auch er von einer sofort mit der Eingehung des Dienstvertrags beginnenden und mit dem Tage vor Beginn der Kündigungsfrist endigenden Frist zur Kündigung ausgeht.

2. Schleyer, Unzulässige Kündigungsabrede und Mindestkündigungsfrist, GewuKfmG. **17** 189 f. Der Verf. wendet sich gegen die Auffassung des KfmG. Chemnitz (GewuKfmG. **15** 60 f.) und des GewG. Chemnitz (GewuKfmG. **17** 114), nach der an Stelle einer nichtigen Kündigungsabrede die geringste gesetzlich zulässige Kündigungsfrist trete. Es treten vielmehr die gesetzlichen Kündigungsvorschriften an die Stelle.

3. *Strauß aaO. (73). Die in der Praxis häufig vereinbarte Kündigungsfrist von vier Wochen ist nicht ungültig, an ihrer Stelle ist die gesetzliche Mindestfrist von 1 Monat zu setzen (aA. GewuKfmG. **12** 88). — Die Frage, ob Vereinbarungen, die gegen § 67 verstoßen, auch dann ungültig sind, wenn sie für den Gehilfen günstiger sind, als die gesetzlichen, ist zu verneinen. Die Vorschrift des § 67 ist sozialpolitischer Natur und will lediglich den wirtschaftlich schwächeren Handlungsgehilfen schützen.

II. Rechtsprechung. 1. GewuKfmG. **17** 93. „Der Kündigungstag der Handlungsgehilfen" enthält eine Zusammenstellung der Auffassungen über die Frage des Kündigungstags bei der gesetzlichen sechswöchentlichen Kündigung zum Quartalsschlusse für den Fall, daß der letzte Kündigungstag — der 42. Tag vor dem Quartalsschluß — auf einen Sonntag fällt.

2. GewuKfmG. **17** 177—180 (KfmG. Mainz). Fällt der letzte Tag der Kündigungsfrist auf einen Sonn- oder Feiertag, so ist die am folgenden Werktag erfolgte Kündigung des kaufmännischen Dienstvertrags verspätet (eingehend begründet, gegen **RG.** vom 8. 10. 07, JW. **07** 705, bezüglich der Aufkündigung des Mietvertrags).

3. GewuKfmG. **17** 138 f. (KfmG. Schöneberg). Die Kündigung am Sonntag ist zulässig. § 193 BGB. findet auf die Kündigungsfrist nicht Anwendung, weil die Kündigung weder an einem bestimmten Tage noch innerhalb einer bestimmten Frist zu erklären ist. Auch eine Verkehrssitte, nach der am Sonntag nicht gekündigt werden dürfte, besteht weder allgemein, noch etwa örtlich für Schöneberg oder sachlich für die Warenhausbranche.

4. BauersZ. **19** 183 f. Die Kündigung des Dienstverhältnisses kann auch an einem Sonntag erfolgen (gegen Staub zu § 66 HGB.).

5. GewuKfmG. **18** 17 f. (KfmG. Chemnitz). Einem mit gesetzlicher Kündigungsfrist angestellten Handlungsgehilfen gegenüber wirkt die am 1. Mai für den 1. Juni ausgesprochene Kündigung für Ende Juni.

6. PosMSchr. **12** 30 (Posen). Spricht von mehreren Dienstberechtigten nur einer die Kündigung oder Entlassung aus, ohne hierzu allein befugt zu sein, so erfolgt dadurch die Auflösung des Dienstverhältnisses nicht.

7. BauersZ. **19** 272 f. Wer auf eine verspätete Kündigung schweigt und sich sogar im Anschlusse daran um eine anderweite Stellung bemüht, geht dadurch noch nicht seines Anspruchs auf Fortsetzung des Gehalts verlustig. Es ist hierin nicht ein Verzicht auf die vertragliche Kündigungsfrist zu finden.

8. S. auch GewuKfmG. **17** 253 f. (KfmG. Charlottenburg).

§ 70. I. Literatur. 1. *Strauß aaO. (73). Durch den Tod des Prinzipals erlischt das Vertragsverhältnis in der Regel nicht; denn der Gehilfe leistet seine Dienste weniger einer bestimmten Person, als dem Unternehmen, in dem er angestellt ist; in größeren Häusern steht der Gehilfe oftmals mit dem Prinzipale kaum in persönlichen Beziehungen, so daß dessen Tod auf Inhalt und Umfang der Tätigkeit des Gehilfen ohne jeden Einfluß ist.

2. Landsberger, Der Vertragsbruch des Handlungsgehilfen, GewuKfmG. **18** 92—96. Bei Vertragsbruch des Gehilfen hat der Prinzipal folgende Ansprüche: 1. Er kann auf Erfüllung des Dienstvertrags klagen und diesen Anspruch nach den §§ 887, 888 ZPO. vollstrecken. Zur Leistung der Dienste kann der Gehilfe durch Geld oder Haftstrafe nicht gezwungen werden, auch nicht dazu, die unzulässigerweise während der Vertragsdauer bei einem anderen Prinzipale geleisteten Dienste zu unterlassen. 2. Er kann Schadensersatz von dem Gehilfen verlangen; Ersatz der Auslagen für Porto und Insertion zur Erlangung einer Aushilfe oder eines Ersatzmanns; Ersatz der Kosten eines Ersatzmanns; andernfalls Ersatz des frei zu schätzenden Schadens aller durch eine Betriebseinschränkung entstehenden Vermögens- oder Geschäftsnachteile.

3. Horn, Kontraktbruch des Handlungsgehilfen. Die Rechte des Prinzipals und die vorbeugende Abwehr des Kontraktbruchs, HoldheimsMSchr. **12** 239 f. Der Verf. erörtert die im Falle einer durch Kontraktbruch des Handlungsgehilfen herbeigeführten fristlosen Kündigung seitens des Prinzipals beiden Teilen gegeneinander, wie auch dem Prinzipale gegen einen Dritten zustehenden Ansprüche.

4. Helms, Mitwirkendes Verschulden bei fristloser Entlassung, GewuKfmG. **18** 25—29. Der Verf. bejaht die Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB. auf die Entschädigungsansprüche bei fristloser Entlassung, indem er davon ausgeht, daß nicht nur der Anspruch des Arbeitgebers aus § 628 Abs. 2 BGB. und § 124 b GewO., sondern der Anspruch des Arbeitnehmers aus § 615 BGB. (richtiger sei wohl aus § 324 Abs. 1 BGB.) materiell keinen Erfüllungs-, sondern einen Schadensersatzanspruch darstelle, — und weiter in dem zur fristlosen Aufkündigung führenden Verhalten des Beschädigten ein mitwirkendes schuldhaftes Verursachen des durch die Aufkündigung eintretenden Schadens erblickt.

II. Rechtsprechung. 1. BadRpr. **12** 114 (GewG. Mannheim) erörtert die Rechtsbeziehungen zwischen dem Prinzipal und dem Angestellten, der ohne Einhaltung der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Kündigungsfrist zu Unrecht entlassen wird. Die zu Unrecht erfolgte Entlassung bringt das Vertragsverhältnis nicht zur Auflösung. Willigt der Dienstschuldner in die sofortige Auflösung, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludente Handlungen, so bewandelt sich jene Entlassung in eine vertragsmäßige Aufhebung, und es erlöschen für die Zukunft die beiderseitigen Ansprüche aus dem Vertrage. Widerspricht jedoch der Angestellte der Entlassung ausdrücklich oder stillschweigend, so hat die Entlassung nur die Wirkung einer ordentlichen Kündigung. Der Dienstschuldner hat daher Anspruch auf den Lohn bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist, ohne daß er zur Nachleistung verpflichtet ist (§ 615 BGB.), muß aber andererseits auf Verlangen des Dienstherrn zur Leistung der vertragsmäßig versprochenen Dienste bereit sein.

2. GewuKfmG. **18** 12—17 (KfmG. Charlottenburg, LG. III) erörtert im einzelnen, welche Ansprüche der Prinzipal wegen Vertragsbruchs seines Handlungsgehilfen hat.

3. **RG.** JW. **12** 747 f. Nr. 11, BauersZ. **19** 27. Der ungerechtfertigt entlassene Angestellte kann auch Schaden ersetzt verlangen, der ihm über die Dauer des Dienstvertrags hinaus durch die Folgen der Kündigung entsteht.

4. BauersZ. **20** 49 f. Bei ungerechtfertigter Entlassung wird der Anspruch auf Schadensersatz beeinträchtigt, wenn das Vorstandsmitglied den Aufsichtsrat zur sofortigen Kündigung gereizt hat (§ 254 BGB.).

5. GewuKfmG. **18** 88 (KfmG. Chemnitz). Hat der Handlungsgehilfe den Prinzipal zu der Beleidigung, die ihn zum sofortigen Austritt aus der Stellung berechtigte, gereizt, so findet § 254 BGB. Anwendung.

6. **RG.** LeipzZ. **12** 544. Die Vorinstanzen gehen übereinstimmend davon aus, daß ein wichtiger Grund zur sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses nach § 626 BGB. nicht anzunehmen sei. Ob ein solcher Grund vorliegt, d. h. ob Umstände gegeben sind, unter denen dem Zurücktretenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach verständigem Ermessen nicht zugemutet werden kann, ist im wesentlichen Tatfrage. In der Revisionsinstanz ist daher nach der feststehenden Rechtsprechung des Senats (JW. **01** 209 Nr. 9, **06** 813 Nr. 9, **12** 192 Nr. 12) nur nachzuprüfen, ob ein bestimmter Umstand einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 überhaupt bilden kann.

7. **RG.** LeipzZ. **12** 66. In der Revisionsinstanz darf nach der feststehenden Rechtsprechung des Senats (JW. **01** 209 Nr. 9, **06** 813 Nr. 9) nur nachgeprüft werden, ob in abstracto ein bestimmtes Handeln, eine bestimmte Eigenschaft oder ein be-

stimmtes Ereignis einen wichtigen Grund zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses bilden kann.

8. **RG.** LeipzZ. **12** 66. Ob die behauptete Tatsache die Annahme eines wichtigen Entlassungsgrundes rechtfertige, läßt sich in der Regel erst dann beurteilen, wenn das gesamte Beweismaterial vorliegt (**ROHG. 19** 113, 115). Dies gilt namentlich für dehnbare Begriffe, wie z. B., daß der Kläger als verliebter Kerl gegolten und sich lächerlich gemacht habe. Auch bei bestimmten Vorfällen kann unter Umständen erst die Beweiserhebung die Sache ins richtige Licht setzen.

9. **RG.** R. **12** 395. Als Gründe für die sofortige Dienstauflösung können im Prozeß auch Tatsachen verwertet werden, welche bei der Kündigung oder Entlassung nicht vorgebracht sind.

10. **RG.** R. **12** 396. Die Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Frist ist gegenüber der sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses die mildere Maßregel; daher ist der zu der letzteren Berechtigte grundsätzlich auch zu jener befugt.

11. GewuKfmG. **18** 61 f. (LG. Breslau gegen KfmG. Breslau). Die vorzeitige Entlassung des Handlungsgehilfen braucht nicht sofort zu erfolgen, sie kann auch für den Monatsschluß ausgesprochen werden, wenn wichtige Gründe die vorzeitige Entlassung rechtfertigen.

12. **RG.** R. **12** Nr. 209. Bei der Beurteilung der Wichtigkeit eines Dienstaufhebungsgrundes ist ein anderer Maßstab anzulegen, wenn es sich um eine Person handelt, die Dienste höherer Art zu leisten hat, als wenn es sich um die Person eines zu einfachen, mehr mechanischen Dienstleistungen Verpflichteten handelt.

13. **RG.** LeipzZ. **12** 309. Die §§ 70, 71, 72 HGB. betreffen das Dienstverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen. Der Geschäftsführer einer GmbH. ist nicht „Handlungsgehilfe", er ist der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft. Sein Verhältnis zu der Gesellschaft wird nicht durch das HGB., sondern durch das GmbHG. und durch die Bestimmungen des BGB. über den Dienstvertrag geregelt.

14. SächsRpflA. **12** 340—342 (Dresden). Es kann zwar auf das durch § 626 BGB. gewährte unbefristete Kündigungsrecht nicht ganz allgemein im voraus verzichtet werden, es ist aber durch Vertrag *eine Einengung* des Rechtes unbefristeter Kündigung möglich.

15. **RG.** R. **12** Nr. 210. Ein bloßer Gesinnungswechsel des Vertragschließenden, eine Änderung seiner Überzeugung in der Richtung, daß er den Abschluß des Vertrags, der ihm früher unbedenklich erschien, nunmehr nach gründlicherer Überlegung als unehrenhaft ansieht — Anstellung eines Arztes durch eine Krankenkasse — kann einen wichtigen, zur sofortigen Lösung des Vertragsverhältnisses berechtigenden Grund jedenfalls dann nicht abgeben, wenn dabei nur Umstände in Betracht kommen, die bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses vorlagen, dem Vertragschließenden bekannt waren und von ihm in ihrer Bedeutung und Tragweite gewürdigt werden konnten.

16. **RG.** R. **12** Nr. 1773. Einen wichtigen Grund können auch Umstände bilden, die auf ein Verschulden des Dienstpflichtigen nicht zurückzuführen sind. So z. B. die Unfähigkeit zur Leitung eines Betriebs, selbst wenn in der Übernahme der Stellung trotz der Unfähigkeit ein Verschulden nicht zu erblicken ist.

17. OLG. **24** 122 f., SeuffA. **67** 73 f. (Hamburg). Wenn der überseeisch angestellte Handlungsgehilfe gegen den Willen des Prinzipals seine Frau nachkommen läßt, so ist dies — wenn das Verbot nicht vertraglich ausbedungen war — kein wichtiger Entlassungsgrund im Sinne des § 72 HGB.

§ 71. *Nr. 3.* 1. **RG.** LeipzZ. **12** 453. Als ein wichtiger Grund ist es nach § 71 Nr. 3 namentlich anzusehen, „wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 obliegenden

Verpflichtungen nachzukommen verweigert". Verweigerung setzt zwar regelmäßig aber nicht notwendig eine Aufforderung voraus. Unterläßt z. B. der Geschäftsherr wissentlich die Beseitigung schreiender Mißstände, so kann er sich nicht damit entschuldigen, daß der Handlungsgehilfe ihn nicht aufgefordert habe. § 71 gibt auch nur Beispiele von wichtigen Gründen. Ein wichtiger Grund kann auch in der bloß unterlassenen, wenn auch nicht verweigerten Erfüllung der Verpflichtung aus § 62 HGB. liegen.

2. WarnE. **12** 306 (KonsG. Tientsin). Ein wichtiger Grund im Sinne obiger Bestimmung kann auch in der bloß unterlassenen, wenn auch nicht geweigerten Erfüllung der Verpflichtung aus § 62 HGB. liegen. Unterläßt z. B. der Geschäftsherr wissentlich die Beseitigung schreiender Mißstände, so kann er sich nicht damit entschuldigen, daß ihn der Handlungsgehilfe nicht aufgefordert habe.

3. GewuKfmG. **17** 158 f. (KfmG. Schöneberg). Schimpfworte des Prinzipals sind nicht unter allen Umständen „erhebliche Ehrverletzungen", insbesondere, wenn der Prinzipal sie in einer begreiflichen und berechtigten Erregung ausgesprochen und sich noch am gleichen Tage deswegen entschuldigt hat.

§ 72. I. Nr. 1. GewuKfmG. **17** 140 f. (KfmG. Charlottenburg). Die Mitteilung von wichtigen Geschäftsangelegenheiten an einen Dritten, der im Dienste der Konkurrenz steht, rechtfertigt die sofortige Entlassung des Handlungsgehilfen wegen Vertrauensmißbrauchs.

II. Nr. 3. 1. GewuKfmG. **17** 141 f. (KfmG. Chemnitz). Der erkrankte Handlungsgehilfe ist verpflichtet, sich auf Verlangen des Prinzipals ärztlich untersuchen zu lassen und ihm zu gestatten, sich von seiner Bettlägerigkeit zu überzeugen.

2. GewuKfmG. **17** 116 f. (KfmG. Hamburg). Die Vorschrift, daß der Gehilfe bei unverschuldetem Unglück sein Gehalt bis auf die Dauer von sechs Wochen beanspruchen darf, bedeutet nur eine gesetzliche Versicherung des Gehilfen zu Lasten des Prinzipals, hat aber mit der Frage der Fortdauer des Dienstverhältnisses nichts zu tun (vgl. Horrwitz, Das Recht des Handlungsgehilfen § 30 Anm. III 1, gegen Staub § 72 Anm. 3). Ob eine Krankheit als eine anhaltende anzusehen sei oder nicht, wird ohne bestimmte, von vornherein aufzustellende Grundsätze von Fall zu Fall, unter Berücksichtigung namentlich auch der bisherigen Dauer des Dienstverhältnisses, der Art und des Umfanges des kaufmännischen Geschäfts usw. zu beurteilen sein, wobei nicht zu übersehen ist, daß trotz einer als zulässig anzuerkennenden Entlassung das Gehalt des Entlassenen weiter zu bezahlen ist nach den Grundsätzen des § 63 HGB.

3. GewuKfmG. **17** 139 f. (KfmG. München). Syphilitische Erkrankung ist auch dann Grund zur sofortigen Entlassung eines Angestellten, wenn zur Zeit zwar eine Heilung eingetreten ist, jedoch die Gefahr eines Wiederausbruchs der Krankheit besteht.

III. Nr. 4. 1. HansGZ. **12** Hptbl. 217—220 (Hamburg). Würdigung des unpassenden Benehmens eines Reisenden für die Frage, ob ein wichtiger Grund zu seiner sofortigen Entlassung vorlag.

2. OLG. **25** 15 f. (Frankfurt). Fordert der Angestellte den Prinzipal zum Zweikampf, so bietet er einen Grund zur sofortigen Entlassung.

§ 73. I. Wer stellt das Zeugnis aus? 1. GewuKfmG. **18** 40 f. (KfmG. Mannheim). War der Handlungsgehilfe nach der Konkurseröffnung im Geschäfte nicht mehr tätig, so ist der Konkursverwalter zur Ausstellung eines Zeugnisses nicht verpflichtet; denn die Zeugnisausstellung ist eine „höchstpersönliche" Verpflichtung des Prinzipals.

2. BauersZ. **19** 73 f. Den Vorstandsmitgliedern einer AG. ist vom Aufsichtsrat das Dienstzeugnis auszustellen. Diese Kompetenz folgt nicht, wie häufig fälschlich angenommen wird, aus § 247 HGB., sondern aus § 246 HGB.,

nach welchem der Aufsichtsrat zum Überwachungs- und Kontrollorgane der Geschäftsführung des Vorstandes bestellt ist (s. auch § 49).

II. Wann ist das Zeugnis auszustellen? 1. *Strauß aaO. (63 ff.). Da der Prinzipal bereits vom Zeitpunkte der Kündigung an dem Gehilfen Gelegenheit zum Aufsuchen einer neuen Stelle geben muß, so beginnt der Zeugnisanspruch mit dem Augenblicke der Kündigung. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Kündigung vom Prinzipal oder vom Gehilfen ausgeht.

2. GewuKfmG. **18** 41 (KfmG. Breslau). Ist die Kündigung vorzeitig erfolgt, so kann das Zeugnis nicht bereits bei dieser verlangt werden.

III. Inhalt des Zeugnisses. 1. *Strauß aaO. (63 ff.). Über den Umfang der im Zeugnisse zu beurteilenden Tatsachen hat der Gehilfe zu bestimmen, er kann ein Zeugnis verlangen über Art und Dauer der Beschäftigung oder nur über Art oder Dauer, über Führung und Leistung oder nur über Leistung (ebenso OLG. **17** 414; aA. Staub und Düringer-Hachenburg § 73).

2. OLG. **24** 123 f. (Marienwerder) über die Befugnis der Werft, einem entlassenen Angestellten in seinem Zeugnisse zu vermerken, daß er durch sozialdemokratische Agitationstätigkeit ihr Anlaß zu Tadel gegeben habe.

3. OLG. **24** 123, BauersZ. **19** 183 (Königsberg). Der Entlassungsgrund darf im Zeugnisse nicht derart in den Vordergrund gerückt werden, daß das Zeugnis direkt auf den Anlaß des Ausscheidens gestellt erscheint. Denn unter Führung versteht man das gesamte Verhalten im Dienste, so daß es nicht angeht, lediglich den Entlassungsgrund im Zeugnis einseitig hervorzuheben und sich darüber auszuschweigen, wie der Dienstverpflichtete sich sonst in seiner Stellung verhalten hat. Eine Erwähnung des Entlassungsgrundes durch Anführung der ihn rechtfertigenden Tatsachen darf nur insoweit geschehen, als dies für die Beurteilung der Führung und der Leistung des Entlassenen von Bedeutung ist.

IV. Auskunftserteilung und Haftung daraus. 1. Landsberger, Haftung für unrichtige Auskunft über Gehilfen, GewuKfmG. **17** 100—104, bespricht und billigt die Entsch. OLG. **23** 73 (KG.) und die Entsch. R. **09** Sp. 733/34 (Hamburg), die beide in ähnlich liegenden Fällen die Schadensersatzpflicht des Prinzipals wegen angeblich falscher Auskunftserteilung verneinen, und weist zum Schlusse darauf hin, daß Ansprüche von Angestellten auf Zeugnisberichtigung und Schadensersatz wegen angeblich unrichtiger Zeugnisse gegen ihre Prinzipale zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte, solche dagegen auf Schadensersatz wegen unrichtiger Auskünfte gegen ihre früheren Arbeitgeber (vgl. Reichert, GewuKfmG. **17** 45 f.) vor die ordentlichen Gerichte gehören.

2. **RG.** JW. **12** 195 Nr. 3. Unter Kaufleuten mag es Sitte sein, daß sie über ihre Angestellten während und nach Beendigung des Dienstverhältnisses Auskunft geben; eine Verkehrssitte aber, nach der diese Übung als Erfüllung einer aus dem Anstellungsvertrage sich ergebenden Pflicht aufgefaßt werde, besteht nicht.

3. **RG.** BauersZ. **19** 162—165, DJZ. **12** 222 f., BankA. **12** 122—124. Der Vater haftet aus einer über seinen Sohn bei dessen Anstellung erteilten wissentlich falschen Auskunft, wenn er auch nur das Bewußtsein gehabt, daß der andere Schaden haben könnte. Er haftet aber auch schon dann, wenn er nur untätig blieb, als er bemerkte, wie sein Sohn während seiner Anstellung bei der Klägerin große Summen verschwendete und schließlich positiv erfuhr, daß er Gelder unterschlüge. Da er den Sohn empfohlen und dieser vermöge seiner Empfehlung die Anstellung erhalten, so mußte der Vater trotz seines persönlichen Interesses entweder den Sohn bewegen, die Anstellung aufzugeben, oder der Klägerin Anzeige machen oder sie warnen (s. dagegen JDR. **10** § 73 Ziff. II 4, 5).

§ 74. I. Literatur. 1. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 HGB. mit Begründung, HoldheimsMSchr. **12** 291—294.

2. Baum, Der Gesetzentwurf zur Konkurrenzklausel, GewuKfmG. **18** 73—78. Der Verf. erörtert den Entwurf des Gesetzes zur Änderung der §§ 74, 75 u. 76 Abs. 1 HGB. Er erachtet das Gesetz für überflüssig, indem er davon ausgeht, daß die bisherigen Bestimmungen bei verständiger Anwendung in der Praxis zu Mißständen nicht geführt haben.

3. Baum, Der Unterlassungsanspruch aus der Konkurrenzklausel, JW. **12** 664 f. Der Verf. erachtet ein Urteil auf Austritt aus dem Konkurrenzgeschäfte der Vollstreckung nicht für fähig. Sie verstoße gegen § 888 Abs. 2 ZPO., da sie einen Zwang zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag enthalte; — denn auch die im Dienstvertrag ausdrücklich festgesetzte Verpflichtung, die Tätigkeit bei einer Konkurrenzfirma zu unterlassen, sei eine Pflicht zur Leistung von Diensten. Es bleibe deshalb dem Prinzipale nur die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen übrig.

4. Dagegen v. Ziegler, Der Unterlassungsanspruch aus der Konkurrenzklausel, JW. **12** 773 f.

5. *Cahn, Ehrenwort und Reichsgericht, BayRpflZ. **12** 275—278. Die Unsittlichkeit der ehrenwörtlichen Gebundenheit beraubt den vollständigen Tatbestand eines klaren, wohl überlegten, mehrfach zur Unterzeichnung vorgelegten, von einem reifen, nicht mittellosen und nicht einseitig ausgebildeten Manne unterzeichneten Dienstvertrags, mit dem auch die Gegenpartei sich ehrenwörtlich band, seiner Wirkung. Dies muß aber nicht nur — wie der III. Zivils. vom 23. Januar 1912 (JW. **12** 383 Nr. 8) ausführt — für Dienstverträge, sondern auch für Rechtsgeschäfte aller Art gelten.

6. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage (122). Vgl. allgemein zu § 241 Ziff. 2 BGB. und die dortigen Verweisungen. ➸ § 74 a des Entw. betr. die Konkurrenzklausel enthält eine Bestätigung der zu § 241 BGB. bezeichneten Lehre von dem korrespondierenden Verhältnisse der Unterlassungspflicht des einen Teiles zu einer auf Dauer angelegten positiven Pflicht des anderen Teiles. ⟵

7. *Strauß aaO. (97). Die Konkurrenzklausel bleibt wirksam, wenn der Prinzipal das Geschäft auf einen neuen Inhaber überträgt und der Gehilfe ohne Abänderung seines Vertrags im Geschäfte bleibt (ebenso Düringer-Hachenburg § 70 Anm. 13; aA. GewuKfmG. **12** 66). — Darf der Handlungsgehilfe in einem bestimmten Bezirke kein Geschäft errichten, so darf er gleichwohl von seiner außerhalb des Bezirkes gelegenen Geschäftsniederlassung aus den Bezirk bereisen; wenn er die Kunden des Prinzipals nicht besuchen darf, so darf er mit ihnen auch nicht schriftlich in Geschäftsverbindung treten (aA. OLG. **8** 255); wer ein gleichartiges Geschäft nicht betreiben darf, darf einzelne Handelsgeschäfte der gleichen Branche abschließen.

II. Rechtsprechung. A. Abs. 1 und 2. 1. **RG. 78** 258—264, JW. **12** 382 f., LeipzZ. **12** 309 Nr. 2, BauersZ. **19** 44 f., **20** 69 f. (mit eingehender Begründung). Die Verpfändung des Ehrenworts im Dienstvertrage muß im Regelfall als unzulässig und die Nichtigkeit der ehrenwörtlich übernommenen Verpflichtungen herbeiführend angesehen werden, besonders aber die ehrenwörtliche Bestärkung eines Versprechens, nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu werden. — S. auch bezüglich der ehrenwörtlich eingegangenen Verpflichtung eines Fabrikchemikers zur Geheimhaltung aller Einrichtungen und Geschäfte der Prinzipalin **RG.** LeipzZ. **12** 70, BauersZ. **19** 140, SeuffA. **67** 181 f. Nr. 104.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 455, BauersZ. **19** 280 f. Zutreffend hat das Berufungsgericht erwogen, daß die dem beklagten Werkmeister auferlegte Schweigepflicht nach dem Anstellungsvertrag eine zeitlich und örtlich uneingeschränkte, also insbesondere eine

über die Dauer des Anstellungsverhältnisses hinausreichende, daß sie aber nur in den Grenzen anzuerkennen sei, die das Fortkommen des Beklagten unter Verwertung der von ihm gesammelten Fachkenntnisse nicht unbillig erschweren. Sonst würde in dem Schweigeverbot ein nach § 138 Abs. 1 BGB. unzulässiges Konkurrenzverbot zu erblicken sein.

3. GewuKfmG. **17** 115 f. (KfmG. Frankfurt a. M.). Eine auch nur mit der Beschränkung auf drei Monate lautende Konkurrenzklausel ist unverbindlich, wenn ihr als Äquivalent eine über den ortsüblichen Tagelohn erwachsener Tagelöhnerinnen mit 2,50 M. nicht hinausgehende monatliche Entlohnung gegenübersteht.

4. **RG. 79** 149 f. Nr. 32, R. **12** Nr. 267. Es bedarf in jedem Falle der Abwägung, ob ohne übermäßige Beschränkung der vom Wettbewerbsverbote betroffene Kreis von Tätigkeiten und damit die Möglichkeit verschlossen werden durfte, aus diesem Kreise die eine zu wählen. Der Richter hat die übermäßige Beschränkung auf das richtige Maß zurückzuführen und die Grenzen zu bestimmen, innerhalb deren eine Unbilligkeit nicht vorliegt.

5. **RG. 77** 399—403. Bei der Entscheidung über die Rechtsverbindlichkeit des Wettbewerbsverbots, wegen dessen Verletzung Vertragsstrafe gefordert wird, kann sich der Richter auf die Prüfung der Frage beschränken, ob gerade aus besonderen Gründen die vom Handlungsgehilfen unter mehreren ihm verbotenen gewählte Wettbewerbstätigkeit, in deren Ausübung die Verbotsverletzung gefunden wird, ohne unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen untersagt werden durfte.

6. GewuKfmG. **17** 115 f. (KfmG. Frankfurt a. M.). Der Handlungsgehilfe ist nicht verpflichtet, den Wegfall der für Genehmigung vorzeitigen Austritts geltend gewesenen Gründe dem Prinzipal anzuzeigen.

7. MschutzuWettbew. **11** 119 f. (Colmar). Wer ein vertragsmäßiges Wettbewerbsverbot, dem er sich im eigenen Namen unterworfen, dadurch umgeht, daß er als Geschäftsführer in eine von seiner Familie (Frau und Schwiegermutter) gebildete GmbH. eintritt, macht sich verantwortlich.

8. **RG.** LeipzZ. **12** 850 f. Über den Begriff des Verbots der direkten oder indirekten Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen. Die Feststellung, daß der Beklagte 30 000 M. seinem Sohne unverzinslich und ohne Gewinnanteil als väterliche Beihilfe zur Erlangung einer selbständigen Lebensstellung gegeben, läßt nach Lage des Falles keinen Raum für die Annahme einer *indirekten* Beteiligung, welche immerhin einen *persönlichen* Nutzen des Beklagten von der Hingabe des Geldes voraussetzen würde.

9. SchlHolstAnz. **12** 215 f. (Kiel). Unter dem „Betrieb" einer Bäckerei im Sinne eines vereinbarten Konkurrenzverbots ist auch das Austragen von Backwaren innerhalb des ausgeschlossenen Bezirkes zu verstehen.

10. OLG. **24** 301 f. (Rostock). Das Wettbewerbsverbot trifft nicht jedes Verhalten, das im praktischen Ergebnisse das Geschäft des Klägers in gleicher Richtung, wie der Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts zu schädigen geeignet ist. Zwar kann jemand einem Konkurrenzverbot auch dadurch zuwiderhandeln, daß er durch Veranstaltungen Dritter, die er hervorruft und unterstützt, eine Konkurrenz betätigt. Voraussetzung dabei ist aber, daß diese Veranstaltung nach dem Sinne des Verbots dem eigenen Konkurrenzbetriebe gleichzustellen ist. Eine derartige nahe wirtschaftliche Beziehung besteht aber im allgemeinen zwischen Schwägern nicht, und Umstände, aus denen hier anderes zu entnehmen wäre, sind nicht geltend gemacht.

11. **RG.** SeuffA. **67** 74 f. (schon zitiert JDR. **10** B III 1). Daß aus einem vertragsmäßigen Konkurrenzverbot auf Unterlassung der Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäfte geklagt werden kann, ist allgemein anerkannt. **RG. 72** 393 steht

dem nicht entgegen. Sie betrifft nicht den Fall eines vertragsmäßigen Konkurrenzverbots (dagegen JDR. **10** B III 2).

12. **RG.** JW. **13** 319—321 Nr. 5. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger zunächst Erfüllung verlangt hat.

13. **RG.** JW. **13** 325—327 Nr. 10. Der Prinzipal, der einen unter Konkurrenzverbot Angestellten veranlaßt hat, in seine Dienste zu treten, kann auf Unterlassung der weiteren Beschäftigung gemäß § 826 BGB., § 1 UnlWG. verklagt werden.

B. Abs. 3. 1. BadRpr. **12** 13 f., LeipzZ. **12** 704—706 (Karlsruhe). Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots mit einem minderjährigen Handlungsgehilfen ist trotz Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters nichtig, und zwar auch dann, wenn gleichzeitig der alsbaldige Austritt des Handlungsgehilfen aus dem Geschäfte zwecks Eintritts in eine andere Handlungsgehilfenstellung vereinbart wird. **RG.** **67** 333 ff. betrifft den anders gelagerten Fall, in dem der Handlungsgehilfe ausschied, um selbständiger Kaufmann zu werden, — in dem also nach Ansicht des RG. der ehemalige Handlungsgehilfe sich der Konkurrenzklausel als selbständiger Kaufmann unterworfen hatte.

2. GewuKfmG. **18** 39 f. (KfmG. Fürth). Die mit einem Minderjährigen vereinbarte Konkurrenzklausel wird nicht dadurch wirksam, daß dieser den Vertrag nach Großjährigkeit fortsetzt und beim Ausscheiden versichert, er wolle in kein Konkurrenzgeschäft eintreten, wenn in dem Verhalten des Angestellten mangels Kenntnis der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts eine Bestätigung nicht zu erblicken ist.

3. BadRpr. **12** 157 f., GewuKfmG. **17** 277—279 (KfmG. Mannheim) — unter Anführung der über diese Frage bestehenden Auffassungen der Literatur und Gesetzesmotive —. Der Minderjährige, der vom gesetzlichen Vertreter ermächtigt ist, in Dienst oder in Arbeit zu treten, kann auch wirksam ohne besondere Genehmigung des gesetzlichen Vertreters eine Konventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung der Vertragspflichten versprechen.

§ 75. I. Konkurrenzklausel bei Entlassung. 1. HansGZ. **12** Hptbl. 217—220 (Hamburg). Wenn der Prinzipal dem Handlungsgehilfen ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes per sofort kündigt, so wird die im Vertrage festgesetzte Konkurrenzklausel hinfällig.

2. LeipzZ. **12** 957 f. (LG. Hamburg). Entläßt der Prinzipal, der dem Handlungsgehilfen zuvor gekündigt hatte, diesen infolge eines nachträglich eingetretenen wichtigen Grundes sofort, so geht er seines Anspruchs aus der Konkurrenzklausel nicht verlustig; denn die Wirkung der Kündigung ist wieder aufgehoben worden.

3. GewuKfmG. **18** 85—88 (KfmG. und LG. Hamburg). Für die Anwendung des § 75 HGB. gilt es als Kündigung seitens des Prinzipals, wenn auf seine Veranlassung der Anstellungsvertrag im beiderseitigen Einverständnis aufgehoben wird.

4. BauersZ. **20** 59. Wird ein Dienstverhältnis trotz erfolgter Kündigung des Geschäftsherrn fortgesetzt, so bleibt das Konkurrenzverbot bestehen.

II. Konventionalstrafe. Höhe, Wiederholung, Ermäßigung. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 668 f. Auch wenn die für die Konkurrenzklausel vereinbarte Konventionalstrafe für jeden Fall der Vertragsauflösung seitens des Prinzipals vereinbart und demgemäß insoweit nichtig ist, kann angenommen werden, daß die Nichtigkeit dieses Teiles der Abmachung der Rechtsgültigkeit der Konventionalstrafenabmachung im übrigen keinen Abbruch tue.

2. **RG.** **79** 36—43, JW. **12** 582 f. Nr. 3. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Vertragsstrafe durch Zuwiderhandlung gegen die Pflicht zu einem Unterlassen verwirkt und inwieweit eine Erfüllungsgehilfenschaft im Sinne des § 278 BGB. bei Unterlassungsverbindlichkeiten anzunehmen ist, — unter Erörterung der verschiedenen Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung.

3. OLG. **24** 302 (Hamburg). Auch die an denselben Angebotsempfänger gerichteten mehreren Offerten sind als mehrere Vertragsverletzungen zu betrachten, wenn es sich nicht um die wiederholte Übersendung desselben Angebots handelte, sondern die Angebote sowohl bezüglich der angestellten Artikel als auch der Preise untereinander verschieden waren und sich ferner zeitlich nicht in kürzesten Zwischenräumen einander folgten, sondern sich über die Dauer eines halben Jahres erstreckten.

4. **RG.** R. **12** Nr. 2813. Die Eigenschaft einer Vertragsstrafe fehlt nicht schon deshalb, weil sie als „Entschädigung" bezeichnet ist.

5. **RG.** R. **12** Nr. 2814. Es steht den Vertragsteilen frei, die Vertragsstrafe auch für eine Unterlassung an ein Verschulden zu knüpfen. Dies kann auch mittelbar, z. B. durch den Gebrauch des Wortes „verleiten" geschehen.

6. GewuKfmG. **17** 252 f. (KfmG. Breslau). Eine Vereinbarung, wonach die Vertragsstrafe der richterlichen Herabsetzung nicht unterliegen soll, ist nichtig.

7. **RG.** JW. **13** 319—321 Nr. 5 über das Verhältnis der Nichtigkeit aus § 138 BGB. eines für den Fall der Zuwiderhandlung gegen ein Konkurrenzverbot vereinbarten Konventionalstrafenabkommens zu der Herabsetzung der Strafe aus § 343 BGB.

8. **RG.** JW. **12** 794 Nr. 10. Die Frage, ob die verwirkte Konventionalstrafe unverhältnismäßig hoch ist, ist nicht oder doch nicht schlechthin nach den Verhältnissen zur Zeit der Vereinbarung zu entscheiden, es kann vielmehr auch auf den Zeitpunkt der Verwirkung oder sogar den der Klagerhebung oder der Urteilsfällung ankommen (s. Mugdan Mat. II, 723, **RG. 64** 293).

9. GewuKfmG. **17** 208—212 (KfmG. Charlottenburg, LG. III Berlin) über die Grundsätze, die für die Ermäßigung einer für den Bruch des kaufmännischen Dienstvertrags bestimmten Vertragsstrafe maßgebend sind.

10. OLG. **24** 302 (Hamburg). Bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe ist der Grad des Verschuldens des Zuwiderhandelnden zu berücksichtigen.

§§ 76—82. I. Literatur. 1. *Gordan, Das Recht des kaufm. Lehrvertrags, Jahrb. des KfmG. Berlin, Aufsätze, Entscheidungen, Anträge, Gutachten III (Berlin 1912). Der Lehrvertrag ist ein reiner Dienstvertrag (eigentlich Lernvertrag, weil der Lehrherr nicht eigentlich unterrichtet, sondern lernen läßt). — Der Lehrvertrag mit ehrlosem Prinzipale (§ 81 HGB.) ist gültig (abweichend Lehmann-Ring, Goldmann). — § 113 BGB. findet auch auf den Lehrvertrag Anwendung, weil er ein Dienstvertrag ist. Die Ansicht, daß, wenn der gesetzliche Vertreter den Vertrag schließt, er im eigenen Namen und nicht in dem des Lehrlings kontrahiert, ist unrichtig. — Unter „Gelegenheit zum Besuche des Gottesdienstes" ist zu verstehen, daß der Lehrherr nicht nur dem Lehrling die nötige Freizeit für den Besuch des Gottesdienstes seiner Religion (Konfession), sondern nach Umständen auch Fahrgeld zu weit entfernten Kirchen zu geben, Sonntagskleidung vorzuhalten hat, wenn Kleidung überhaupt gegeben wird usw. (22). Der Lehrherr ist Erzieher im Sinne des § 247 StGB. und aufsichtspflichtig im Sinne des § 832 BGB. (27 f.). Auch das Lehrzeugnis braucht nur auf Verlangen gegeben zu werden (28). Auf die außerdienstliche Führung bezieht sich das Zeugnis nicht (29). Das Vereinbaren einer Kündigungsfrist im Lehrvertrag ist zulässig (34), ebenso auflösende Bedingung nicht aber freies Rücktrittsrecht des Prinzipals. Die Probezeit kann für den Lehrherrn vertragsmäßig ausgeschlossen werden (35 f.). Die Auflösung der Gesellschaft bei der der Lehrling angestellt ist, steht dem Tode des Lehrherrn nicht gleich (aA. Hamapp, Die Beendigung des kaufm. Lehrverhältnisses). Der Erklärung des Lehrlings oder des gesetzlichen Vertreters, daß der Lehrling zu einem anderen Beruf oder einem anderen Gewerbe übergehen wolle

(§ 78), hat absolute Wirkung (42). Wann der Übertritt zu einem anderen Gewerbe vorliegt, richtet sich nach der Verkehrsanschauung (44).

2. Lieb, Lehrlingsstreitigkeiten und Vormundschaftsgericht, GewuKfmG. **17** 197—199. Der Verf. behandelt die Fälle, in denen es der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, und den Charakter der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung.

3. * Wurzer, BuschsZ. **43** 38—45. Die Krankheit, die sich der Handlungslehrling durch außerehelichen Beischlaf zuzieht, ist durch grobe Fahrlässigkeit veranlaßt.

II. Rechtsprechung. GewuKfmG. **18** 59—61 (KfmG. Bremen, LG Bremen). Ein Kaufmann kann einen im dritten Lehrjahre befindlichen Handlungslehrling, der sich weigert, Quittungen auszutragen und einzukassieren, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassen, — wenn jene Beschäftigung nicht dauernd und unter Vernachlässigung der kaufmännischen Ausbildung des Lehrlings geschieht.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. I. Begriff des Agenten. 1. SächsOLG. **33** 163—165. Einkaufskommissionär oder Abschlußagent? Für die Annahme der letzteren Eigenschaft spricht die Tatsache, daß der Besteller in der Vertragsurkunde als Vertreter der Firma Sch. u. H. bezeichnet ist, und vor allem die Tatsache, daß im Handel mit Strumpfwaren der Vermittler beim Einkaufe von Strumpfwaren als Agent und nicht als Makler oder Einkaufskommissionär üblicherweise tätig wird. Solange nicht besondere Umstände dagegen sprechen, darf unterstellt werden, daß die Beteiligten das Übliche gewollt und in der Vertragsniederschrift zum Ausdrucke haben bringen wollen.

2. OLG. **24** 125 f. (München). Der Generalagent einer Lebensversicherungsbank ist Agent nicht Handlungsgehilfe (s. auch § 59).

3. **RG.** LeipzZ. **12** 653. Der Vorderrichter hat die Einrede der Verjährung mit Recht zurückgewiesen, weil der Kläger durch den Vertrag vom 6. August 1903, durch den er sich der Beklagten auf fünf Jahre als Auslandsreisender verpflichtet hat, nicht als Handlungsgehilfe angestellt, sondern zum Handlungsagenten bestellt war und sein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung dieses Vertrags deshalb nicht nach § 196 Nr. 8 BGB. in zwei, sondern nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 in vier Jahren verjährt. Daß ein Handlungsreisender nicht notwendig Handlungsgehilfe zu sein braucht, sondern auch Handlungsagent sein kann, ergibt sich schon aus § 87 HGB. Für die Stellung des Klägers als eines Handlungsagenten, eines selbständigen Kaufmanns spricht, daß er kein festes Gehalt, sondern Provision und die Überpreise bezog, daß er die Reisespesen, wenn sie ihm auch vorgeschossen wurden, selbst zu tragen hatte, indem er für die Rückerstattung dieser Vorschüsse aufzukommen hatte und daß er neben der Beklagten auch andere Firmen auf seinen Reisen vertreten durfte. Mit der Stellung eines Handlungsagenten ist die von dem Kläger übernommene Verpflichtung, in den Artikeln der Beklagten nur diese zu vertreten, wohl vereinbar, wenn auch das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 60 HGB. für Agenten nicht gilt.

II. Rechtliche Stellung des Agenten. 1. Literatur. Hagen, Versicherungsagenten und Außenbeamte unter dem Versicherungsvertragsgesetz, JheringsJ. **12** 229—262. Der Verf. erörtert die Stellung der oben Genannten nach der Richtung, ob Handlungsgehilfe oder Agent einerseits, Abschluß oder Vermittelungsagent andererseits.

2. Rechtsprechung. a) **RG.** ElsLothZ. **12** 172—174, JW. **12** 84 f. Nr. 32. Rechtsstellung des Versicherungsagenten bei Ausfüllung des Antragsformulars; unrichtige Angaben darin; Verwirkung des Anspruchs (s. auch JDR. **10** 600 § 84

B II 2 d). Ebenso **RG.** JW. **13** 275 f. Nr. 18; ferner **RG.** JW. **13** 335 f. Nr. 22. **b)** ElsLothJZ. **12** 136—144 (Colmar). Ein Generalagent einer Versicherungs-Aktiengesellschaft, der weder deren Haupt- noch Generalbevollmächtigter noch sonstwie im voraus zur Führung des Prozesses bevollmächtigt worden, ist nicht befugt, die Zustellung einer von dem Versicherungsnehmer gegen die Gesellschaft gerichteten Klage aus einem von ihm für sie geschlossenen Versicherungsvertrag entgegenzunehmen. Die Zustellung ist deshalb wirkungslos. **c)** SächsOLG. **33** 263—265. Wird ein Versicherungsantrag einem Beamten der Versicherungsgesellschaft gegenüber, der zur Vertretung der Gesellschaft nicht befugt ist, unter einer mündlichen Bedingung gemacht, so wirkt das der Gesellschaft gegenüber gleichwohl dergestalt, daß der Antrag von der Gesellschaft nur so angenommen werden kann, wie er vom Antragsteller erklärt worden ist. **d)** **RG.** LeipzZ. **12** 470—472. Ist ein Agent zugleich Verkaufsbevollmächtigter der Klägerin und Einkaufsbevollmächtigter der Beklagten, so kann ein wirksamer Vertragsschluß durch die innerhalb des Vertreters beider vor sich gehende Willenseinigung zustande kommen, ohne daß es einer Willenserklärung bedarf. Es reicht dann aus, wenn überhaupt die Tatsache, daß der Vertreter für seine Vollmachtgeber einen beide bindenden Willensentschluß gefaßt hat, feststellbar wird, und das kann durch Rückschluß auch aus später vorgenommenen Handlungen des Vertreters ermöglicht werden, namentlich wenn solche sich als Ausführungen des früher gefaßten Willens darstellen. **e)** LeipzZ. **12** 332 f. (Colmar). Ist in der Police der Agent als Vertreter der Gesellschaft bezeichnet, so ist darunter noch nicht ein Vertreter in der engeren rechtlichen Bedeutung des Wortes zu verstehen. Er nimmt vielmehr regelmäßig nur die Stellung einer Vertrauens- und Mittelsperson zwischen dem Versicherer und Versicherten ein (**RG. 46** 185, **27** 152). Ist aber aus der Police eine von der Versicherungsgesellschaft dem Agenten übertragene Vertretungsmacht umfassender Natur ersichtlich, so wird die Gesellschaft durch Erklärung des Agenten auch dann gebunden, wenn sie ihm im einzelnen einschränkende Weisungen erteilt hat. Diese sind alsdann nur für das innere Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Agenten von Bedeutung. **f)** HansGZ. **12** Hptbl. 203 f. (Hamburg). Der Agent hat seine Dienste persönlich zu leisten; sein Geschäftsnachfolger tritt nicht ohne weiteres, sondern nur mit Einwilligung des Geschäftsherrn an seine Stelle. Agenturverträge gehören zu den Dienstverträgen, für welche nach § 613 BGB. die Vorschrift gilt, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel persönlich zu leisten hat.

§ 85. **RG.** LeipzZ. **12** 68 f. Wenn der Geschäftsherr das von seinem Agenten vermittelte Geschäft für sich in Anspruch nimmt, muß er es so gegen sich gelten lassen, wie es der Agent mit dem anderen Vertragsteile verabredet hatte (**RG. 60** 187).

§ 86. OLG. **24** 300 (Hamburg). Der Vorbehalt einer Vertragsstrafe kann dem Agenten gegenüber erklärt werden.

§ 87. Rüdiger, Kann der Käufer den Kaufpreis rechtswirksam an den Handlungsagenten zahlen? HoldheimsMSchr. **12** 262 f. Wohl an den Handlungsagenten, der als Handlungsreisender tätig ist, soweit es sich um die von ihm abgeschlossenen Verkäufe handelt (§§ 87, 55 HGB.), an die Platzagenten dagegen nur, wenn ihnen die Ermächtigung dazu besonders erteilt ist (§ 86 HGB.). Eine solche liegt schon dann vor, wenn der Geschäftsherr duldet, daß der Agent sich so geriert, als habe er allgemeine Inkassovollmacht (vgl. ROHG. **9** 104, **13** 211). Der Umstand aber, daß der Agent zum Einziehen von Wechseln und quittierten Rechnungen verwendet wird, oder daß der Geschäftsherr einzelnen an den Agenten geleisteten Zahlungen nicht widersprochen hat, reicht zur Annahme einer vom Geschäftsherrn allgemein erteilten Ermächtigung zur Annahme von Zahlungen nicht aus (vgl. ROHG. **19** 123).

§ 88. Abs. 1. I. Literatur. Reichel, Maßgeblichkeit der zwischen den Parteien des vermittelten Vertrags erflossenen Rechtskraft für die Provisionsforderung des Mäklers, SeuffBl. **12** 563—566. 1. Das Urteil dahin lautend, daß der Vertrag nicht zustande gekommen sei, kann dem Mäkler grundsätzlich nicht präjudizieren (§ 325 ZPO.), außer wenn a) der Provisionsanspruch von der Erfüllung des Vertragsgegners abhängig gemacht und die Erfüllungsklage abgewiesen ist, es sei denn, daß der Mäkler nachweisen könnte, die Abweisung der Klage sei auf unsachgemäße Prozeßführung des Auftraggebers zurückzuführen (§ 88 Abs. 2 HGB.); b) der Mäkler dem klagenden Auftraggeber als Nebenintervenient beigetreten und die Klage mit der Begründung, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, abgewiesen ist. 2. Behandelt das Urteil den Vertrag als zustande gekommen, so läßt es zwar direkt den Mäkler gleichfalls aus dem Spiele (§ 325 ZPO.); es kommt ihm aber indirekt zugute, wenn es nämlich dem Auftraggeber erwünschtermaßen das zukommen läßt, was er infolge Zustandekommens des Vertrags verlangen könnte.

II. Rechtsprechung. 1. LeipzZ. **12** 494—496 (Cöln). Macht der Inhaber einer Firma, der zwar nicht der Rechtsnachfolger einer früheren Firma ist, tatsächlich aber deren Geschäftsbetrieb fortsetzt, sich die Tätigkeit des von letzterer bestellten Agenten weiter zu Nutzen, ohne einen besonderen Vertrag mit ihm zu schließen, so muß nach Treu und Glauben der Willen der Parteien dahin ausgelegt werden, daß der Inhaber der neuen Firma stillschweigend in den Agenturvertrag eingetreten ist.

2. **RG.** WarnE. **12** 337. Es ist Auslegungsfrage, ob die Erteilung eines festen Auftrags auf bestimmte Zeit nur den Verzicht auf Widerruf des Auftrags für diese Zeit oder auch die Verpflichtung des Auftraggebers bedeutet, weder selbst noch durch einen anderen Vermittler den Vertrag abzuschließen.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 66. Ein für das Entstehen des Provisionsanspruchs maßgebender, gültiger Kaufvertrag ist auch dann zustande gekommen, wenn der Kaufpreis nur bestimmbar ist, d. h. die Vertragsteile über die Grundlagen des Preises derart sich geeinigt haben, daß die Festsetzung der Willkür einer Partei entzogen ist und auch ohne deren Zustimmung objektiv erfolgen kann.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 464. Für fest abgeschlossene, von ihm vermittelte, Sukzessivlieferungsverträge hat der Agent die Provision auch dann zu beanspruchen, wenn die Ausführung der Geschäfte in die Zeit nach Lösung des Agentenverhältnisses fällt.

5. **RG. 78** 252—256, LeipzZ. **12** 309, JW. **12** 353 f. Nr. 20. Dem Handlungsagenten steht eine Provision für die erst nach Beendigung des Agenturverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf Grund eines von ihm noch während seines Agenturverhältnisses zustande gebrachten Vertretungsverhältnisses (Unteragentur) abgeschlossen sind, nicht zu.

6. HansGZ. **12** Hptbl. 260 (Hamburg) — unter Mitteilung der Literatur. — Da lediglich der Nachweis von Gelegenheiten nicht regelmäßige Tätigkeit des Agenten ist, so wird man die Frage dahin entscheiden müssen, daß, wenn nicht für den in Frage kommenden Handelszweig der Gebrauch feststeht, daß auch die Nachbestellungen provisionspflichtig sind, nur von den wirklich vom Agenten vermittelten oder abgeschlossenen Geschäften Provision zu entrichten ist.

Abs. 2. 1. OLG. **24** 127 f., ElsLothJZ. **12** 132—134 (Colmar). Der Geschäftsherr ist beweispflichtig für das Vorhandensein der wichtigen Gründe, durch die seine Nichtausführung des von dem Agenten vermittelten Geschäfts gerechtfertigt wird. Solche Gründe der Nichtausführung, die auf bloßem Interesse des Geschäftsherrn an derselben beruhen, berechtigen ihn nicht, die Provision dem Agenten vorzuenthalten.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 919—922, HansGZ. **12** Hptbl. 244 f. Hat eine Reederei dem Kläger eine Provision für Vorarbeiten, die für den Betrieb einer bestimmten Dampferlinie gemacht waren, versprochen, solange der Dienst dieser Linie aufrechterhalten werde, so ist die Provision weiter zu zahlen, wenn diese Linie von der Reederei — nicht, um sich von einer verlustbringenden Sache zu befreien, — sondern mit gutem Nutzen weiterverkauft wurde. Die Sache kann nicht anders beurteilt werden, als wenn sich etwa ein Kaufmann von der Agenturprovision dadurch befreien wollte, daß er die Ausführung eines gewinnbringenden Geschäfts einem anderen abtritt und sich von diesem dafür bezahlen läßt.

3. OLG. **24** 126 f., LeipzZ. **12** 168 f. (Hamburg). Die längere Stundung, die zum Ausfalle der Forderung führt, ist nicht ohne weiteres ein Umstand, der dem Geschäftsherrn zur Last fällt, es sind vielmehr die Umstände des Falles zu berücksichtigen. Geschah die Stundung in wohlerwogener Absicht, um die Forderung zu retten, so kann dem Geschäftsherrn weder der Vorwurf der Willkür noch der Fahrlässigkeit gemacht werden (s. auch § 65).

§ 91. 1. HansGZ. **12** Beibl. 13—15 (Hamburg). Die Auskunfts- und Abrechnungspflicht des Gemeinschuldners über seine Einnahmen aus einem Agentur- oder Kommissionsverhältnisse geht nicht auf den Konkursverwalter über; denn er hat wegen der vor Konkurseröffnung entstandenen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners grundsätzlich nur die Aufgabe, sie aus der Konkursmasse zu befriedigen, nicht aber persönlich an die Stelle des Gemeinschuldners zu treten.

2. OLG. **24** 128 (Hamm). Eidliche Erhärtung des dem Agenten erteilten Buchauszugs. Eine derartige Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem Agenten ist allerdings im HGB. nicht ausgesprochen. Die eidliche Erhärtung des Auszugs durch den Geschäftsherrn wird aber durch das Bedürfnis der Praxis erfordert, wenn ohne sie der Agent nicht zu seinem Rechte kommen würde. Seine rechtliche Stütze findet der Antrag des Klägers im § 260 BGB. Die Gesamtheit der dem Agenten gegen den Geschäftsherrn zustehenden Provisionsansprüche stellt einen Inbegriff im Sinne des § 260 Abs. 1 dar. Denn sie charakterisieren sich als eine Mehrheit von Vermögensgegenständen, die in demselben Rechtsgrunde, dem Agenturvertrag, ihren einheitlichen Ursprung haben, ohne daß der Berechtigte imstande wäre, sie einzeln zu bezeichnen (vgl. Breit in Holdheims MSchr. **14** 25, GruchotsBeitr. **47** 910). Über den Bestand dieses Inbegriffs hat der Geschäftsherr nach § 91 HGB. Auskunft zu geben durch das dem Agenten mitzuteilende Verzeichnis, nämlich den Buchauszug.

§ 92. I. Allgemeines. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 588—590, SeuffBl. **12** 94, LeipzZ. **12** 67. Der sog. Kommissionsagenturvertrag ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Es wird deshalb die Frage, ob der Dienstverpflichtete durch das Verhalten des Dienstberechtigten zur vorzeitigen Aufhebung des Dienstverhältnisses und zu dem Anspruch auf Ersatz des dadurch entstehenden Schadens berechtigt wird, nicht durch § 326 BGB., sondern durch die Sondervorschriften der §§ 626—628 BGB. geregelt, soweit nicht für einzelne Arten der Dienstverträge Besonderes bestimmt ist. Die Vorschrift des § 627 BGB. ist dispositiver Natur und wird durch die Vereinbarung einer bestimmten Dauer des Dienstverhältnisses ausgeschaltet. Der für die Frage der Zulässigkeit der Kündigung hier allein in Betracht kommende § 92 Abs. 2 HGB. stimmt mit § 626 BGB. überein und § 628 BGB. ist in Ermangelung einer entgegenstehenden Sondervorschrift auch auf das Agenturverhältnis anwendbar.

2. **RG. 78** 385—389, JW. **12** 457—459 Nr. 4, LeipzZ. **12** 920—924, SeuffA. **67** 352—355 Nr. 195, Korresp. d. Ält. **12** 254 f., SächsRpflA. **12** 245—250. Bei langdauernden Bezugsverpflichtungen kann der Verpflichtete im Falle der Zerstörung des guten Einvernehmens oder des Vertrauens die Erfüllung verweigern

und sich von seiner Verpflichtung für die Zukunft lossagen. Es ergibt sich das Recht zur Verweigerung aus § 242 BGB. und das zur Lossagung aus dem den §§ 92, 133 HGB., 626, 723 BGB. zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit die Aufkündigung erfolgen kann.

II. Wichtiger Grund. 1. Literatur. Inhulsen, Verpflichtet der Agenturvertrag den Prinzipal stillschweigend sein eigenes Geschäft bis zum Ablaufe des Vertrags weiterzubetreiben? HoldheimsMSchr. **12** 175—177. (Nach englischem Rechte — unter Anziehung von Präjudizien —) Nein.

2. Rechtsprechung. a) **RG.** JW. **12** 250 Nr. 20, LeipzZ. **12** 221 f., BauersZ. **19** 188 f. (vgl. auch JDR. **10** 601 § 92 II). Der Geschäftsherr ist zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Einen solchen bildet in der Regel die Aufgabe des Geschäfts wegen der Unmöglichkeit eines lohnenden Weiterbetriebs; denn der Agent kann nicht verlangen, daß der Geschäftsherr seinen Betrieb mit Verlust fortsetze, um ihm einen laufenden Verdienst zu sichern. b) SächsOLG. **33** 285—287. Einstellung des Geschäftsbetriebs ist für den Prinzipal nicht ohne weiteres ein wichtiger Grund für die Auflösung des Agenturvertrags. Richtig ist, daß die sofortige Kündigung des Agenturvertrags auch dann zulässig sein kann, wenn unverschuldete wichtige Gründe vorhanden sind, die sich nicht aus der Person der Vertragsparteien ergeben, sondern in objektiven Umständen zu suchen sind. Zu prüfen sind jedesmal die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag war auf keine bestimmte Zeit eingegangen, sondern konnte von jedem Teile unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten für den Schluß eines Kalendervierteljahrs gekündigt werden. Diese Kündigungsfrist ist nicht so lang, daß es unbillig erscheinen müßte, die Beklagte bis zu ihrem Ablauf an den Vertrag für gebunden zu erachten. Ihr war bereits bei Abschluß des Abkommens im April 1909 bekannt, daß sie mit fortgesetzter Unterbilanz arbeitete. Wenn ihre Geschäftslage schon damals ungünstig war, so darf daraus gefolgert werden, daß die Gefahr einer Auflösung des Geschäftsbetriebs von der Beklagten bei Eingehung des Agenturvertrags bereits in Erwägung gezogen worden ist und bei der Regelung der Kündigungsfrist die Sicherung beider Parteien im Falle des Eintritts dieses Ereignisses mit beabsichtigt war. c) HansGZ. **12** Hptbl. 272 (Hamburg). Die Annahme von Extraprovisionen ist dem Agenten verboten und stellt einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung dar. d) LeipzZ. **12** 860 f. (Hamburg). Der Verdacht einer strafbaren Handlung kann einen „wichtigen Grund" zur sofortigen Entlassung eines Agenten darstellen, wenn der Verdacht wohl begründet ist und insbesondere das Verhalten des Verdächtigten selbst dazu beigetragen hat, den Verdacht auf ihn zu lenken. e) **RG.** R. **12** Nr. 2874. Die Kündigung wegen verdächtiger Geldgebahrung bleibt auch dann aufrecht, wenn der Agent erst im Rechtsstreit für sein Verhalten eine harmlose Erklärung zu geben vermag. f) **RG.** R. **12** Nr. 1774. Starres Festhalten an der offensichtlich unrichtigen Auslegung eines wichtigen Vertragspunkts berechtigt zur sofortigen Kündigung des Agenturvertrags. In jedem der beiden Punkte handelt es sich um sehr wichtige Fragen. Durch das Bestreiten der Endgültigkeit des Vertrags wurde das Bestehen des auf 10 Jahre berechneten Agenturverhältnisses völlig in Frage gestellt, auch wenn der Beklagte bis zur Kündigung den Vertrag erfüllt haben sollte. Das Agenturverhältnis entbehrte, wenn nicht die Urkunde vom 28. Januar 1908, sondern ein noch abzuschließender neuer Vertrag maßgebend sein sollte, jeder Grundlage; die Firma K. mußte gewärtig sein, daß der Beklagte, wenn er nicht den Vertrag vom 28. Januar 1908

als maßgebend anerkannte, die weitere Erfüllung auf Grund dieses Vertrags weigern und daß dann die Einrichtung ihres Betriebs auf das langdauernde Agenturverhältnis vergeblich sein würde. Es handelte sich demnach für sie um eine Lebensfrage. Auch die Frage, ob sie sich jedes anderen Geschäftsbetriebs enthalten mußte oder sich nur nicht mit dem Vertrieb anderer Apparate der in dem Vertrage bezeichneten Art befassen durfte, war von so einschneidender Bedeutung, daß die Firma K. wegen dieses vertragswidrigen Verlangens des Beklagten kündigen durfte. g) **RG. 77** 96—99 (schon zit. JDR. **10** II, 3, LeipzZ. **11** 925). Das Verhalten des Geschäftsherrn stellt sich nicht nur dann als eine den Handlungsagenten zur fristlosen Kündigung berechtigende und von einem bestehenden Wettbewerbsverbote befreiende Vertragswidrigkeit dar, wenn es sich unmittelbar gegen die Person oder die wirtschaftlichen Interessen des Handlungsagenten richtet, sondern auch dann, wenn es sich um eine im allgemeinen sittlich verwerfliche Geschäftsführung handelt. Der Geschäftsherr hat die Pflicht, seine Geschäfte ehrenhaft, redlich und nach den Grundsätzen eines ehrbaren Kaufmanns zu führen, auch gegenüber seinem Agenten als stillschweigend begründete Vertragspflicht.

III. Schadensersatzanspruch. **RG.** LeipzZ. **12** 653, WarnE. **12** 353. Daraus, daß der Dienstverpflichtete keinen Anspruch auf Annahme seiner Dienste hat, folgt keineswegs, daß der zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Dienstvertrags verpflichtete Dienstherr dem gegen Provision beschäftigten Dienstverpflichteten nicht dasjenige zu vergüten hat, was er durch die Leistung der Dienste erworben haben würde. Wie ein auf festen Lohn angestellter Dienstverpflichteter solchenfalls seinen Lohn, so kann ein auf Provision und Spesen Angewiesener den Betrag der ihm entgangenen Provision und Spesen beanspruchen.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 93. I. Literatur. 1. Reichel, Über Vertragsvermittlung durch den Mäkler, DJZ. **12** 446 f. Ein Vortrag an der Hand des deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechtes und insbesondere des im österr. Justizministerium gefertigten Entwurfes eines Handlungsgehilfengesetzes, in dem auch das Mäklerwesen behandelt wird (§ 28). Im Sinne des Mäklerlohnversprechens ist der angestrebte Vertragsschluß zustande gekommen, wenn der Auftraggeber sich mit seinem Geschäftsgegner bindend und definitiv geeinigt hat. Ein bindendes Vertragsangebot genügt noch nicht, auch bei sinnloser Ablehnung nicht. Dagegen genügt ein sog. Vorvertrag. Ein nichtiger Vertrag ist zustande gekommen, wenn die Nichtigkeit ausschließlich auf Unlauterkeit des Auftraggebers zurückzuführen, oder wenn Abschluß des nichtigen Vertrags Selbstzweck war (der Mäkler muß freilich gutgläubig sein), oder wenn das Geschäft trotzdem durchgeführt ist. Ist das Geschäft bedingt oder mit Rücktrittsvorbehalt geschlossen, so ist die Provision zunächst verdient, bei Eintritt des Auflösungsgrundes aber zurückzuzahlen, es sei denn, die Auflösung gereiche dem Auftraggeber zum Vorteil oder doch nicht zum Nachteile. Ist das Geschäft den Interessen des Auftraggebers zuwider oder faktisch unerfüllbar (Zahlungsunfähigkeit), so ist die Provision verwirkt, wenn der Mäkler arglistig oder grobfahrlässig handelte.

2. Reichel, Vertragsvermittlung durch den Mäkler, ÖstZBl. **12** 299—305. Der Verf. behandelt sowohl nach deutschem wie nach österreichischem Rechte die Frage, wann der Auftraggeber dem Mäkler gegenüber den Vertragsabschluß als erfolgt gelten lassen muß. Grundsätzlich dann ist die Provision verdient, wenn der Zweck des Mäklervertrags erreicht ist. Der Verf. untersucht dann, wann im einzelnen dieser Zweck erreicht ist. I. Der zwischen dem Auftraggeber zu tätigende Vertrag muß 1. abgeschlossen, 2. verbindlich, 3. unbedingt geworden sein. II. Trotz der Nichtigkeit des zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten geschlossenen Vertrags ist der Zweck des Mäklervertrags erreicht und demgemäß die

Provision verdient, wenn die Nichtigkeit 1. unschädlich geworden oder 2. bei Vorhandensein aller sonstigen Gültigkeitserfordernisse nur auf einem Umstand beruht, den der Auftraggeber ohne Mitwissen des Mäklers in sittlich zu mißbilligender Weise gesetzt hat (gegen Judikatur des **RG.**), oder 3. vom Auftraggeber gewollt ist, wofern der Mäkler an der Anstößigkeit nicht teilnahm. Der Hauptvorfall ist das Scheingeschäft.

3. Reichel, Anspruch des Mäklers auf Mitteilung und Aufklärung über den Vertragsschluß, SächsRpflA. **12** 433—436. Der Verf. nimmt an, daß der Mäkler, der über Abschluß oder Nichtabschluß im Dunkeln bleibt, gegen den Auftraggeber einen Anspruch sowohl auf Mitteilung wie auf Auskunft über den Vertragsschluß habe, indem er unter dem ersteren Anspruche versteht, daß der Schuldner dem Gläubiger von einem Ereignis unaufgefordert sofort Kunde gibt, — unter letzterem, daß der Schuldner dem Gläubiger auf dessen Frage wahrheitsgemäß Rede und Antwort steht. (S. a. BGB. § 652 Ziff. V).

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **24** 286 f. (Posen). Kauf oder Mäklervertrag? Der Kläger, Güteragent A., hat mit dem Beklagten B. 1910 schriftlich vereinbart: „B. übertrug seine Besitzung von etwa 48 Morgen zum Verkaufe für 18 000 M., einen Mehrerlös nimmt A., wofür er sämtliche Kosten tragen muß. Stellt sich die Besitzung größer heraus, so wird zwischen ihnen zur Hälfte geteilt.“ Hierauf hat der Beklagte durch Vermittlung des Klägers sein Grundstück, das nur 46 Morgen groß war, für 19 200 M. verkauft. Der Kläger beanspruchte den 18 000 M. übersteigenden Betrag von 1200 M., wurde aber abgewiesen. Der Vertrag läßt klar erkennen, daß nicht ein Mäklervertrag, sondern ein Kauf vorliegt. Der Beklagte hat sein Grundstück dem Kläger zur freien Verfügung überlassen, und der Kläger ihm hierfür 18 000 M. bar zu zahlen. Die Urkunde spricht freilich von einer Übertragung „zum Verkaufe“. Aber hiermit ist nur ausgedrückt, daß der Kläger die Grundstücke zum Weiterverkaufen, und zwar, was aus anderen Umständen hervorgeht, zum Weiterverkauf in Parzellen erwerben wollte. Es sind also Beweggründe und Zweck des Ankaufs angegeben. Diese Angabe ist vielleicht nicht ohne jede Bedeutung für die Fälligkeit des vom Kläger zu zahlenden Kaufpreises; für die Kennzeichnung des Vertrags ist sie bedeutungslos, führt besonders nicht zu der Annahme eines Vollmachts-, Dienst- oder Mäklervertrags. Hier ist unzweideutig ein Kaufvertrag beurkundet, also gar nicht versucht worden, den wirtschaftlichen Erfolg eines Kaufes durch äußere Verkleidung der Vertragsbestimmungen, durch Einkleidung in die äußere Form einer Vollmacht mit Unwiderruflichkeit und Bindung des Bevollmächtigten zu erreichen.

2. **RG. 76** 250, DNotV. **12** 724. Die Vermittlung der Gewährung von Bankkredit gehört zu den Bankiergeschäften. Die gewerbsmäßige Vermittlung erfüllt also den Begriff des Handelsmäklers, auch wenn die Vermittlung wesentlich nur der Vermittlung von hypothekarischen Darlehen dient.

§ 95. HansGZ. **12** Hptbl. 220—222 (Hamburg). Hat ein — eine größere Anzahl von Reedereien vertretender — Agent ohne Bezeichnung einer bestimmten Reederei einen Frachtvertrag für eine von ihnen geschlossen, so handelt es sich um eine Abmachung, die analog dem im § 95 HGB. geregelten Verhältnis ist, im wesentlichen nur den Unterschied aufweist, daß es sich hier nicht um einen den Abschluß eines Vertrags vermittelnden Handelsmäkler, sondern einen mit gleichem Zwecke handelnden Agenten mehrerer in Frage kommender Gegenreflektanten handelt, bei der aber in gleicher Weise der Vertragsgegner dem Vermittler die Auswahl der Gegenkontrahenten überließ und der Vermittler die Garantie für das Zustandekommen des Geschäfts übernahm.

§ 98. RG. DJZ. **12** 515, R. **12** Nr. 735. Der Mäkler muß auf Grund der bestehenden Treupflicht dem Auftraggeber alle für ihn wichtigen, auf das abzu-

schließende Geschäft bezüglichen Tatsachen mitteilen, insbesondere ihn vom Abschluß eines für ihn bereits getätigten Vertrags unterrichten. Diese Pflicht verletzte er, indem er unter Verschweigen des Kaufvertrags, den er für den Auftraggeber geschlossen, sich einen neuen Mäklerauftrag und ein Provisionsversprechen erteilen ließ. Jenes Verschweigen berechtigte den Auftraggeber zur Anfechtung des Provisionsversprechens wegen arglistiger Täuschung.

§ 99. I. Allgemeines. **RG.** LeipzZ. **12** 149. Daß ein Provisionsversprechen für erfolglos scheinende Mäklertätigkeit keine Schenkung ist, wurde bereits wiederholt entschieden.

II. Voraussetzungen des Anspruchs auf Mäklerlohn. 1. **RG.** JW. **12** 240 Nr. 8, LeipzZ. **12** 223. Der Mäklerlohn für die Verschaffung eines Darlehens ist in der Regel nur dann zu entrichten, wenn der Darlehnsvertrag durch die Hingabe des Darlehens zustande gekommen ist. Durch Vereinbarung kann davon abgewichen werden. Dabei ist auf die Verkehrssitte und unter Kaufleuten auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen. Nach einem Handelsgebrauche des Berliner Grundstücks- und Hypothekenverkehrs aber gilt die Provision für eine Hypothekenvermittlung dann als verdient, wenn ein rechtsverbindlicher Darlehnsvertrag über die Hingabe und Annahme des Kapitals in dem Sinne geschlossen ist, daß der Geldgeber zur Hingabe, der Geldnehmer zur Annahme verpflichtet ist. (S. a. BGB. § 652 Ziff. II b)

2. SeuffA. **67** 136 f. Nr. 76 (Dresden). Für den Anspruch auf Mäklerprovision genügt es, daß der Auftraggeber vor einer erforderlichen Beurkundung, wenn auch erst nach dem mündlichen Abschlusse des Vertrags Kenntnis von der Vermittlertätigkeit erhält.

3. MecklZ. **30** 266—270 (268) (Rostock). Hat der Mäkler denjenigen Käufer, mit dem der Handel zustande gekommen ist, nachgewiesen und ist in der Folgezeit der Kauf abgeschlossen, ohne daß etwa die Länge der Zwischenzeit einen Zusammenhang beider Tatsachen ausschließt, so ist von dem Mäkler ein weiterer Beweis für die Kausalität seines Verhaltens regelmäßig nicht zu verlangen, sondern es ist Sache des Auftraggebers, das Gegenteil darzutun (vgl. auch JW. **02** Beil. 232 u. BGB. § 652 Z. II 2 a).

4. MecklZ. **30** 266—270 (Rostock). Wenn einem Gütermäkler eine in einem Prozentsatze bestehende Provision für den Fall des Verkaufs des Gutes zugesagt wird, so läßt das Zustandekommen des Kaufgeschäfts nicht als ein äußeres Ereignis, auf welches der Eintritt der gewollten Wirkung von den Parteien abgestellt ist, sondern nur als Erfolg einer Tätigkeit des Mäklers die Zahlungspflicht entstehen. Allerdings bedarf es nicht der Vermittlung des Abschlusses seitens des Mäklers, es genügt vielmehr die kausale Nachweisung des Käufers.

5. BayRpflZ. **12** 202 f. (Nürnberg). Muß angenommen werden, daß nach dem Willen der Vertragsteile der Tauschvertrag erst mit der Erklärung der Auflassung bindend zustande kommen sollte, so kann der Mäklerlohn erst mit dieser beansprucht werden.

III. Vermittlung anfechtbarer Geschäfte. **RG. 76** 354—356, SeuffA. **67** 139—141 Nr. 78 (schon zit. JDR. **10** 604 IV 1). Der Mäkler hat keinen Lohnanspruch, wenn der vermittelte Kauf wegen Betrugs des Auftraggebers nichtig war.

IV. Widerruf. **RG. 76** 361—364, SeuffA. **67** 137—139 Nr. 77 (schon zit. JDR. **10** 603 II 5). Über die Folgen des Widerrufs beim Mäklervertrage mit Verzicht des Auftraggebers auf Widerruf und über die Beweislast.

Zweites Buch. Handelsgesellschaft und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. 1. Begriff der offenen Handelsgesellschaft. a) R. 12 Nr. 1540 (Zweibrücken). Im Unterhandeln unter einer Sachfirma liegt noch nicht notwendig das Gebahren einer oHG. mit der Folge samtverbindlicher persönlicher Haftung. b) **KGJ. 41** A 117, RJA. **11** 200, ZBlFG. **13** 87, DNotV. **12** 730, R. **12** Nr. 1668. Ein nicht rechtsfähiger Verein, der unter einer Firma ein Vollhandelsgewerbe betreibt, stellt sich auch dann als oHG. dar, wenn in seinen Satzungen die Haftung der Mitglieder auf eine Einlage beschränkt ist. Denn die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter tritt ohne weiteres kraft Gesetzes ein, falls die sonstigen Voraussetzungen einer oHG. vorliegen. Durch Statutenvorschriften läßt sich diese unbeschränkte Haftung nicht beseitigen; eine solche Bestimmung, die die Haftung der Mitglieder auf Einlagen beschränkt, hat nur Bedeutung im inneren Verhältnisse der Gesellschafter untereinander. c) **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 24, LeipzZ. **12** 158. oHG. nach außen, anderes Rechtsverhältnis nach innen. Vgl. unten e. d) oHG. von Minderkaufleuten vgl. §§ 114 Ziff. 1, 128, Ziff. 5a e) Mehrere Erben eines Firmeninhabers als oHG. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 24, LeipzZ. **12** 157, DNotV. **12** 732. Die Parteien haben mit ihrer Mutter das Handelsgeschäft des Vaters im Erbweg erworben. Dadurch allein entstand freilich zwischen ihnen noch keine Handelsgesellschaft. Auch ist es an sich richtig, daß denkbarerweise trotz der Registereintragung eine oHG. im inneren Verhältnisse zwischen den Personen, die nach außen hin offene Gesellschafter darstellen, andere Rechtsbeziehungen als die der Gesellschaft bestehen. Angesichts einer von allen Beteiligten bewirkten Registereintragung wird man das aber nur annehmen dürfen, wenn eine ausdrücklich hierauf gerichtete Willenseinigung dargetan wird. Der Regel nach wird, wer sich als oHG. eintragen läßt, nicht nur nach außen die Pflichten eines solchen übernehmen sondern auch nach innen dessen Rechte erwerben. Daher kann aus dem bloßen Fehlen eines besonderen Vertrags, der die inneren Beziehungen regelt, nichts geschlossen, werden; vielmehr stellt die gemeinschaftlich bewirkte Eintragung selbst diesen Vertrag dar. f) RheinARV. **30** 99 (LG. Bonn). Erbt ein in allgemeiner Gütergemeinschaft lebender Ehegatte ein Handelsgeschäft, so fällt dieses in das Gesamtgut. Wird nunmehr das Geschäft fortgesetzt, so liegt darin der stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrags und es entsteht zwischen den Eheleuten eine oHG. Vgl. ZBlFG. **9** 252.

2. oHG. als Teilhaberin einer anderen oHG. OLG. **24** 170, DNotV. **12** 730, R. **12** Nr. 920 (Stuttgart). Das Wesen der oHG. besteht darin, daß von einer Gesellschaft, also von einer Mehrheit von Personen, unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgeschäft betrieben wird. Damit ist unvereinbar, daß die oHG. ihre Geschäfte teilweise unter einer anderen Firma macht; dies wäre aber der Fall, wenn die oHG. als solche Mitglied einer anderen oHG. wäre, weil diese andere oHG. wiederum unter ihrer besonderen Firma aufzutreten hätte. Ebenso **RG. 36** 139.

3. GmbH. als Teilhaberin einer oHG. BayObLG. **13** 69, SeuffA. **67** 470, SeuffBl. **12** 395, DNotV. **12** 731, BayRpflZ. **12** 180, R. **12** Nr. 1231 In der früheren Literatur und Rechtsprechung wird die Frage vorwiegend verneint. Ebenso nach Staub, HGB. § 105 Anm. 22 u. Goldmann aaO. Anm. 25. AM. Staub-Hachenburg, GmbH., Parisius-Crüger, Neukamp. Aus der Verfassung oder dem Wesen der GmbH. ergeben sich Gründe für Verneinung der Frage nicht, insbesondere nicht aus der Vorschrift, daß die

GmbH. ihr Unternehmen nur mit ihrer Firma bezeichnen darf (vgl. § 161, Ziff. 4). — Gegen die Entscheidung des BayObLG. wendet sich DNotV. 12 731 unter Bezugnahme auf das vorstehend abgedruckte Urteil des OLG. Stuttgart.

4. Rechtliche Selbständigkeit des Vermögens einer oGH. a) **RG.** JW. 12 748, LeipzZ. 12 924, R. 12 Nr. 1775—1776. Die oHG. bildet zwar keine juristische Person, sondern nur eine Abart der Gesellschaft des BGB. Schon für diese gilt jedoch der Satz, daß das Gesellschaftsvermögen für die Zwecke der Gesellschafter dergestalt zusammengefaßt wird, daß der Wille des einzelnen als solcher in Bezug darauf unwirksam ist (§ 719 BGB.). Die von einem einzelnen Gesellschafter über einen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstand getroffene Verfügung ist, auch soweit der Gegenstand bei der einstigen Teilung auf seinen Anteil entfallen sollte, die Verfügung eines Nichtberechtigten und unterliegt den für solche geltenden Grundsätzen. Die Klagerhebung stellt sich aber als eine Verfügung im Sinne des § 719 dar. Daraus ergibt sich, daß nicht nur die beiden Mitgesellschafter zur Geltendmachung des nur dem dritten Gesellschafter für seine Person zustehenden Anspruchs nicht berechtigt sind, sondern daß auch dieser Dritte dieses sein Recht nicht als solches der oHG. zu verfolgen berechtigt ist. Deshalb ist die Klage der oHG., da feststehendermaßen der erhobene Anspruch nicht der oHG., sondern nur dem einen Gesellschafter zusteht, ganz abzuweisen; es kann nicht etwa entschieden werden, daß der Anspruch dem dritten Gesellschafter zuzusprechen sei, weil dieser als Mitgesellschafter auch Mitkläger sei (vgl. § 124 Ziff. 2a.). b) **RG.** LeipzZ. 12 309. Nach der in der Rechtsprechung des RG. anerkannten Anschauung sind Träger der im Gesellschaftsvermögen vereinigten Rechte und Verbindlichkeiten die Gesellschafter. Aber das Gesellschaftsvermögen ist von dem Privatvermögen der Gesellschafter rechtlich und tatsächlich gesondert, und in Ansehung dieser beiden Vermögenssphären sind von der Einzelperson des Gesellschafters die für den Gesellschaftszweck zur gesamten Hand verbundenen Gesellschafter in ihrer Vereinigung streng geschieden.

5. Umwandlung. R. 12 Nr. 2579 (KG.). Einbringen einer oHG. mit oder ohne Firma mit allen Aktiven und Passiven in eine GmbH., Anmeldung zum Register vgl. § 4 GmbHG.

6. Zweigniederlassung. **RG. 77** 60, RJA. 11 187, JW. 11 948, ZBlFG. 13 77, DNotV. 12 732, R. 11 Nr. 3569. Die abgesonderte Veräußerung einer Zweigniederlassung mit Firmenübertragung ist zulässig. So schon BayObLG. 4. 10. 01; die gegenteilige Ansicht des KG. wurde vom RG. verworfen.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander.

§ 112. SeuffA. **67** 105, R. 12 Nr. 1538 (Dresden). Ein Wettbewerbsverbot gilt auch für die Zeit der Liquidation.

§ 113. Verjährung des Anspruchs auf Vertragsstrafe. R. 12 Nr. 1539 (Dresden). Der Anspruch auf Vertragsstrafe wegen verbotenen Wettbewerbes verjährt erst in 30 Jahren.

§ 114. Pflicht zur Führung von Handelsbüchern bei oHG. mit geringem Umsatze. **RG.** SächsRpflA. 12 426, DJZ. 12 1299. Die Pflicht zur Führung der Handelsbücher fällt nicht deshalb weg, weil die Gesellschaft während ihres Bestehens einen Geschäftsbetrieb von nur sehr geringem Umfange gehabt habe und deshalb trotz ihrer Eintragung als Vollkaufmann nicht zu erachten sei. Entscheidend ist, ob eine oHG. im Sinne des HGB. in Frage steht. Durch Vereinigung zum Betrieb eines Handwerks- oder eines Kleingewerbes kann eine oHG. niemals begründet werden; denn es gehört zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen, daß der Gegenstand ihres Unternehmens ein Gewerbebetrieb im großen ist. Ob es sich aber um eine oHG. handelt, hat das HGB. nicht davon abhängig gemacht,

in welchem Umfange die Geschäfte tatsächlich betrieben werden, sondern ausschließlich von dem Zwecke, zu dem der gemeinschaftliche Betrieb vereinbart wird. Geht dieser Zweck auf den Betrieb eines über die Grenzen des Kleingewerbes hinausgehenden Handelsgewerbes, so liegt eine oHG. vor. (Vgl. auch § 128 Ziff. 5a β.)

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123. Haftung der Gesellschafter bei Nichtbestehen einer oHG. BayRpflZ. 12 201 (Zweibrücken). Wenn unter Zustimmung aller Gesellschafter Dritten gegenüber das Bestehen einer nicht bestehenden oHG. kundgegeben, insbesondere im Handelsregister eingetragen wird, dann haften die Gesellschafter dem Dritten, und zwar wohl auch dann, wenn der Dritte gewußt hat, daß die Gesellschaft nicht ins Leben getreten sei (aM. **RG.** JW. **98** 163). Aber Voraussetzung ist (vgl. Staub § 123 Anm. 9 u. 10), daß alle Gesellschafter — regelmäßig durch den Antrag auf Eintragung — erklärt haben, als offene Handelsgesellschafter haften zu wollen. Aus dem Gebrauch einer Firma allein muß, auch wenn alle Gesellschafter mit deren Führung einverstanden waren, noch nicht die Erklärung der Gesellschafter gefolgert werden, daß sie sich als oHG. des deutschen Rechtes behandeln lassen wollten, wenigstens nicht in dem vorliegenden Falle, wo es sich um den Beginn einer Tätigkeit im Auslande handelte. Bei dieser Sachlage bedeutet die Führung der Firma nicht mehr, als daß sich mehrere zu diesem Zwecke verbunden haben.

§ 124. 1. **RG.** NaumburgAK. **12** 26. Darlehnsgewährung seitens mehrerer Ehefrauen aus dem der Verwaltung und Nutznießung der Männer unterliegenden Vermögen an die von den Ehemännern gebildete oHG.; Anspruch der Frauen wegen der Zinsen im Konkurse der oHG.

2. Die oHG. im Prozesse. a) Geltendmachung eines nur einem Gesellschafter zustehenden Anspruchs durch die oHG. **RG.** JW. **12** 748, LeipzZ. **12** 924, WarnE. **5** 364, R. **12** Nr. 1776. Ist die Klage von der oHG. erhoben, während tatsächlich der Anspruch nur dem einen der mehreren Gesellschafter zusteht, dann ist es nicht zulässig, wenn der Anspruch des Gesellschafters begründet ist, seiner Klage unter Abweisung der Klage der anderen Mitgesellschafter stattzugeben, vielmehr ist die Klage ganz abzuweisen. Das folgt aus der rechtlichen Selbständigkeit des Vermögens einer oHG. gegenüber dem Sondervermögen ihrer einzelnen Mitglieder. Vgl. oben § 105 Ziff. 4. **b)** Teilurteil gegen einen Gesellschafter. **RG.** LeipzZ. **12** 222. Der gegen die Gesellschaft gerichtete Anspruch richtet sich ohne weiteres gegen die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung als oHG. Es wird also nicht etwa ein besonderer Anspruch gegen die „Gesellschaft" als ein selbständiges Rechtssubjekt und daneben ein anderer gegen die „Gesellschafter" geltend gemacht. Der gegen die Gesellschaft geltend gemachte Anspruch geht also von vornherein gegen „mehrere" und ist in Wahrheit nicht ein Anspruch, sondern besteht aus mehreren äußerlich zusammengefaßten Ansprüchen. Da also eine Mehrheit von Ansprüchen vorliegt, so ist auch ein Teilurteil gegen einen einzelnen Gesellschafter zulässig. Unzulässig ist das nur dann, wenn der Anspruch nur einheitlich festgestellt werden kann. **c)** Eidesleistung für die oHG. HansGZ. **12** 11, BauersZ. **19** 117 (Hamburg). Nach §§ 473, 474, 472 ZPO. muß die Eideszuschiebung an alle Vertreter erfolgen, die im besonderen Falle zu schwören haben. Trotzdem kann die allgemeine Eideszuschiebung nicht ohne weiteres als unwirksam erachtet werden. Stellt sich heraus, daß infolge ungenauer Bezeichnung der Partei die Zuschiebung an die nicht in Betracht kommenden Vertreter erfolgt ist und dementsprechend auch das Urteil bei der Eidesauflage dem wahren Sachverhalte nicht Rechnung trägt, so steht einer sinngemäßen Anwendung des § 471 ZPO. nichts im Wege.

§ 125. Gesamtvertretung. Übertragung der Vertretungsmacht. RG. BauersZ. **19** 242. Wenn nach dem Statute die zwei geschäftsführenden Gesellschafter nur kollektiv zeichnen dürfen, dann ist eine Übertragung der gesamten Vertretungsmacht seitens des einen geschäftsführenden Gesellschafters auf seinen Mitvorstand unzulässig, weil dadurch das geforderte Zusammenwirken zweier Vorstandsmitglieder tatsächlich beseitigt, die in diesem Zusammenwirken liegende Gewähr einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung wegfallen würde. Auch § 664 BGB. spricht dagegen, wonach der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrags einem Dritten nicht übertragen darf.

§ 128. Haftung der Gesellschafter. 1. Haftungsbeschränkung. Wirkung einer Statutenbestimmung, daß die Haftung der Gesellschafter auf eine Einlage beschränkt sein soll (vgl. KG. bei Ziff. 1b § 105).

2. Haftung der Gesellschafter bei Anfechtbarkeit des Gesellschaftsvertrags. BauersZ. **19** 90 (Dresden). Die in der Eintragung einer oHG. enthaltene Erklärung der Gesellschafter über das Entstandensein der Gesellschaft ist absoluter Natur und hat selbständige Bedeutung; sie enthält die öffentlich abgegebene Versicherung der Gesellschafter, miteinander eine oHG. eingegangen zu sein, also für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 128 bzw. § 28 HGB. zu haften. Jeder Dritte kann sich auf diese Erklärung verlassen. Eine etwaige Anfechtung des Gesellschaftsvertrags kann, wenn die Eintragung der Gesellschaft erfolgt ist, nur gegen den Mitgesellschafter, der sich bei der Eingehung eines Betrugs schuldig gemacht hat, nicht gegen dritte Wirkungen äußern.

3. Anspruch auf Rückzahlung eines von einem Gesellschafter gegebenen Darlehens. RG. JW. **12** 47. Ein Gesellschafter kann während des Bestehens einer oHG., sei es auch im Liquidationsstadium, seinen Anspruch auf Rückzahlung eines für Zwecke der Gesellschaft gegebenen Darlehens gegenüber den Mitgesellschaftern nicht geltend machen, sondern muß sich, solange er Gesellschafter ist, seinen Mitgesellschaftern gegenüber ausschließlich auf das Gesellschaftsvermögen verweisen lassen. So die ständige Rechtsprechung des RG. Ob etwa eine andere Beurteilung sich rechtfertigen ließe, wenn auf Grund besonderer Vereinbarung dem Gesellschafter mit Bezug auf seine Gläubigerschaft die Stellung eines Dritten eingeräumt wäre, war hier nicht zu entscheiden. (Vgl. § 713 BGB.)

4. RG. LeipzZ. **12** 912, R. **12** Nr. 3414. Ist ein Gesellschafter Erbe eines Darlehensgläubigers der Gesellschaft geworden, so kann er während des Bestehens der Gesellschaft sich nur an das Gesellschaftsvermögen halten.

5. Haftung ausscheidender Gesellschafter. a) Besteht bei einer oHG. von Minderkaufleuten eine Haftung des ausscheidenden Gesellschafters für vor seinem Beitritt oder nach seinem Austritt kontrahierte Schulden? α. OLG. **24** 129 (Hamm). Kläger stützt seinen Anspruch darauf, daß die Gesellschaft durch die Firmenführung nach außen hin als oHG. aufgetreten sei und daß nach dem Ausscheiden der Beklagten der andere Teilhaber die alte Firma weitergeführt habe. Aus diesem Umstande würde die Haftbarkeit des Beklagten in dem Falle zu folgern sein, daß Beklagter es gewußt und geduldet hätte, daß nach seinem Ausscheiden die Firma weitergeführt werde. β. OLG. **24** 130 (Hamburg). § 128 u. § 123 setzen das Bestehen einer oHG. im Sinne des § 105 voraus. Da im vorliegenden Falle der nicht im Handelsregister eingetragenen Firma stets das Wort „Reparaturwerkstätte" beigefügt wurde, der Betrieb einer Reparaturwerkstätte aber kein Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne des § 105 ist, und durch die Beifügung der erwähnten Bezeichnung klargestellt wurde, daß es sich um kein Handelsgewerbe handle, findet § 128 keine Anwendung. Aber auch dann, wenn es sich um den Betrieb eines Handelsgewerbes handelt, kann bei einer Gesellschaft ohne eingetragene Firma eine Solidarhaftung der Teilhaber nur für

solche Vorgänge angenommen werden, die dem Geschäftsbeginne nachfolgen, und ein Geschäftsbeginn kann nur in solchen Akten erblickt werden, die mit Willen aller Gesellschafter erfolgen. (Vgl. § 114.) **b) RG.** LeipzZ. **12** 548, HoldheimsMSchr. **12** 158, R. **12** Nr. 1541. Mag es auch bei langfristigen Lieferungsverträgen oft so liegen, daß der Verkäufer, wenn er in Kenntnis vom Ausscheiden eines Gesellschafters liefert, damit auf dessen Haftung für den Kaufpreis verzichtet, so liegt doch im allgemeinen kein Grund vor, zu bezweifeln, daß die Haftung des Gesellschafters für die vor seinem Ausscheiden begründeten Verpflichtungen sich auch auf langfristige Lieferungsverträge erstreckt. Eine Haftungsbefreiung kann nur angenommen werden, wenn besondere Umstände dafür sprechen. Der ausgeschiedene Gesellschafter kann zur Begründung des Ausschlusses seiner Haftung auch nicht geltend machen, daß der Verkäufer bezüglich seiner Lieferung von dem Rechte des § 321 BGB. hätte Gebrauch machen müssen, da ihm bekannt gewesen sei, daß die Vermögensverhältnisse der oHG., deren Gesellschafter der Ausgeschiedene war, sich inzwischen wesentlich verschlechtert hätten.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft. Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131. 1. Auflösung. *Meyer, Rechtsschein des Todes 32. Auch der durch die Todeserklärung eines Gesellschafters begründete Rechtsschein vermag die Auflösung einer Gesellschaft herbeizuführen. (Vgl. § 18 BGB.)

2. Erlöschen einer in eine neugegründete GmbH. übergehenden oHG. RheinARB. **30** 114, R **12** Nr. 2579 (KG.). Richtig ist, daß die Firma einer oHG. noch nicht deshalb notwendig erlöschen muß, weil die oHG. nach Übertragung ihres Geschäftsvermögens auf ein anderes Unternehmen und Ausgleichung der nicht mitübertragenen Schulden unter den bisherigen Gesellschaftern ihr Ende gefunden hat; denn die Firma besteht auch in einem solchen Falle noch weiter, wenn sie mit dem von der oHG. betriebenen Geschäft auf eine andere Gesellschaft übertragen und von dieser weiter geführt wird. Im vorliegenden Falle hat aber die GmbH. nicht etwa die Firma weitergeführt, sondern sich einer Firma bedient, die von jener durchaus verschieden ist. Damit ist die Firma erloschen. Ihre Löschung hätte allerdings nicht ohne besondere Anmeldung erfolgen dürfen. Hat aber der Registerrichter die Löschung versehentlich von Amts wegen vorgenommen, so kann die erfolgte Löschung gleichwohl nicht wieder beseitigt werden, weil sonst der wahre Rechtszustand im Register beseitigt werden würde.

3. Konkurs der oHG. **RG.** R. **12** Nr. 2096. Ist eine in Konkurs geratene oHG. nach Abschluß eines Zwangsvergleichs von den Gesellschaftern fortgesetzt worden, so bedarf es zur Fortführung eines gegen die Gesellschaft vor Konkurseröffnung anhängig gewesenen Prozesses keiner besonderen Aufnahme des Verfahrens.

§ 133. Auflösung auf Antrag eines Gesellschafters. 1. Vorläufig vollstreckbares Urteil, einstweilige Verfügung auf Auflösung. a) Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 171, verneint die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, da die einstweilige Verfügung nichts anordnen darf, was mit dem definitiven Spruche sich deckt, und da eine vorläufige Vollstreckbarkeit einen irreparabeln Zustand herstellen würde, an dem ein höherinstanzielles Urteil nichts restaurieren könne. **b)** R. **12** Nr. 1671 (KG.). Auf Grund eines auf Auflösung der Gesellschaft lautenden vorläufig vollstreckbaren Urteils kann die Eintragung der Auflösung und die Ernennung von Liquidatoren nicht erfolgen, sondern erst nach Rechtskraft des Urteils (vgl. § 60 GmbH.).

2. Wichtige Auflösungsgründe. **RG.** SeuffA. **67** 412, LeipzZ. **12** 453, HoldheimsMSchr. **12** 157, R. **12** Nr. 1353. Nicht nur das Verschulden eines

Gesellschafters, sondern auch äußere Gründe aller Art, auch solche die auf Zufall beruhen, z B. auch solche ein gedeihliches Zusammenwirken der Gesellschafter ausschließende Handlungen eines Gesellschafters, die er infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit vorgenommen hat, können zu dem Antrag auf Auflösung der Gesellschaft ohne Kündigung berechtigen, sofern durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen wird, daß ein wichtiger Grund vorliegt (vgl. u. zu § 140).

3. Auflösungsklage; Klagänderung. Marcus, Holdheims MSchr. **12** 170. Eine Klagänderung liegt nicht vor, wenn der ursprünglich auf Verschulden des Beklagten gestützten Auflösungsklage die Entzweiung der Gesellschafter oder die Unerreichbarkeit des Gemeinschaftszwecks als Klagegrund substituiert wird.

4. Abs. 3. Marcus, R. **12** 313. Vereinbarung über Beschränkung oder Ausschluß der Auflösungsgründe aus Abs. 1 u. 2 sind trotz der Vorschrift des Abs. 3 nicht unter allen Umständen nichtig. Zunächst ist das sicher anzunehmen für nachträgliche Vereinbarungen. Weiter aber ist eine Vereinbarung zulässig, dahingehend, daß Auflösungsgründe aus der Person eines Gesellschafters nur als Ausschließungsgründe (§§ 140, 142) von den anderen sollen geltend gemacht werden dürfen.

§ 138. Ausscheiden eines Gesellschafters. *Meyer, Rechtsschein des Todes 31. Wird ein Gesellschafter für tot erklärt, so ist auf Grund des Todesscheins auch bei unrichtiger Todeserklärung der Rechtsschein der Anwachsung an die übrigen gegeben. Verfügen diese, während Gesamtvertretung angeordnet ist, über ein Gesellschaftsgrundstück oder über das Gesellschaftsgeschäft samt der Firma, so ist die Verfügung wirksam, obwohl § 2370 BGB. nicht unmittelbar anwendbar ist. (S. zu § 18 BGB.)

§ 139. Fortsetzung der oHG. mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters. **RG.** JW. **12** 475, LeipzZ. **12** 669, R. **12** Nr. 1232. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags „Stirbt ein Gesellschafter im Laufe der Kontraktsdauer, so führen die Überlebenden das Geschäft bis zum Ablaufe des Geschäftsjahrs mit für Rechnung der Erben des Verstorbenen fort und haben die überlebenden Gesellschafter dann die Wahl und das Recht, in Liquidation zu treten oder das Geschäft mit den Erben des Verstorbenen fortzusetzen oder für ihre alleinige Rechnung zu übernehmen" ordnet die einstweilige Fortführung nicht bloß des Geschäfts, sondern der Gesellschaft an, wenigstens bis zum Ablaufe des Geschäftsjahrs mit den Erben des Verstorbenen, und enthält insofern eine unbedingt dem § 139 Abs. 1 HGB. entsprechende Bestimmung. Die Wirkung ist, daß die Erben zunächst als Gesellschafter von Gesetzes wegen in die oHG. eingetreten sind, und zwar nicht die Erben in ihrer Gesamtheit als ein Gesellschafter, sondern jeder Miterbe als selbständiger Gesellschafter. Aus den während der einstweiligen Fortführung der Gesellschaft geschlossenen Geschäften haften die Erben als Gesellschafter, also nach § 128 HGB. persönlich als Gesamtschuldner. Wenn sonach die oHG. durch den Tod des Erblassers nicht aufgelöst worden ist, sondern bestimmungsgemäß jedenfalls bis zum Schlusse des Geschäftsjahrs fortdauert, so kann die weitere unveränderte Fortführung der Geschäfte nur entweder eine Verlängerung des einstweiligen Zustandes bedeuten oder die endgültige Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen. In jedem dieser beiden Fälle sind die Erben Gesellschafter und persönlich als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft verpflichtet.

§ 140. Ausschluß eines Gesellschafters. 1. Vereinbarung auf Beseitigung des Ausschließungsrechts. Marcus, R. **12** 313. Während § 133 Abs. 3 Vereinbarungen zum Ausschluß oder zur Einschränkung der Auflösungsgründe aus Abs. 1 u. 2 für nichtig erklärt, ist eine solche Bestimmung bei den Ausschließungsansprüchen nach §§ 140, 142 nicht getroffen.

Es sind also Vereinbarungen auf Beseitigung des Ausschließungsrechts unbedenklich gültig (OLG. 3 343). Ebenso Marcus, HoldheimsMSchr. 12 171.

2. Wichtiger Grund. Marcus, HoldheimsMSchr. 12 171. Der zulässige Gesellschafterausschluß ist pönalen Charakters, setzt also sozietätswidrige Verfehlung voraus. Nicht schlichte Auflösungsgründe, wie nach § 133, sondern Verschulden ist erforderlich. Veränderung des Schuldgrundes während des Prozesses gegenüber dem in der Klage geltend gemachten ist nur im Rahmen des § 264 ZPO. zulässig (s. oben zu § 133 Ziff. 1a).

3. Zeitpunkt der Wirksamkeit der Ausschließung. BadRpr. **12** 110 (Karlsruhe). Die Ausschließung kann nie im Wege der Einrede, sondern nur auf Klage oder Widerklage erfolgen. Erst die gerichtliche Entscheidung bewirkt den Ausschluß des Gesellschafters, mögen auch die Gründe, die die übrigen Gesellschafter zum Antrag auf Ausschluß veranlaßt haben, schon vorher bestanden haben; die im § 140 Abs. 2 enthaltene Vorschrift, daß für die Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschlossenen Gesellschafter die Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkte der Erhebung der auf Ausschließung gerichteten Klage maßgebend ist, bezieht sich lediglich auf die Auseinandersetzung selbst, nicht auf die Frage, wann die Ausschließung wirksam wird.

4. Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens des Ausgeschlossenen; Übergang des Rechnungslegungsanspruchs. OLG. **24** 131 (KG.). Daß ein ausgeschlossener Gesellschafter sein Auseinandersetzungsguthaben auf einen anderen übertragen kann, ist nicht zweifelhaft; bestritten dagegen, ob auch der Anspruch auf Rechnungslegung abgetreten werden kann. Allerdings ist für die Vorbereitung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben die Mitübertragbarkeit des Anspruchs auf Rechnungslegung unerläßliche Voraussetzung. Allein die Aufdeckung solcher Rechnung durch die Gesellschaft dritten Personen gegenüber widerstreitet ihren Interessen regelmäßig, so daß der Anspruch auf Rechnungslegung nach dem im Gesellschaftsvertrag ausgedrückten oder mutmaßlichen Willen der Gesellschafter immer nur diesen persönlich zustehen soll. (Vgl. § 717 BGB.)

§ 142. Geschäftsübernahme durch einen von nur zwei Gesellschaftern. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 539, R. **12** Nr. 1777. Keine Übertragung des § 142 auf die Gesellschaft des BGB. oder auf die stille Gesellschaft. (Vgl. § 723 BGB. Ziff. 1.)

2. Übergang der Gesellschaftsgrundstücke. R. **12** 248 (Bay. VGH.). Das Miteigentum des ausscheidenden Gesellschafters an den Gesellschaftsgrundstücken geht mit der Übernahme von Rechts wegen, also ohne dinglichen Übertragungsakt und ohne Auflassung über.

3. Vereinbarung über Beseitigung des Ausschließungsrechts s. § 140 Ziff. 1.

4. Bedeutung und Wirkung des Ausschließungsurteils. Marcus, R. **12** 313. Das Urteil ist konstitutive Entscheidung a) auf Auflösung der Gesellschaft, b) auf Geschäftsübereignung an den Kläger unter Ausschließung der anderen. Sein Ausschließungsrecht, sein Recht auf Geschäftsübernahme hat Kläger durch Klagerhebung ausgeübt. Damit erledigt sich auch das Erfordernis einer besonderen Übernahmeerklärung nach ergangenem Urteile gegenüber dem Beklagten. Für diesen wirkt also das Urteil auch insoweit, daß nicht etwa der Gegner noch ein Rücktrittsrecht hätte; Sozietätsbeendigung und Geschäftsübergang sind durch das Urteil vollzogen. Diese Wirkung tritt auch ein (**RG. 68** 410), wenn das Urteil sich nicht auf § 142, sondern auf eine Vereinbarung des Inhalts gründet, daß ein Gesellschafter bei Auflösung das ganze Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt. Nach § 16 HGB. kann nach Rechtskraft des Urteils auch der Unter-

legene Anträge auf Eintragung der Veränderung beim Registergerichte stellen. Ebenso ist der Ausgeschlossene berechtigt, nunmehr die Auseinandersetzung zu betreiben. Ein Einwand des früheren Sozius, er habe seinerseits noch nicht auf Grund des Urteils die Geschäftsübernahme erklärt, ist ausgeschlossen. Bei bloß vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen kann die Auseinandersetzung einseitig nicht gefordert werden.

5. Voraussetzungen des Ausschließungsanspruchs. Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 171. Verschulden des Auszuschließenden ist Voraussetzung. Schuld oder Mitschuld des Klägers an den Ausschließungsgründen nimmt ihm das Recht aus § 142. Auflösungsgründe aus der Person beider stehen der Anwendbarkeit des § 142 entgegen.

6. Übernahme des Geschäfts nach Eintritt der Liquidation. **RG. 74** 62 erklärt die Klage auf Übernahme eines Geschäfts während der Liquidation der aus zwei Gesellschaftern bestehenden oHG. grundsätzlich und ganz allgemein für unzulässig. Ebenso erkennt **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 77: „Die Ausschließung eines Gesellschafters gemäß § 142 kann im Liquidationszustande der Gesellschaft nicht mehr stattfinden. Daher kann einer auf § 142 HGB. gestützten Klage nicht mehr stattgegeben werden, wenn die Gesellschaft infolge einer vor Erhebung der Klage erklärten Kündigung im Laufe des Rechtsstreits in Liquidation getreten ist." Gegen diese Ansicht wendet sich Fuchs, JW. **12** 267. Da § 142 Abs. 1 bei zweigliedriger Gesellschaft es für zulässig erklärt, daß vom Gerichte der eine Gesellschafter zur Übernahme des Geschäfts „ohne Liquidation" für berechtigt erklärt werden könne, so folgere das RG. allerdings formal richtig: „wenn die Gesellschaft schon aufgelöst und in Liquidation sei, so fehle die gesetzliche Voraussetzung und könne deshalb der Zweck der Bestimmung nicht mehr erreicht werden". Der eigentliche Grund für die Entscheidung des RG. und der ihm beipflichtenden Schriftsteller liege aber, wie Hachenburg, JW. **11** 430, und Düringer, RuW. **1** 57, ausgeführt hätten, in folgendem: „Ein langwieriger Prozeß könnte hier mehr Schaden als Nutzen stiften; das Geschäft könnte jahrelang nicht leben und sterben, weil man nicht wüßte, ob es endgültig liquidiert werden müsse, und für ein solches Geschäft sei eine gedeihliche Entwickelung ausgeschlossen." Gegen diese Begründung sei von Flechtheim, RuW. **1** 72, mit Recht darauf hingewiesen worden, daß jener Übelstand auch genau so auftrete bei einer während der Dauer des Gesellschaftsvertrags erhobenen Ausschließungsklage und daß die Aushilfsmittel hiergegen in einer beschleunigten Prozeßart und der Ausgestaltung des einstweiligen Verfügungsrechts zu suchen seien.

§ 143. Anmeldung der Auflösung und Zurückbehaltungsrecht. R. **12** Nr. 2875 (Hamburg). Bei der Anmeldung der Auflösung handelt es sich darum, eine bereits eingetretene Veränderung eines Rechtsverhältnisses vor der Öffentlichkeit zu verlautbaren. Diese Verlautbarung ist eine den eingetragenen Teilhabern im öffentlichen Interesse auferlegte, durch Ordnungsstrafe erzwingbare Pflicht. Der eine Gesellschafter kann deshalb nicht wegen Gegenforderungen gegen den anderen Gesellschafter diese Leistung zurückhalten.

§ 144. Fortsetzung der durch Konkurs aufgelösten Gesellschaft; Prozesse. **RG.** LeipzZ. **12** 384. Machen die Gesellschafter von der Befugnis des § 144 Gebrauch und setzen die aufgelöste Gesellschaft fort, so bedarf es für den Wiedereintritt der von vornherein mitbeklagten oHG. in den anhängigen Rechtsstreit einer besonderen Aufnahme des Verfahrens nicht.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145. 1. Liquidation und Liquidatorenernennung für eine nichtige oHG. KJA. **11** 277, BayerZ. **20** 20, ZBlFG. **13** 248, R. **12**

Nr. 2702 (KG.). Die Auflösung der Gesellschaft setzt begrifflich voraus, daß sie zu Recht bestanden hat. War also der ihr zugrunde liegende Gesellschaftsvertrag von vornherein nichtig, so kann von einer Liquidation oder Ernennung eines Liquidators keine Rede sein. Die Aktiengesellschaft verwandelt sich allerdings mit der Eintragung der Nichtigkeit nach § 311 in eine Liquidationsgesellschaft. Eine ähnliche Vorschrift gibt es aber für die oHG. nicht. Ist diese nichtig, so muß die Auseinandersetzung nach §§ 741 ff. BGB. erfolgen.

2. PosMSchr. **12** 100 (KG.). Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nicht befugt, im Falle der Auseinandersetzung nach Auflösung einer oHG. zur Beseitigung von Streitpunkten auf Antrag eines Beteiligten einen Sachverständigen zu ernennen; es bleibt für die Entscheidung solcher Punkte nur der Prozeßweg.

§ 146. 1. R. **12** Nr. 1671 (KG.). Ernennung von Liquidatoren auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils auf Auflösung der Gesellschaft unzulässig (vgl. oben zu § 133 Ziff. 1b u. GmbHG. § 60).

2. RheinARB. **12** 21 (KG.). Wenn das Registergericht auf Antrag eines Beteiligten Liquidatoren zu ernennen hat, so ist es nicht nur in der Auswahl der Persönlichkeiten frei, sondern auch bei der Zahl der zu ernennenden Liquidatoren an keinerlei Schranken, insbesondere nicht an die Zahl der Gesellschafter gebunden.

§ 147. Grund zur Abberufung eines Liquidators. OLG. **24** 136 (Braunschweig). Der Liquidator hat Hypothekzinsen unbezahlt gelassen, die ursprünglich Schulden des Antragstellers waren, deren Berichtigung aber die Gesellschaft übernommen hatte. Er rechtfertigt sich damit, daß der Antragsteller seinerseits die ihm gegen die Gesellschaft obliegenden Pflichten nicht erfüllt habe. Allein der Liquidator ist zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern nicht berufen und darf daher, wenn er dabei als Gesellschafter beteiligt ist, seine Amtsführung nicht von der Beurteilung abhängig sein lassen, die er als Gesellschafter bei dem Streite ausdrückt. Der Liquidator hätte deshalb die Hypothekzinsen, weil sie Gesellschaftsschulden waren, aus den Eingängen von anderen Ansprüchen begleichen müssen. War er der Überzeugung, daß der Antragsteller ihm obliegende Verpflichtungen gegen die Gesellschaft nicht erfüllt habe, so hatte er die nötigen Schritte, event. im Wege der Klage, zu tun. Das dagegen von ihm beliebte Verfahren bedeutet eine Verschleppung der Liquidation.

§ 157. OLG. **24** 171 s. schon JDR. **10** § 157.

Anhang.

I. Strafrechtliches. **RG.** BauersZ. **20** 19. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder einer oHG. nach § 240 Ziff. 1 u. 4 KO., wenn der mit der Führung der Handelsbücher beauftragte Gesellschafter sich der Erfüllung seiner Pflicht hartnäckig weigert und die übrigen Gesellschafter von den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln nach §§ 133, 140, 117 (Auflösung der oHG., Entziehung der Geschäftsführung) keinen Gebrauch gemacht haben.

II. Stempelrecht. 1. Preuß. Stempelsteuergesetz. a) Zu Tarifst. 22 c. **RG.** JW. **12** 702. Wenn mehrere Personen gemeinschaftlich ein Gewerbe betreiben und wenn daneben die gleichen Personen als oHG. einen weiteren Gewerbebetrieb haben, dann sind beide Betriebe Teile des gesamten von derselben Personenmehrheit geführten Gewerbebetriebs; denn Eigentümer des selbständigen Gesellschaftsvermögens und damit des von der Gesellschaft geführten Betriebs sind (arg. § 718 BGB. „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter"), da die oHG. keine selbständige Rechtsperson ist, nur die mehreren Gesellschafter. Daß das Recht der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen rechtlich anders organisiert ist, ist gleich-

gültig. Die Stempelpflicht bemißt sich hiernach nach der Gewerbesteuerklasse, zu der der gesamte Betrieb gehört. **b)** § 3 Abs. 3 und Tarifst. 25 u. 32. **RG.** R. **12** 387. Als „Einbringen" ist das Einlegen von Vermögenswerten in das Gesellschaftsvermögen nur insoweit zu verstehen, als das Entgelt in der Gewährung von Gesellschaftsrechten besteht. Soweit jemand für eingelegte Vermögenswerte ein anderweites Entgelt erhält, findet Tarifst. 32 Anwendung. Bei Einlegungsgeschäften, die aus eigentlichem Einbringen und gewöhnlicher Veräußerung gemischt sind, ist hiernach für letztere Tarifst. 32 anzuwenden. Eine Ausnahme findet in letzterer Beziehung nur bei dem Einlegen in eine der unter Tarifst. 25 a bezeichneten Gesellschaften (AG., AKG., GmbH.) deshalb statt, weil die Fassung der Spalte 4 der Tarifst. 25 c dazu nötigt. Bei Geschäften betr. die Einlagen in eine oHG. bleibt es aber bei der Regel (**RG. 68** 168). Die geschäftliche Anerkennung eines mündlich geschlossenen Geschäfts ist ebenso stempelpflichtig wie die schriftliche Abschließung. **c)** Anwendung des PrStempStG. auf das Einbringen in eine oHG.; Berechnung nach Tarifst. 32 als Veräußerungsvertrag. **RG.** SchlHolstAnz. **12** 124. Ein Einbringen in die Gesellschaft im Sinne der Tarifst. 25 liegt nur vor, wenn dem Einbringen die Gewährung gesellschaftlicher Rechte als Gegenleistung gegenübersteht; nur in diesem Umfange wird der Einbringende Gesellschafter. Soweit ein Gesellschafter dagegen Einlagen macht, die nicht als gesellschaftliche Leistungen bewertet werden, steht er der Gesellschaft wie jeder Dritte gegenüber und erhält von dieser die Vergütung des eingebrachten Vermögenswerts durch Zahlung oder in irgendeiner anderen Weise. Solches Einbringen stellt einen außerhalb des Gesellschaftsvertrags fallenden lästigen Veräußerungsvertrag dar, der nach Tarifst. 32 zu verstempeln ist. **d)** Anmerkung zu Tarifst. 25; Übergangsrecht. **RG.** ZAktWes. **12** 190, R. **12** 387. Der in Tarifst. 25 a, b verordnete Errichtungsstempel ist auch von im Auslande geschlossenen Gesellschaftsverträgen zu erheben, sofern die Gesellschafter ihren Sitz im Inlande nehmen oder im Inland eine Zweigniederlassung errichten; der Stempel wird aber nur erhoben, wenn die Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist. Ein besonderer Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der inländischen Zweigniederlassung ist nicht Voraussetzung der Stempelpflicht. Auch dann, wenn der Vertrag betreffend die Errichtung der ausländischen Gesellschaft schon vor dem 1. Juli 1909 beurkundet ist, tritt Stempelpflicht ein.

2. Sächsisches Recht. SächsRpflA. **12** 362. Stempelrechtliche Beurteilung eines Vertrags zwischen den Gesellschaftern einer bestehenden oHG. über die Regelung der gesellschaftlichen Verhältnisse und über die gleichzeitige Erhöhung der Einlagen von Gesellschaftern durch Zuschreiben von Gewinnanteilen zu ihrem Geschäftsguthaben.

3. Reichsstempelgesetz. **a)** Übergangsrecht. WürttRpflZ. **12** 31 (Stuttgart). Eine nach Inkrafttreten des RStempG. erfolgte Auflassung ist steuerpflichtig, auch wenn das Kausalgeschäft vorher vorgenommen worden ist. **b)** Tarifst. 11 a u. b. WürttRpflZ. **12** 31 (Stuttgart). Das Einbringen von Grundstücken in eine oHG. ist nicht steuerpflichtig nach Tarifst. 11 b; es kann aber nach Tarifst. 11 a steuerpflichtig sein. Zu unterscheiden ist dabei ebenso wie bei der AG. zwischen Einbringen von Grundstücken gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten und Übernahme der Grundstücke durch die Gesellschaft gegen anderweite Gegenleistung (Barzahlung, Schuldübernahme). Im ersteren Falle liegt kein vom Gesellschaftsvertrag unterschiedenes Rechtsgeschäft und deshalb auch keine Stempelpflicht vor; im letzteren ist ein stempelpflichtiges Veräußerungsgeschäft nach Tarifst. 11b gegeben. Ebenso **RG.** SchlHolstAnz. **12** 124 f. unten. Vgl. auch oben II, 1.

4. Badisches Recht. BadRpr. **12** 54 (VerwGH.). Bei Umwandlung einer oHG. in eine GmbH. findet ein verkehrssteuerpflich-

tiger Eigentumsübergang hinsichtlich der Grundstücke von der einen auf die andere Gesellschaft statt.

III. Gebühren. 1. Besitzveränderungsgebühren bei Auflösung einer oHG. (Art. 252 BayGebG.). R. 12 248 (BayVGH.). Die oHG. ist keine juristische Person, auch kein von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt; vielmehr ist das Gesellschaftsvermögen gemeinsames Vermögen der Gesellschafter zur gesamten Hand. Das gilt auch für das Gebührengesetz. Daraus folgt: Bei Auflösung einer nur aus 2 Mitgliedern bestehenden oHG. durch Ausscheiden eines Gesellschafters und bei vereinbarter Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch den anderen Teilhaber erscheint das „Anwachsungsrecht" bezüglich der Gesellschaftsgrundstücke dem Begriff und Zweck der Gesamthand und dem Bedürfnisse nach Erhaltung der wirtschaftlichen Werte als entsprechend und ist aus § 142 HGB. u. § 738 BGB. abzuleiten. Das Miteigentum des ausscheidenden Gesellschafters an den Gesellschaftsgrundstücken geht auf den Übernehmenden von Rechts wegen, sohin ohne dinglichen Übertragungsakt und ohne Auflassung über. Dagegen ist es unzulässig, eine Mitberechtigung der Gesellschafter auf das Ganze im Sinne einer vollen Eigentumsberechtigung jedes einzelnen anzunehmen.

2. BayRpflZ. **12** 139 (BayObLG.). Keine Besitzveränderungsgebühr nach Art. 252 GebG., wenn Vater und Sohn eine oHG. bilden, die Gesellschaft durch den Tod des Vaters aufgelöst und der Vater vom Sohne allein beerbt wird.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

§ 161. 1. Errichtung zur Umgehung der Besteuerung. SeuffBl. **12** 395, BayRpflZ. **12** 180 (BayObLG.). Die Errichtung einer Kommanditgesellschaft ist nicht deshalb nichtig, weil sie erfolgt, um die Steuerbelastung zu vermindern, die sich für eine GmbH. aus den bay. Steuergesetzen von 1910 ergibt.

2. Eidesleistung. **RG.** BayRpflZ. **12** 311, LeipzZ. **12** 539, WarnE. **5** 367. Die Gesellschafter sind, wenn auch nicht gesetzliche Vertreter im gewöhnlichen Sinne, so doch für die Frage des Eides in Prozessen der Gesellschaft nicht Streitgenossen im Sinne des § 472, sondern gesetzliche Vertreter im Sinne des § 474 ZPO. Die Anwendung des § 474 entspricht der in der Denkschrift zum HGB. gebilligten Rechtsprechung des RG. und der herrschenden Ansicht der Literatur. AM. Gaupp § 474 auf Grund der falschen Annahme, daß die oHG. und die Kommanditgesellschaft juristische Personen seien.

3. GmbH. als Komplementar einer Kommanditgesellschaft? Die Frage bejaht SeuffA. **67** 470, BayRpflZ. **12** 180, R. **12** Nr. 1231 (BayObLG.).

4. Kommanditgesellschaft bestehend aus einer GmbH. als Komplementar und den sämtlichen Gesellschaftern der GmbH. als Kommanditisten. BayObLG. **13** 69, SeuffBl. **12** 395, BayRpflZ. **12** 180, R. **12** Nr. 1233. Eine solche Rechtsform ist zulässig, da die GmbH. als juristische Person ein eigenes, ihren Mitgliedern selbständig gegenüberstehendes Rechtssubjekt ist, das nicht gehindert ist, mit diesen einzelnen Mitgliedern Rechtsgeschäfte jeder Art einzugehen, sich also auch mit ihnen zu einer anderweiten Gesellschaftsform zusammenuschließen (vgl. § 105 Ziff. 3).

5. *Fraeb, ZBlFG. **13** 331—334. Der Registerrichter darf ohne Mitwirkung sämtlicher Erben irgendwelche Eintragungen nach dem Tode des Komplementars bezüglich der von ihm geführten Kommanditgesellschaft machen. Er hat die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen und darf sich nicht mit der Vorlage eines für den Nachweis der Erbfolge unerheblichen Erbschaftsvergleichs oder einer bloßen Versicherung des anmeldenden Rechtsanwalts begnügen. Aber selbst wenn

er den Vergleich für rechtsverbindlich und genügend hielt, wurde dadurch, daß einzelne Miterben ihre Erbteile auf die übrigen Miterben übertrugen, noch nicht ohne weiteres die Einwilligung der Übertragenden in die Fortführung der Firma durch die verbleibenden Miterben erübrigt. Die Folge dieser Unterlassungen war, daß ein großes Handelshaus auf Grund eines nichtigen Vertrags und einer nichtigen handelsregisterlichen Eintragung weitergeführt wird, und daß sämtliche Erben, weil sie an Stelle des Erblassers als Komplementar der Firma getreten und in rechtsgültiger Form aus dieser Stelle nicht ausgeschieden sind, anteilig an dem auf ihn entfallenden Gewinn und Verlust teilnehmen. Also muß jetzt noch nach dem vor zirka 10 Jahren erfolgten Tode des Erblassers und nach der eingetretenen Auflösung der Kommanditgesellschaft deren Liquidation stattfinden. Das Verhältnis, in welchem das Vermögen unter den Gesellschaftern bzw. deren Erben zu verteilen ist, bestimmt sich nach §§ 161 Abs. 2, 155 HGB. nach dem Verhältnisse der Kapitalanteile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz und nach dem Gesellschaftsvertrage vor 10 Jahren ergeben. Da aber die Gesellschaft trotz Auflösung fortgesetzt ist, so finden nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB. die Vorschriften der §§ 724, 722, 723 BGB. entsprechende Anwendung, d. h. jeder der nunmehr vorhanden gewesenen Gesellschafter hat ohne Rücksicht auf Art und Größe seines Beitrags gleichen Anteil an Gewinn und Verlust. Nach § 723 kann die Gesellschaft von jedem Gesellschafter jederzeit gekündigt werden.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung.

1. Staatsaufsicht über die AG. BauersZ. **20** 6, Marcus, DJZ. **12** 914, derselbe, HoldheimsMSchr. **12** 184.

2. ZAktWes. **11** 109. Kosten der Gründung einer AG.

3. BauersZ. **19** 153 (KG.). AG., die die Bildung einer Religionsgesellschaft bezwecken, sind von Amts wegen zu löschen.

4. *Schwandt, Die deutschen AG. im Rechtsverkehre mit Frankreich und England. Verlegung des Sitzes und Rechtsstellung ihrer Niederlassungen im Auslande. Die Arbeit behandelt in der Einleitung die sog. Nationalitätsfrage der AG. Diese zerfällt in zwei Hauptunterfragen: nämlich 1. die Frage: können die Gründer einer AG. die Gründung nach dem Rechte eines beliebigen Landes vornehmen oder sind sie dabei irgendwelchen Beschränkungen unterworfen? und 2. die Frage: ist der Begriff der Staatsangehörigkeit auf die AG. anwendbar und, bejahendenfalls, was ist das Nationalitätskriterium? Die erste Frage wird dahin entschieden, daß die Gründer völlige Freiheit in der Wahl des Rechtes haben, nach dem die Gründung erfolgen soll, und die zweite Frage dahin, daß man bei den AG. von einer der Staatangsehörigkeit der physischen Personen analogen Rechtsstellung sprechen kann und daß sie wie Angehörige des Staates zu behandeln sind, nach dessen Recht sie gegründet worden sind. Hiermit stellt sich der Verf. in Gegensatz zu der herrsch. M., welche als Nationalitätskriterium den Verwaltungssitz der Gesellschaft betrachtet. Auch im folgenden Teile der Arbeit, welcher die Verlegung des Sitzes ins Ausland behandelt, vertritt der Verf. einen von der herrsch. M. abweichenden Standpunkt. Die herrsch. M. nimmt an, diese Verlegung des Sitzes führe zur Auflösung der Gesellschaft und folglich zur Liquidation. Dagegen unterscheidet der Verf., ob nur der tatsächliche Verwaltungssitz verlegt wird oder ob auch der statutarische Sitz. Im ersten Falle läßt er in der Existenz der Gesellschaft überhaupt keine Veränderung eintreten, im zweiten Falle (Nationalitätswechsel!) geht nach ihm zunächst die Rechtsfähigkeit verloren, und es tritt Liquidation ein. Aber beides läßt sich nach ihm vermeiden, wenn nämlich bereits vor dem Nationalitätswechsel die

ausländischen aktienrechtlichen Gründungsbestimmungen erfüllt werden konnten und erfüllt worden sind. An Beispielen wird dargetan, daß der Wechsel der deutschen mit der französischen Nationalität ohne Unterbrechung der Rechtsfähigkeit möglich ist, dagegen nicht der Wechsel der deutschen mit der englischen Staatsangehörigkeit. Den Gegenstand des dritten Teiles bildet die Rechtsstellung der Niederlassungen deutscher AG. in Frankreich und England. Hier werden insbesondere die Frage nach der Anerkennung deutscher AG. in Frankreich und England behandelt, ferner die Fragen, wie weit sich die Herrschaft des deutschen Rechtes auf die ausländischen Niederlassungen erstreckt (das Personalstatut der AG.) und wie weit das französische und englische Recht die ausländischen Niederlassungen berührt (das Realstatut der AG.), sowie endlich die Rechtsstellung der Hilfspersonen des Handels deutscher AG. in Frankreich und England. Besonders erwähnt seien folgende hier behandelte Einzelheiten: die prozeß- und konkursrechtliche Stellung in Frankreich und England, das Recht der Papiere deutscher AG. auf dem französischen Markte sowie ihre Versteuerung in Frankreich, die Publizitätsvorschriften des englischen Rechtes für ausländische AG. und die Zulassung ihrer Aktien an der Londoner Börse, die Buchführungspflicht in Frankreich und England, das Sonderrecht der deutschen Versicherungsgesellschaften in Frankreich und England sowie endlich das Einkommensteuerrecht in England. Vgl. den die gleichen Fragen behandelnden Aufsatz des Verf.: „Die Nationalität der AG.", ZAktWes. 12 32.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 178. 1. Zeitpunkt der Aktienausgabe. a) **RG.** R. **12** Nr. 1376. Aktien können vor Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister nicht ausgegeben werden, sie sind vorher keine Wertpapiere. b) **RG.** LeipzZ. **12** 453, BauersZ. **20** 7, ZAktWes. 12 96, 138, R. **12** Nr. 1674. Dem Aktionäre steht, bevor er die Aktien voll einbezahlt hat, kein Anspruch auf Aushändigung der Aktienurkunden zu. § 179 Abs. 4, wonach Namensaktien vor der vollen Einzahlung ausgegeben werden dürfen, gibt nur den AG., nicht aber den Aktionären ein Recht. Es kann also insbesondere beim Konkurse des Aktionärs nicht verlangt werden, daß gegen Zahlung der bloßen Konkursdividende die Aktie ausgehändigt wird; die Aktienzeichnung ist kein gegenseitiger Vertrag. § 17 KO. findet deshalb auf sie keine Anwendung. Vgl. u. zu § 189 Ziff. 1a.

§ 179. Abs. 4. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 453, R. **12** Nr. 1674. Kein Anspruch auf Aushändigung der Aktienurkunden vor voller Einzahlung (vgl. § 178).

2. Genußscheine. **RG.** BankA. **11** 207, BauersZ. **19** 200. Die Schaffung von Genußscheinen, die unabhängig vom Aktienbesitz übertragbar sind, so daß also ihr Inhaber als Gläubiger der AG. erscheine, ist zulässig.

§ 180. Abs. 3. An die Zustimmung der Gesellschaft gebundene Aktienübertragung. **RG.** R. **12** Nr. 1677. Wenn das Statut der Gesellschaft hinsichtlich der Veräußerung von Aktien nur die Einwilligung des Vorstandes erwähnt, so ist das nicht notwendig dahin zu verstehen, daß man von dem Erfordernisse, daß Aufsichtsrat und Generalversammlung zustimmen, hätte absehen wollen. Vielmehr ist nur der eigentliche rechtsgeschäftliche Willensakt genannt, was aus dem Gesetze seine Ergänzung dahin findet, daß die Erklärung des Vorstandes nur rechtsgültig erfolgt, wenn Aufsichtsrat usw. zustimmen.

§§ 182 ff. Bilanzierung von Aktiengründungen. Untergründungen. Waller, BankA. **11** 153. Bei Umwandlung bestehender Unternehmen in AG. pflegt man die finanzielle Basis der Gesellschaft dadurch zu sichern, daß man ihr Grundkapital geringer bemißt, als dem tatsächlichen Werte der inferierten Aktiva entspricht. Das kann auf doppelte Weise geschehen, entweder

durch Überpari-Emission der auf die Illaten gewährten Aktien, wobei das Agio nach § 262 HGB. dem Reservefonds zufließt, oder dadurch, daß man den Illationswert der Aktiva unter dem wirklichen Werte ansetzt, die darauf gewährten Aktien al pari ausreicht und die erworbenen Gegenstände zum Nennwerte dieser Aktien in die Bilanz einsetzt, so daß die AG. in dem inneren Mehrwerte dieser Aktiva eine stille Reserve besitzt, die allerdings nicht bilanzmäßig zum Ausdrucke kommt. Man hat z. B. bei Umwandlung einer GmbH. in eine AG. diesen Mehrwert nachträglich wieder dadurch zur Darstellung zu bringen versucht, daß man bei der Hereinnahme der Aktiven der GmbH. aus deren Liquidation, also bei dem Austausch ihres eigenen bisherigen Aktivums, „GmbH.-Anteile" gegen die Anlage- und Betriebswerte der GmbH. selbst die Anlagewerte zum Taxwert in die Bilanz einstellt und den dadurch erzielten buchmäßigen Überschuß zur Bildung des Reservefonds und zur Abschreibung aufs Warenkonto verwandte. Verf. untersucht die Frage, ob und inwieweit dieses letztere Verfahren aktienrechtlich zulässig und geschäftlich billigenswert ist. Er kommt zu dem Schlusse, daß die Untergründung im Wege der Illation unter Wert schon aus rechtlichen Gründen nur insoweit empfehlenswert ist, als die eingebrachten stillen Reserven der Gesellschaft dauernd als solche erhalten bleiben sollen. Zur Schaffung echter Reservefonds ist sie ungeeignet, weil einerseits die bilanzmäßige Darstellung des inneren Mehrwerts der Aktiven, speziell der Anlagewerte, vor ihrer Veräußerung gesetzlich unzulässig ist, anderseits aber eine selbst zulässige Auskehrung dieses Mehrwerts der Einkommensteuer unterliegt, die immer noch weit höher ist als der bei Überpari-Emission verfallende Mehrbetrag des Aktienstempels.

§ 182. 1. OLG. **24** 133, DNotV. **12** 740, R. **12** Nr. 2347 (KG.). Eine AG., deren Gegenstand die Bildung einer außerhalb der Landeskirche stehenden Religionsgemeinschaft ist, ist nichtig.

2. Firma. **a)** DJZ. **12** 1133, BauersZ. **19** 57, DNotV. **12** 736 (KG.). Die Firma „Kommissionsbank" wurde für eine AG. mit geringem Grundkapital zugelassen. Zwar fehle die großkapitalistische Grundlage, doch ermögliche das Grundkapital in Verbindung mit dem Kredit eine erhebliche Ausdehnung des Betriebs. Der Zusatz „Kommission" stelle auch klar, daß hauptsächlich Vermittelungsgeschäfte gepflegt werden sollen. **b)** Beibehaltung einer der mehreren in der Firma enthaltenen Personennamen bei Änderung der Firma. BayRpflZ. **12** 95, DNotV. **12** 736 (BayObLG.). Eine AG. hatte bei Erwerb zweier unter der Firma R. K. bzw. Gustav H. u. Cie. geführten Geschäfte von den Verkäufern die Befugnis erhalten, diese Firma fortzuführen. Sie änderte später die ursprünglich angenommene Firma „Maschinenfabriken R. K. und Gustav H. u. Cie. AG." in „K.-H.-Maschinenfabrik AG.". Das auf § 37 Abs. 2 HGB. gestützte Begehren des Klägers, der AG. die Führung des Namens K. in der neuen Firma zu verbieten, wurde zurückgewiesen, da die Führung von Personennamen in der Firma einer AG. nicht mehr verboten ist und der AG. das Recht der Verwendung des Namens K. in der Firma durch die seinerzeit gewährte Befugnis, die Firma R. K. fortzuführen, zusteht. Vgl. **RG.** BauersZ. **19** 126. **c)** **RG.** R. **12** Nr. 2344. Enthält die Firma einer AG. einen Familiennamen, nachdem sie das Geschäft des Trägers des Namens mit dem Rechte zur Fortführung der Firma erworben hat, so kann ein anderer Träger des Namens nicht der Fortbenutzung des Namens widersprechen, wenn die Firma der Gesellschaft geändert, der Namen in der Firma aber beibehalten wird. **d)** Verwechselungsfähigkeit. BauersZ. **19** 176 (Königsberg). Die Firmen „Deutschland, Lebensversicherungs-AG. in Berlin" und „Deutschland, Rückversicherungs-AG. in Königsberg" sind trotz des gemeinsamen Schlagworts nicht verwechselungsfähig.

§ 184. Gratisaktien. ZAktWes. **12** 178. Bei gut fundierten AG., die hohe Dividenden zahlen, kommt es nicht selten vor, daß die AG. tatsächlich vorhandene

Mittel, seien es freie Reserven oder einen ansehnlichen Vortrag, über den den Aktionären ein freies Verfügungsrecht zusteht, in dividendenberechtigte Aktien umwandeln und zwar entweder durch Ausgabe von Gratisaktien oder durch Ausgabe von Aktien zu Pari oder zu einem noch niedrigeren Kurse trotz des über Pari stehenden Kurses der alten Aktien. Das Verfahren erscheint trotz der Vorschrift des § 184 zulässig.

§ 185. Vorzugsaktien. 1. Rechtliche Natur der Vorzugsaktien nach Umwandlung sämtlicher Stammaktien in Vorzugsaktien. Kraetzer, DJZ. **12** 859. Die Vorrechte der Vorzugsaktien treten, wenn neben ihnen keine andere Aktiengattung vorhanden ist, allerdings nicht in die äußere Erscheinung; sie sind jedoch nicht etwa untergegangen, sie ruhen vielmehr nur und leben wieder auf, sobald eine neue Sondergattung, Aktien minderen Rechtes, die den Charakter der ursprünglichen „Stammaktien" tragen, gebildet wird. Dies ergibt sich aus der auch für das Aktienrecht geltenden Vorschrift des § 35 BGB., wonach Sonderrechte nur mit Zustimmung der Bevorrechtigten beeinträchtigt werden können, und dem den § 35 nur teilweise abändernden § 278 Abs. 2 HGB.

2. BauersZ. **19** 52. Vorzugsaktien mit begrenztem Dividendenrechte.

3. *Fischer, Das Sanierungsproblem (Leipzig 1911). Vom Standpunkte des Korporationsrechts aus betrachtet, stellt der Satz von der beschränkten Haftung des Aktionärs einen Ausnahmerechtssatz dar. Denn da nach der allgemeinen Norm der Einzelwille dem Willen der Gesamtheit in allen Angelegenheiten, die die Korporation betreffen, untertan ist, so kann auch die Korporation im Wege des Mehrheitsbeschlusses das Mitglied zur nachträglichen Erhöhung der Mitgliederleistung zwingen. Ein derartiger Zwang ist jedoch bei AG. unstatthaft; die beschränkte Haftung bedeutet also eine ausnahmsweise Beschränkung der Befugnisse der Korporation. Dieser Ausnahmesatz hat einen weiteren gezeitigt, nämlich den, daß, während nach allgemeinem Korporationsrechte dem einzelnen die Mitgliedschaft weder ganz noch teilweise per majora genommen werden darf, dies der AG. gestattet ist. Der Beschluß auf Ausgabe von Vorzugsaktien stellt sich in Verbindung mit der nachfolgenden Valutierung der Vorzugsaktien als ein Akt dar, wodurch den alten Aktien ein Teil der durch sie verkörperten Werte und Rechte genommen und auf die neuen Aktien übertragen wird (69 ff.). Die vorangehende Einengung des Korporationsrechts auf der einen und die nachfolgende Erweiterung auf der anderen Seite korrespondieren also miteinander. Nun wird durch das Institut der Vorzugsaktien, das zunächst vom Gewohnheits- und sodann vom Gesetzesrecht gebilligt worden ist, ein eigentümlicher Zwang ausgeübt. Wenn nämlich den alten Aktien ihre Rechte mehr oder minder entzogen werden, so wird und soll auch nach der Intention der am Beschlusse Beteiligten bei den Eigentümern der bisherigen Aktien das Verlangen rege werden, die den alten Aktien genommenen Rechte in Gestalt der neuen wieder zu erwerben. Dieser Zwang ist also gesetzlich sanktioniert, gegen ihn kann daher nichts aus § 211 hergeleitet werden; vielmehr ist der § 211 auf das Verbot der direkten Nachschußleistungen beschränkt. Wohl aber ist bei derjenigen Rechtsentziehung, die anläßlich der Ausgabe von Vorzugsaktien stattfindet, immer noch der fernere Satz des Korporationsrechts zu respektieren, daß die alten Aktien von der Rechtsentziehung gleichmäßig betroffen werden. Gegen diesen Grundsatz wird bei den heutigen Sanierungsbeschlüssen fortgesetzt gefehlt. Denn es wird durch die den betreffenden Beschlüssen entsprechende Zuzahlung nicht allein von den alten Aktien des Zuzahlenden eine Rechtsentziehung abgewendet, sondern es werden überdies auf die alten Aktien des Zuzahlenden Rechte von den alten Aktien der Nichtzuzahlenden herüber-

gezogen (104 f.). Das geltende Aktienrecht läßt nur eine Durchbrechung dieses Prinzips zu, nämlich im § 262 Ziff. 3. Es ist unzulässig, diesen Ausnahmerechtssatz, über dessen Natur die Gesetzverfasser nicht einmal klar gesehen haben, extensiv zu interpretieren, wie dies das RG. (RG. 52 292 f.) getan hat (113 f.). Irrigerweise wird gewöhnlich der Schwerpunkt des Sanierungsproblems in dem nach Aktienrecht (§ 211) unstatthaften Zwange zur Zuzahlung erblickt, während er wirklich im allgemeinen Vereinsrechte zu suchen ist.

§ 186. 1. Sacheinlage. Grundsätze für Berechnung des Wertes eines eingebrachten Geschäfts. **RG.** BayRpflZ. **12** 379 vgl. § 15 Ziff. VI GmbHG.

2. Verschleierte Sachgründung (vorbeabsichtigte Nachgründung, Verhältnis des § 186 Abs. 2 u. 4 zu den §§ 207, 208. Stellung des Registergerichts). Fischer, LeipzZ. **12** 593. Nicht allein in den Motiven, sondern auch im Texte des § 208 kommt klar zum Ausdrucke, daß der Gesetzgeber der in den Formen des § 207 Abs. 1—4 ausgeführten vorbeabsichtigten Nachgründung die Gültigkeit zugesprochen hat; daher können die Gründer nicht mehr nach § 186 Abs. 4 auf Erfüllung der Geldeinlageverbindlichkeit belangt werden, vielmehr hat der Gesetzgeber der Gesellschaft einen Schadensanspruch gegen Gründer und deren Gehilfen gegeben. Also um für die verdächtigen Geschäfte den Schutz des § 207 Abs. 1—4 zu erlangen, hat der Gesetzgeber den Schutz aufgegeben, den § 186 Abs. 4 gegenüber den der erweislichen Umgehung des § 186 Abs. 2 dienenden Geschäften gewährt hat; der Gesetzgebec meint, den Schutz des § 186 Abs. 4 durch einen gleichwertigen Schutz, nämlich durch Verleihung von Schadensersatzansprüchen im § 208 ersetzt zu haben. Diese Maßnahmen des Gesetzgebers haben die Umgehung des § 186 Abs. 2 in schlimmster Weise gefördert; der Gesetzgeber hat durch die §§ 207, 208 praktisch die §§ 186 Abs. 2, 4, 191—194, und zwar gerade da, wo das größte Bedürfnis für ihre Anwendung besteht, völlig außer Wirksamkeit gesetzt. Wer die Verhältnisse kennt, weiß, wie schwer es infolge der Schätzungen der nachträglich erworbenen Anlage hält, den Beweis des Schadens zu erbringen. Dem Registergerichte steht ein Recht zum Einschreiten in der Regel nur dann zu, wenn ihm vor der Eintragung der Gesellschaft, sei es offiziell durch das Statut, sei es sonstwie, glaubhaft zur Kenntnis kommt, daß die angebliche Bargründung in Wirklichkeit eine Sachgründung ist und daß also eine Umgehung des Gesetzes vorliegt; es kann dann die Eintragung der Gesellschaft ablehnen. Das Registergericht ist jedoch machtlos, wenn die eingetragene Gesellschaft einen dem § 207 Abs. 1—4 genügenden Vertrag gemäß § 207 Abs. 4 einreicht, selbst wenn es Kenntnis von der Gesetzesumgehung hat. Denn die dem Registergericht eingereichten Verträge werden eben nur eingereicht, nicht auch eingetragen. Allein dann, wenn der Abschluß des Vertrags in Verbindung mit einer Kapitalserhöhung, einer Firmen- oder einer sonstigen Statutenänderung erfolgt, kann das Registergericht die Eintragung der Statutenänderung als auf ungesetzlicher Grundlage beruhend ablehnen. Falsch ist aber die Unterstellung, der Gesetzgeber habe mit den §§ 207, 208 die Umgehung des § 186 Abs. 2 prinzipiell anerkennen, er habe der Illegalität den Charakter nehmen wollen. Es hat dem Gesetzgeber völlig fern gelegen, den grundsätzlichen Standpunkt, daß die Umgehung des § 186 Abs. 2 unzulässig sei, aufzugeben; er hat nur aus praktischen Gründen bei allen Umgehungen des § 186 Abs. 2 auf den Schutz des § 186 Abs. 4 verzichtet, vorausgesetzt, daß die Formerfordernisse des § 207 Abs. 1—4 erfüllt werden (vgl. IDR. **10** § 186).

§ 189. Zeichnung. 1. Rechtliche Natur und Wirkung der Aktienzeichnung. a) **RG.** LeipzZ. **12** 460, ZAktWes. **12** 96, 138, BauersZ. **20** 7, R. **12** Nr. 1675. Die Aktienzeichnung ist kein gegenseitiger Vertrag. Die Aktienrechte entstehen mit der AG. selbst, mit ihrer Eintragung in das Handelsregister

oder im Falle der Kapitalserhöhung mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung. § 17 KO. findet deshalb keine Anwendung, und es kann deshalb bei Konkurs des Aktienzeichners nicht etwa gegen Zahlung der bloßen Konkursdividende die Aushändigung der Aktie verlangt werden (vgl. § 178). Allerdings hatte **RG. 2** 264 im Anschluß an **ROHG. 19** 233, **25** 292 die Aktienzeichnung für einen gegenseitigen Vertrag erklärt, aber diese Anschauung ist schon längst aufgegeben. **b) RG.** JW. **12** 692, LeipzZ. **12** 454, BauersZ. **19** 247, R. **12** Nr. 1837. Die Zeichnung und Übernahme neuer Aktien macht den Erwerber derselben auch dann zum Aktionär, wenn die Aktienausgabe auf einem (nach § 278 Abs. 2 HGB.: nicht gesonderte Abstimmung der Inhaber von verschiedenen Gattungen von Aktien) nichtigen Generalversammlungsbeschlusse beruht. Die Folgerung, daß eine solche Zeichnung nichtig ist, ist im Gesetze nicht gezogen, kann auch im Hinblick auf § 213 nicht für begründet erachtet werden, wenn nicht die rechtliche und wirtschaftliche Existenz der Kapitalgesellschaft in Frage gestellt sein soll (vgl. u. zu § 278).

2. *Herrmann, Die Rechte des Aktionärs gegen die AG., die ihm eigene Aktien betrügerisch verkauft hat, HoldheimsMSchr. **12** 173 ff. Das RG. hat in jahrzehntelanger Praxis Anfechtungsrecht und Schadensersatz dem betrogenen Aktionäre deshalb versagt, weil im § 213 HGB. ganz allgemein gesagt werde, die Aktionäre können ihre Einlagen nicht zurückverlangen. Diese Bestimmung würde überflüssig sein, so meint das RG. noch in **RG. 72** 293 II, wenn sie nicht die Rückforderung gerade da ausschließen wollte, wo diese nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zulässig ist. — Die Richtigkeit dieser Ansicht des RG. ist wiederholt bekämpft worden, zum ersten Male ist aber in HoldheimsMSchr. **11** 178 ff. (vgl. auch die gleichlautende Greifswalder Dissertation des Verf., Berlin 1911) die Unrichtigkeit damit begründet worden, daß § 213 HGB. als eine dem Körperschaftsrecht angehörende Bestimmung, eine Ausnahme gegenüber § 39 BGB. statuiert und deshalb auch ohne den ihr vom RG. gegebenen weiten Inhalt nicht überflüssig ist. — Durch diese auch in ihren Konsequenzen befriedigende Auslegung des § 213 HGB. erledigen sich die zahlreichen in der Literatur unternommenen Versuche, durch wahrhafte Gewaltmittel die vom RG. aus § 213 HGB. entnommenen Konsequenzen abzuwenden. Als ein solches Gewaltmittel stellt sich auch der Weg dar, auf dem Wieland in GoldschmidtsZ. **64** 58 ff. zu der singulären Ansicht gelangt, der betrogene Aktionär könne von der Gesellschaft die Herbeiführung einer Teilliquidation event. der vollständigen Auflösung verlangen. Über die dem getäuschten Aktionäre zustehenden Rechtsbehelfe s. Herrmann, HoldheimsMSchr. **12** 203. Er bespricht a) die Täuschungsanfechtung (Täuschung seitens eines von mehreren Vorstandsmitgliedern, Täuschung durch das eine, Vertragsabschluß durch das andere Vorstandsmitglied, Täuschung seitens eines allein zur Vertretung nicht berechtigten Vorstandsmitglieds, Täuschung durch einen Prokuristen); b) die Schadensersatzansprüche auf Grund Delikts (allgemeiner Ersatzanspruch nach §§ 31, 823 ff., 249 BGB., besonderer Anspruch aus § 45 BörsG.); c) die Schadensersatzansprüche auf Grund Vertrags (Ansprüche aus dem Kaufe eigener Aktien, Ansprüche aus einer der AG. erteilten Kommission zum Einkauf eigener Aktien).

3. *Hahn, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittserklärungen zu juristischen Personen. Die herrschende Meinung, die die Anfechtbarkeit der Aktienzeichnung vor allem wegen Betrugs vom Augenblicke der Eintragung der AG. ins Handelsregister ab verneint, findet keine Stütze im Gesetze. Weder aus der Natur der Aktienzeichnung als einseitiger sozialrechtlicher Akt, noch aus den Vorschriften der §§ 116 ff. BGB., noch aus aktienrechtlichen Vorschriften,

noch auch aus allgemeinrechtlichen Erwägungen läßt sich die Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung herleiten. Allerdings vernichtet die durch eine Anfechtung der Aktienzeichnung herbeigeführte Nichtigkeit die Aktionäreigenschaft des Anfechtenden, wenn sie auch den Bestand der AG. als solcher nicht tangiert. Der Anfechtende kann demnach bereits geschehene Einzahlungen zurückfordern und die Zahlung noch ausstehender verweigern. Trotzdem aber ist ein Verkehrsbedürfnis, das im Interesse der Gläubiger mit Notwendigkeit zur Annahme der Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung hindrängte, entgegen der herrsch. M. nicht anzuerkennen. Denn der Verkehr kann sich vor der Gefahr einer Reduzierung des Aktienkapitals dadurch sichern, daß er Gesellschaften, bei denen nicht der Name der Gründer für die Abwesenheit jeder betrügerischen Manipulation bei dem Gründungsvorgange bürgt, sein Vertrauen versagt.

4. Abweisung der Klage auf Übernahme gezeichneter Aktien. **RG.** BauersZ. **20** 8. Die Beklagten, mehrere Brauereien, hatten einen Vertrag geschlossen, wonach sie sich verpflichteten, Bier künftighin nur zu einem bestimmten Mindestpreise zu liefern, und zwar ohne Rücksicht auf bestehende Verträge; die von ihren Kunden wegen Vertragsbruchs in Anspruch Genommenen sollten aus der gemeinsamen Kasse entschädigt werden. Sodann schlossen die Beklagten mit dem Kläger einen weiteren Vertrag, wonach sie sich verpflichteten, einen bestimmten Betrag des Aktienkapitals der in eine AG. umzuwandelnden Brauerei des Klägers zu übernehmen, wogegen Kläger für seine Firma dem Preiskartelle beitrat. Die Klage auf Abnahme der gezeichneten Aktien wurde abgewiesen; denn der Abnahmevertrag stehe im Zusammenhange mit der Ringbildung. Die darin enthaltene Verpflichtung zum Vertragsbruche sei aber unsittlich und unverbindlich.

5. Verjährung der Pflichten aus Aktienzeichnung. OLG. **24** 132 (Hamm). Indem jemand einem Konsortium zur Unterbringung neuer Aktien beitritt, wird er neben anderen nicht bezeichneten Personen Mitglied einer Gesellschaft (§ 705 BGB.), die den Vorteil der Begebung der neuen Aktien über den Nennbetrag hinaus erstrebt; er übernimmt damit gleichzeitig die Verpflichtung, die von ihm gezeichneten Aktien abzunehmen, wenn diese binnen bestimmter Frist noch nicht verkauft sein sollten. Es liegt also kein Aktienkauf, sondern eine Aktienzeichnung vor; eine Anwendung der Verjährungsfrist für den Kauf ist deshalb ausgeschlossen.

§ 192. Gründungsprüfung durch Revisoren. **a)** RJA. **11** 205, ZBlFG. **13** 90, DNotV. **12** 734, BauersZ. **19** 238, R. **12** Nr. 1669 (KG.). Ist bei der Gründung einer AG. eine juristische Person beteiligt und gehört ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats zu den gesetzlichen Vertretern dieser juristischen Person, so müssen im Sinne des § 192 die gesetzlichen Vertreter der gründenden juristischen Person den Gründern selbst gleichgestellt werden. Es hat also eine Prüfung des Herganges der Gesellschaftsgründung durch besondere Revisoren stattzufinden. Falls die AG. ohne die notwendige Prüfung in das Handelsregister eingetragen wurde (vgl. u. zu § 193), hat das Registergericht die sämtlichen Gründer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, und zwar statt der als Gründerin beteiligten juristischen Person deren bei der Anmeldung für sie aufgetretenen Vertreter zur Einreichung des Prüfungsberichts durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Sind für die Vorstandsmitglieder Stellvertreter gewählt worden, so darf sich gegen diese das Ordnungsstrafverfahren nicht richten, falls es bereits gegen die sämtlichen ordentlichen Vorstandsmitglieder eingeleitet ist. **b)** Antrags- und Beschwerderecht der Handelskammer OLG. **24** 171 (KG.) s. schon JDR. **10** § 192 Ziff. 3. **c)** ZAktWes. **11** 122. Der Handelskammerbeamte als Gründungsrevisor. **d)** BauersZ. **19** 221 erörtert die Entstehung und den Zweck der gesetzlichen Vorschriften über die Prüfung des Gründungsherganges einer AG.

§ 193. Bedeutung und nachträgliche Einreichung des Prüfungsberichts; Erzwingung der Einreichung durch Ordnungsstrafen. RJA **11** 205, R. **12** Nr. 1669 (KG.). (S. a. § 192 a). Ist die im § 192 vorgeschriebene Prüfung unterblieben und die Gesellschaft trotzdem in das Handelsregister eingetragen worden, so ist damit die Einreichung des Prüfungsberichts und seiner Unterlagen nicht etwa entbehrlich geworden. Denn der Prüfungsbericht dient nicht lediglich dem Registergericht als Grundlage für die Eintragung, sondern er hat darüber hinaus den Zweck, die beteiligten Kreise über die näheren Umstände der Gründung aufzuklären. Der Prüfungsbericht hat also über den Zeitpunkt der Eintragung hinaus eine gewichtige Bedeutung, und es erscheint notwendig, daß der Registerrichter, wenn er die Eintragung ohne den Bericht bewirkt hat, für die nachträgliche Einreichung gemäß § 14 HGB. durch Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens Sorge trägt. Gegen diese Befugnis des Gerichts spricht nicht § 319 Abs. 2, der die Verhängung von Ordnungsstrafen zur Erzwingung der Anmeldung verbietet; denn hier handelt es sich nicht um einen Zwang zur Anmeldung, vielmehr hat die Anmeldung bereits stattgefunden, und die gerichtlichen Maßregeln sollen sich nur auf die im § 319 Abs. 2 nicht erwähnte nachträgliche Einreichung notwendiger Schriftstücke beziehen. Sind für die Vorstandsmitglieder Stellvertreter gewählt worden, so darf sich gegen diese das Ordnungsstrafverfahren nicht richten, falls es bereits gegen die sämtlichen ordentlichen Vorstandsmitglieder eingeleitet worden ist.

§ 195. Anmeldung zum Handelsregister. 1. Prüfungsrecht des Registerrichters bei Gründung einer AG. zur Umgehung der Wertzuwachssteuer. ZAktWes. **11** 218. Im Hinblick auf die in letzter Zeit mehrfach versuchte Umgehung der Wertzuwachssteuer durch Gründung von Liliput-AG. wird die Frage bedeutungsvoll, welche Stellung der Registerrichter gegenüber Anträgen auf Eintrag solcher AG. einzunehmen hat. Der Registerrichter ist allerdings befugt, von den anmeldenden Gründern weitere Aufklärung zu verlangen, wenn er an der Ernstlichkeit ihrer Erklärungen zweifelt und annimmt, es handle sich um eine Scheingründung. Er hat in solchen Fällen von Amts wegen den Sachverhalt zu erforschen und die erforderlichen Beweise zu erheben. Das Resultat dieser Ermittlungen wird aber bei der in Rede stehenden Frage in den meisten Fällen nicht zu einer Ablehnung der Eintragung führen können. Die Gründer einer solchen AG. pflegen nämlich durchaus in ernster Absicht die Gesellschaft zu gründen; ihr Gesellschaftsvertrag ist nicht zum Schein geschlossen, auch wenn durch ihn die Wertzuwachssteuer erspart werden soll. Ein Vertrag ist auch nicht deshalb gesetzwidrig, weil er den Zweck verfolgt, eine Stempelsteuer oder sonstige Abgabe zu ersparen. Vgl. SeuffA. **67** 470, BayRpflZ. **12** 180 (BayObLG.).

2. Abs. 3. Sacheinlagen, Prüfungsrecht des Registerrichters. a) ZBlFG. **13** 103, RJA. **11** 222, DNotV. **12** 740, R. **12** Nr. 1676 (KG.). Nach § 195 Abs. 3 ist in der Anmeldung nur die Erklärung abzugeben, daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen bedungen sind, der eingeforderte Betrag bar bezahlt und im Besitze des Vorstandes ist. Dagegen ist diese Erklärung nicht erforderlich bezüglich der Aktien, auf die Sacheinlagen zu leisten sind. Es ist nicht geboten, daß auch die Sacheinlagen zur Zeit der Anmeldung bereits geleistet sind. Die Sacheinlagen können daher erst nach der Anmeldung bewirkt werden, und deshalb darf der Registerrichter nicht nachprüfen, ob der Einbringungsvertrag bereits erfüllt ist oder ob sich der Leistung der Sacheinlagen vielleicht Schwierigkeiten entgegenstellen werden. b) De lege ferenda. Abänderung des Abs. 3. Simon, BankA. **11** 136, wendet sich gegen die von der Handelskammer angestrebte Abänderung des § 195 Abs. 3, wonach auch

Einzahlung durch Wechsel, Schecks oder Gutschrift bei einem Bankhause für zulässig erklärt werden soll. Vgl. BauersZ. **19** 127. **c)** Vgl. § 313 Ziff. 1.

§ 200. Rechtszustand vor Eintragung. 1. Sieburg, JW. **12** 115. Die Haftung des für die AG. vor ihrer Eintragung Handelnden geht nur auf Erfüllung; ein Wahlrecht des Gegenkontrahenten, statt der Erfüllung Schadensersatz zu verlangen, besteht nicht.

2. Eintritt der AG. in den vor ihrer Eintragung von einem für sie handelnden Vertreter geschlossenen Vertrag. Sieburg, JW. **12** 115. Das **RG. 72** 401 ff. folgert aus den Motiven zu Art. 181 HGB., nach denen die Vorschrift das Handeln für die Gesellschaft vor der Eintragung verhüten soll, daß der Grund der Haftung des Vertreters nicht das Handeln ohne Vertretungsmacht sei, und daß deshalb die Anwendung der §§ 177 ff. BGB., insbesondere § 184 ausgeschlossen sei; die Haftung des Handelnden bleibe also durch einen Eintritt der AG. in den von ihm geschlossenen Vertrag unberührt, es entstehe ein Gesamtschuldverhältnis, dessen weitere Entwickelung sich nach §§ 420 ff. BGB. richte (ebenso Staub § 200 Anm. 12, Goldmann § 200 Anm. 10). Demgegenüber führt Verf. aus, daß, da das Gesetz über die Beendigung der Haftung keine Bestimmung enthalte, die Entscheidung hierüber aus der Natur des Rechtsverhältnisses und dem Parteiwillen zu entnehmen sei. Nun gehe aber der Wille des Dritten, gleichviel, ob er von der Nichteintragung der AG. Kenntnis hat oder nicht, dahin, nicht mit dem unberechtigt Handelnden, sondern mit der Gesellschaft abzuschließen; sei dieses Ziel durch Eintritt der AG. in den Vertrag erreicht, dann liege für die Fortdauer der Haftung des Handelnden, die eben von vornherein unter der auflösenden Bedingung des Eintritts der Gesellschaft stand, kein Grund mehr vor. Die Vorschriften des BGB. über die Vertretung ohne Vertretungsmacht sind deshalb nach Sieburg anzuwenden. Es ergeben sich nur zwei Einschränkungen. Die Anwendung der §§ 177 ff. kann erstens nur eine entsprechende, keine direkte sein, weil hier ein „Vertretener" zur Zeit der Handlung noch nicht vorhanden ist. Sodann müssen die §§ 177 ff. insoweit außer Anwendung bleiben, als sie mit § 200 HGB. in Widerspruch stehen. Deshalb hat § 179 BGB. auszuscheiden, weil § 200 HGB. den Handelnden ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Dritten von der Nichteintragung haftbar macht und dem Dritten kein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Schadensersatz gewährt. Dagegen besteht gegen die Anwendung der §§ 177, 178, 184 kein Bedenken. Der Anwendung des § 184 steht insbesondere nicht entgegen, daß infolge der rückwirkenden Kraft der Genehmigung der Vertrag zwischen Gesellschaft und dem Dritten als zu einer Zeit geschlossen gelten würde, wo die Gesellschaft noch nicht Vertragspartei sein konnte. Eine solche Fiktion wäre unzulässig. Die Anwendung der §§ 177 ff. ist, wie schon betont, nur eine entsprechende, und deshalb kann die rückwirkende Kraft der Genehmigung nur dazu führen, daß der Vertrag als in dem Augenblicke der Entstehung der Gesellschaft geschlossen anzusehen ist. In analoger Anwendung des § 159 BGB. haben sich aber die Parteien zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag in dem früheren Zeitpunkte wirksam gewesen wäre.

3. OLG. **24** 135, SeuffBl. **12** 100, BauersZ. **19** 149, R. **12** Nr. 784 (München). Bestellt eine nicht zu den Gründern gehörige Person vor Beurkundung des Gründungsvertrags den Druck von Aktien, so haftet der Besteller nur persönlich, die spätere AG. aber auch dann nicht, wenn der Besteller später ihr Direktor wird; anders, wenn er als solcher die Bestellung für die Gesellschaft ausdrücklich genehmigt oder Vollmacht von den Gründern hatte.

§ 201. Zweigniederlassung. Firma. ÖstZBl. **12** 787 (Wien). Unstatthaftigkeit der Registrierung der Zweigniederlassung einer AG. als Einzelfirma.

§ 202. Haftung der Gründer. Bösliche Überbewertung einer Sacheinlage. **RG.** LeipzZ. **12** 394, BauersZ. **19** 245. Wie als erwiesen anzunehmen ist, sollte Beklagter, der die Gründung der klagenden AG. vorbereitet und im wesentlichen betrieben hatte, für die hierfür aufgewendete Tätigkeit und gemachten Auslagen entschädigt werden. Der Anspruch auf diese Gründungsentschädigung ist allerdings, da er im Gesellschaftsvertrage nicht festgesetzt ist, nicht existent geworden. Die Gründungsentschädigung ist aber in der dem Beklagten zugebilligten, den wirklichen Wert seiner Sacheinlage überschreitenden Vergütung für die Sacheinlage enthalten. Soweit das der Fall ist, kann von einer böslichen Überbewertung der Sacheinlage keine Rede sein.

§ 207. Abs. 5. Nachgründung. Fischer, LeipzZ. **12** 591. Entsprechend seiner Entstehungsgeschichte, den Aktiennovellen von 1884 und 1900, ist § 207 Abs. 5 dahin auszulegen: Seit 1900 folgen vorbeabsichtigte Erwerbungen von Grundstücken von seiten einer Terraingesellschaft, je nachdem die Vorschriften über vorbeabsichtigte Nachgründungen im § 207 Abs. 1—4 beobachtet worden sind oder nicht, den Vorschriften im § 208 oder im § 186 Abs. 4, während sie früher nach Art. 209 b Abs. 4 (dem jetzigen § 186 Abs. 4) stets ungültig waren (vgl. § 186 Ziff. 2).

§ 208. Über das Verhältnis des § 186 Abs. 2 u. 4 zu den §§ 207, 208 Fischer, LeipzZ. **12** 593 (vgl. § 186 Ziff. 2).

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 212. Nebenleistungs-AG. 1. *Roth, LeipzZ. **12** 266 ff. Das individualistische und das kollektivistische Organisationsprinzip behandelt die Stellung der Nebenleistungs-AG. (s. zu § 3 Abs. 2 GmbHG.).

2. **RG.** R. **12** Nr. 1935. Durch die im § 212 geschaffene Möglichkeit, die Übernahme von Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen durch Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag als gesellschaftliche Verpflichtungen zu gestalten, ist der früher übliche Weg der Abschließung selbständiger Nebenverträge über solche Verpflichtungen nicht abgeschnitten worden.

3. Nach § 212 zulässige Leistungen; Anwendung des § 212 auf die zur AG. gemachte Geschäftsstelle eines Kartells. **a)** Silberberg, JW. **12** 281. Man ist darüber einig, daß § 212 keinen besonderen Leistungsbegriff aufstellt, daß vielmehr alles, was in Nebenverträgen als Leistung zulässig ist, auch statutarische Leistung sein darf. So sind z. B. folgende für Syndikate wichtige Verpflichtungen erlaubt: „Erzeugnisse herzustellen und abzuliefern; sich der AG. als Kommissionär unentgeltlich zu bedienen; im Interesse der AG. tätig zu sein.“ Dagegen ist streitig, welche Leistungen in Geld bestehen und welche Leistungen wiederkehrend sind. Eine Verpflichtung zu einer unmittelbaren Geldleistung verstößt gegen das Gesetz; Verpflichtungen zu mittelbaren Geldleistungen sind dagegen erlaubt. Schließt sich also z. B. eine Anzahl Seidenkonsumenten zu einem als AG. ausgestalteten Einkaufssyndikate zusammen in der Weise, daß die AG. die Seide einkauft und sie an die Kartellmitglieder verkauft, so ist eine Verpflichtung der letzteren, also der Aktionäre, ihren gesamten Bedarf an Seide bei der AG. zu decken, zulässig, obwohl sie die mittelbare Verpflichtung zu Geldleistungen, nämlich zur Berichtigung des Kaufpreises in sich schließt. Was die Frage der wiederkehrenden Leistungen anlangt, so ist bei der Interpretation des Begriffs von wirtschaftlichen Gesichtspunkten auszugehen, und danach ist es zweifellos, daß andauernde Leistungen und auch Unterlassungen wiederkehrende Leistungen sind. Deshalb ist es zulässig, wenn das Statut einer Syndikats-AG. die Aktionäre verpflichtet, nicht mehr als eine bestimmte Menge zu produzieren. **b)** Gegen die vorstehenden Ausführungen

Silberbergs wendet sich Wolff, JW. 12 517. Er hält die von Silberberg gemachte Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Geldleistungen angesichts des Wortlauts und der ratio des Gesetzes für ungerechtfertigt und deshalb auch die Vereinbarung mittelbarer Geldleistungen der Kartellmitglieder an die AG. für unzulässig. Dagegen stimmt er Silberberg zu, soweit dieser auch andauernde Leistungen und Unterlassungen unter den Begriff der wiederkehrenden Leistungen bringt. Das Gesetz verlange nicht in gewissen kürzeren Zeiträumen regelmäßig wiederkehrende Leistungen, so daß die Nebenleistungen des § 212 zweifellos nicht bloß in sehr großen Zwischenräumen, sondern auch in zeitlich ganz ungleichen Intervallen wiederkehren könnten. Davon sei dann nur noch ein Schritt bis zur Zulassung ununterbrochener Leistungen, wenn man eine ununterbrochene, also fortdauernde Leistung als eine von Moment zu Moment wiederkehrende bezeichne.

§ 213. Vermögensrechtliche Ansprüche des Aktionärs. 1. Rechtliche Natur der Gewinnanteilscheine. **RG. 77** 333. Der Gewinnanteilschein ist in der Regel ein Inhaberpapier im weiteren Sinne derart, daß das Recht auf den in ihm verbrieften Gewinnanteil durch Übergabe des Scheines übertragen wird; er ist selbständig, auch ohne die Aktie, veräußerlich; er gilt bei der Verpfändung der Aktie nicht ohne weiteres als mitverpfändet, sondern nur, wenn er mitübergeben wird; er ist der Träger des Gewinnanteilrechts. Ist der zu der schenkungsweise übergebenen Aktie gehörige Gewinnanteilscheinbogen von dem Schenker dem Beschenkten nicht mitübergeben worden, so ist auch die Schenkung insoweit nicht vollzogen.

2. Rechtliche Stellung des Inhabers von Dividendenscheinen. **a)** ZAktWes. **12** 206 (Hamburg). Die in den Dividendenscheinen verbrieften Rechte sind in erheblichem Maße abhängig von den jeweiligen die Gewinnverteilung der einzelnen Geschäftsjahre betreffenden Beschlüssen der maßgeblichen Gesellschaftsorgane. Selbst wenn die Statuten zweifelsfreie Bestimmungen darüber enthalten, wie der verteilungsfähige Gewinn ermittelt und verteilt werden soll, derart, daß mit Feststellung der Bilanz ohne weiteres auch die Höhe der Dividende berechnet werden kann, wird ein von der Aktie getragener und in dem betreffenden Dividendenscheine verbriefter Anspruch auf Gewinnanteil erst existieren durch einen ausdrücklichen Feststellungsakt der dazu berufenen Gesellschaftsorgane. Nur wenn und soweit durch einen solchen (Generalversammlungs-) Beschluß Gewinn auf einen bestimmten Dividendenschein „angewiesen" ist, ist dieser Träger eines entsprechenden Gläubigerrechts. Entspricht der Beschluß nicht dem Statut, ist z. B. der Gewinn nur auf die Dividendenscheine des letzten Jahres angewiesen, während er nach dem Statute mit Rücksicht auf die Nichtzahlung einer Dividende während der letzten Jahre und die übernommene Dividendengarantie auf die Dividendenscheine früherer Jahre oder in erster Linie auf die Dividendenscheine der Vorzugsaktien hätte angewiesen werden sollen, so kann der Beschluß nach § 271 HGB. angefochten werden, aber nicht von dem bloßen Inhaber eines nach dem Generalversammlungsbeschluß ausgefallenen Dividendenscheins, der bei Verkauf der Aktie die Dividendenscheine früherer dividendenloser Jahre zurückbehalten hatte. **b)** BauersZ. **19** 150. Die AG. ist berechtigt, die Legitimation der Dividendenscheininhaber zu prüfen; sie kann deshalb auch von den Inhabern verlangen, daß sie auf dem Dividendenscheine Namen oder Firmenstempel angeben müssen, wenn sie die Dividende fordern wollen.

3. Bilanzgrundsätze für die Gewinnberechnung. **RG.** BauersZ. **19** 200, BankA. **11** 207. Stillegung einer von der AG. bisher betriebenen, aber nicht mehr rentierenden Anlage gegen Zahlung einer von der Konkurrenz gezahlten Summe. Da es sich bei der Stillegung der Anlage um eine außerordent-

liche, die wirtschaftliche Grundlage der AG. ergreifende notwendige Maßnahme handelt, durch die einerseits der Buchwert der Anlage, da sie fortan nur noch als außer Betrieb gesetzte und zum Abbruche bestimmte Anlage in Betracht kommt, herabgesetzt, andererseits aber als Ersatz für den wegfallenden Betriebsgewinn der Anlage dem Gesellschaftsvermögen in der Abfindung ein Kapital zugeführt wird, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß das unter solchen Umständen dem Gesellschaftsvermögen zugeflossene Kapital nicht einen im normalen Geschäftsverkehr erzielten und deshalb bei der Gewinnverteilung nach dem Statut anzusetzenden Betriebsgewinn bildet; vielmehr entspricht es der Sachlage, dieses Kapital für den Fortbestand der Gesellschaft und die Ermöglichung eines Ersatzes des stillgelegten Betriebs zurückzulegen.

4. SächsOLG. **33** 158, ZAktWes. **12** 134. Sofern nicht das Statut eine andere Vorschrift enthält, ist es zulässig, den nach Vornahme der erforderlichen Abschreibungen und Rücklagen bleibenden Reingewinn nicht als Dividende zu verteilen, sondern auf neue Rechnung vorzutragen. (S. a. § 271 Ziff. 1 f.)

5. Zahlung der Dividende durch neue Aktien. BauersZ. **19** 251. Die Frage, ob ein Aktionär gezwungen ist, einen Rechtszustand anzuerkennen, der ihm an Stelle von Gewinn junge Aktien zuweist, muß bejaht werden. Denn nach § 213 HGB. haben die Aktionäre nur Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder Statut von der Verteilung ausgeschlossen ist. Durch eine Änderung des Statuts läßt sich also erreichen, daß die Aktionäre neue Aktien anstatt Dividende erhalten.

6. BauersZ. **19** 52. Vorzugsaktien mit begrenztem Dividendenrechte.

7. **RG.** BauersZ. **19** 53. Ein am Reingewinne beteiligter Dritter braucht sich eine Schmälerung des Gewinns durch Anlegung und Speisung von statutenwidrigen Rücklagefonds oder durch übermäßige Abschreibungen nicht gefallen zu lassen (vgl. § 260 Ziff. 4).

8. BauersZ. **19** 148. Beim Vorhandensein einer Unterbilanz darf die AG. aus dem Dividendenreservefonds einen Gewinn nur dann verteilen, wenn der Reservefonds so hoch ist wie der Verlust und der zu verteilende Gewinn zusammengenommen.

9. Von der AG. übernommene Verpflichtung, einem Vorstandsmitgliede nach Auflösung des Dienstverhältnisses die erworbenen eigenen Aktien wieder abzunehmen. Wirksamkeit bei Konkurs der AG. a) LeipzZ. **12** 406, BauersZ. **19** 242 (Jena). Eine solche Verpflichtung scheint zunächst gegen § 226 Abs. 1 HGB. zu verstoßen. Es fragt sich aber, ob das dort enthaltene Verbot auch den Fall umfaßt, daß die AG. beim Verkauf einer eigenen Aktie sich durch einen Nebenvertrag zum Wiederkaufe der Aktie unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet. Bei der Einheitlichkeit des Geschäfts liegt dann nicht ein eigentlicher Neuerwerb vor, wie ihn § 226 verhindern will, sondern die Wiederherstellung des Rechtszustandes vor dem Verkaufe. Deshalb verneint **ROHG. 17** 381 die Anwendbarkeit des Verbots in solchen Fällen. Ob dieser Ansicht beizupflichten, war aber nicht zu entscheiden; denn die Verpflichtung der AG. ist jedenfalls im Falle ihres Konkurses nicht rechtswirksam. Die AG. ist eine reine Kapitalgesellschaft; an Stelle der persönlichen Haftung tritt die Garantie des Grundkapitals. Die Kapitalbeteiligung der Aktionäre bildet also die wirtschaftliche Basis der AG., und die Ansprüche der Aktionäre, die sich auf die Beteiligung gründen und sie zur Voraussetzung haben, müssen den Gläubigern gegenüber zurücktreten. Beweis die §§ 213, 215, denen der Gedanke zugrunde liegt, das Grundkapital zur Befriedigung der Gläubiger ungeschmälert zu erhalten. Bei ungestörtem Fortbestande der AG. mochte das Rückkaufsversprechen

ohne Schädigung der Gläubiger erfüllbar sein. Anders jetzt im Konkurse. In ihm sollen gerade den Grundstock der Teilungsmasse, die zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger bestimmt ist, die Einlagen der Aktionäre bilden. Sie an die Aktionäre zurückzugewähren, hieße die Masse an die Schuldner ausschütten. Eine andere Frage ist es, ob ein Aktionär unabhängig von seiner Aktionäreigenschaft ein Gläubigerrecht gegen die Gesellschaft erwerben kann. Das ist nicht ausgeschlossen. Der Aktionär kann sich zwar von der AG. nicht bindend versprechen lassen, daß sie ihm für den Schaden einstehe, der ihm aus seiner Beteiligung als Aktionär entstehen werde. Dagegen wäre es zulässig, daß die AG. einem Direktor, der zugleich Aktionär wird, bei der Anstellung eine Entschädigung für den Fall grundloser Kündigung zusichert. Davon ist hier keine Rede. Es ist auch nach Lage des Falles nicht anzunehmen, daß die Vertragsteile bei dem Vorbehalte der Rücknahme der Aktien an eine Kündigung durch Konkurs der AG. gedacht haben. Es bleibt noch die Frage übrig, ob der Kläger überhaupt Aktionär geworden ist. Denn wäre dies nicht der Fall, so könnte er seine Einlage trotz § 213 zurückfordern. Er ist aber Aktionär geworden; das Versprechen der AG. war nicht von vornherein nichtig, so daß bei der Einheitlichkeit des Geschäfts auch der Aktienerwerb des Klägers hinfällig wäre. **b)** Das Urt. des OLG. Jena ist vom **RG.** LeipzZ. **12** 849, BauersZ. **19** 128, **20** 29 bestätigt. Vgl. hierzu **RG.** R. **12** Nr. 3133 in JDR. **10** § 213 Ziff. 5. **c)** **RG.** JW. **12** 876. Ist die Anstellung eines Dritten als Vorstandsmitglied von Übernahme einer Anzahl Aktien abhängig gemacht und gleichzeitig vereinbart worden, daß im Falle der Kündigung seitens der Gesellschaft der Angestellte die Rücknahme der übernommenen Aktien zu einem bestimmten Kurse verlangen dürfe, so verstößt diese Vereinbarung gegen § 213.

10. Rückforderung der Einlage, wenn die Aktienzeichnung durch Irrtum oder Täuschung veranlaßt war (vgl. § 189 Ziff. 2).

§ 215. 1. Festsetzung von Bauzinsen in einem Kapitalserhöhungsbeschlusse. **RG. 77** 255, JW. **12** 82, BankA. **11** 108, LeipzZ. **12** 67, DNotV. **12** 739, BauersZ. **19** 103, R. **12** Nr. 121. Der Wortlaut des § 215 Abs. 2, die Entstehungsgeschichte des Art. 217 Abs. 2 ADHGB. und der Zweck dieser Bestimmung führen zu dem Ergebnisse, daß Bauzinsen von bestimmter Höhe für einen im voraus kalendermäßig bestimmten Zeitraum nicht allein in dem ursprünglichen, sondern auch in dem abgeänderten Gesellschaftsvertrag und insbesondere gelegentlich eines Kapitalserhöhungsbeschlusses beschlossen werden können. Es ist, wie schon **RG. 68** 240 hervorgehoben, davon auszugehen, daß, was im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden kann, auch der Einführung im Wege der Statutenänderungen grundsätzlich zugänglich ist. Wo dies ausgeschlossen sein soll, bedarf es einer Begründung aus dem Gesetze. In bezug auf § 215 Abs. 2 liegt ein Anhaltspunkt für die Beschränkung seiner Wirksamkeit auf den Gründungsvertrag nicht vor.

2. Schaffung und Verwendung eines Dividendenreservefonds. **a)** BauersZ. **19** 218. Wenn der Gesellschaftsvertrag die Bildung und Dotierung eines Dividendenrücklagefonds vorsieht, dann hat die Generalversammlung freie Hand, und zwar sowohl in Hinsicht auf die Zuweisung von Reingewinnbeträgen an diesen Fonds als auch in der Verwendung desselben zu Gewinnverteilungszwecken. Hierbei genügt die einfache Stimmenmehrheit. Läßt sich aber das Recht, einen Dividendenreservefonds zu dotieren, nicht aus dem Gesellschaftsvertrag ableiten, so kommt § 271 Abs. 3 zur Anwendung. Hier begegnet man dann der Besonderheit, daß mit einer beliebig geringen Quote des Grundkapitals alle nur denkbaren Reserven seitens der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden können, daß aber die Anfechtung eines solchen Beschlusses nur möglich ist, wenn die widersprechende Minderheit mindestens den 20. Teil des Grund-

kapitals besitzt. Die Heranziehung dieser Gewinnrücklage, um die Dividende eines Geschäftsjahrs aufzubessern, läßt sich ebenfalls mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen, und hiergegen hat der einzelne Aktionär kein Anfechtungsrecht. Auch steht es der Generalversammlung frei, einen nicht statutarischen Reservefonds mit einfacher Stimmenmehrheit zu einem anderen gesetzes- oder satzungsgemäßen Zweck zu verwenden; eine Anfechtung findet nicht statt, da weder eine Verletzung des Gesetzes noch des Gesellschaftsvertrags vorliegt. b) SächsOLG. **33** 158, BauersZ. **19** 151. Ein Aktionär, der nicht über den 20. Teil des Grundkapitals verfügt, kann den Beschluß, wonach der gesamte Reingewinn auf neue Rechnung vorgetragen wird, nicht anfechten. (Vgl. § 213 Ziff. 4.)

§ 219. Kaduzierung. 1. Kaduzierungsverfahren und Konkurs des Aktionärs. **RG.** BauersZ. **20** 8, ZAktWes. **12** 138, R. **12** Nr. 1678. Die Einleitung des Kaduzierungsverfahrens gegen den säumigen Aktionär braucht der Anmeldung einer Forderung der AG. gegen den Aktionär in dessen Konkurs nicht vorauszugehen. AM. Jaeger, KO. § 17 Anm. 5.

2. Frist des Abs. 2. BauersZ. **19** 220 (Hamburg). Im Zusammenlegungsbeschlusse der Generalversammlung heißt es zwar, daß die Aktien spätestens bis 28. Februar einzureichen seien, während das Ausschreiben im Reichsanzeiger die Frist bis 15. April erstreckt. Das ist offenbar dadurch zu erklären, daß der Vorstand mit der Aufforderung im Gesellschaftsblatte gezögert hat und deshalb die im § 219 Abs. 2 festgesetzten 3 Monate vor Ablauf der Frist vom 28. Februar nicht mehr eingehalten werden konnten. Durch diese Fristerstreckung ist aber Kläger, dessen Aktien nach § 290 für kraftlos erklärt wurden, nicht geschädigt. Ein Verstoß gegen §§ 290, 219 liegt nicht vor.

§ 222. Abs. 4. Übertragung vinkulierter Namensaktien. Adams, BankA. **11** 210. Es ist streitig, ob der Verstoß gegen die im § 222 Abs. 4 angeführten Erfordernisse der Veräußerung lediglich den Übertragungsakt als solchen oder auch die zugrunde liegende Kaufverpflichtung trifft. Im letzten Falle kann der Käufer den ausgelegten Kaufpreis ohne weiteres zurückverlangen. Ist dagegen anzunehmen, daß lediglich der Übertragungsakt nichtig ist, so bleibt die zugrunde liegende Kaufverpflichtung unberührt, und aus ihr heraus muß sich der Käufer gefallen lassen, daß der Verkäufer ihm Form und Genehmigung nachbringt. Im Gegensatze zu Staub, der die letztere Ansicht vertritt, hat das OLG. Cöln sich der anderen Meinung angeschlossen. Das vom OLG. Cöln zur Begründung seiner Ansicht angezogene Urteil des **RG. 41** 5 ist hierfür allerdings nicht verwertbar; aber der Ansicht des OLG. Cöln ist gleichwohl beizupflichten, da der Zweck des Gesetzes (Unterbindung des Handels mit Kleinaktien) nur auf diese Weise voll erreicht wird.

§ 223. Abs. 3. Eintragung in das Aktienbuch. 1. **RG.** JW. **12** 692, LeipzZ. **12** 454, BauersZ. **19** 267, R. **12** Nr. 1679, 1680. Die Eintragung in das Aktienbuch entbehrt jeder rechtsbegründenden Wirkung. Der Eintritt des neuen Aktionärs vollzieht sich nicht erst durch die Umschreibung, vielmehr unabhängig von ihr durch den Verkauf und die Übereignung des Papiers. Das gilt gleichviel, ob die Aktien auf den Inhaber lauten oder auf Namen. Die Bedeutung des § 223 Abs. 3 beschränkt sich also darauf, daß er in eigenartiger Weise über die Legitimation des Aktionärs bestimmt. Nur der eingetragene Aktionär kann die Rechte aus der Aktie geltend machen. Andererseits erwirbt die Gesellschaft ohne ihr Zutun gegen den neuen Gesellschafter unmittelbar den Anspruch darauf, daß er die zur Berichtigung des Aktienbuchs notwendigen Erklärungen abgibt. Daraus folgt aber nicht, daß die Gesellschaft vor Klage gegen den neuen Aktionär erst die Berichtigung des Aktienbuchs herbeiführen muß. Sieht sie sich in der Lage, gegen den Aktionär Ansprüche durch Klage geltend zu machen, so muß ohnehin wie über den Anspruch selbst auch über die Passivlegitimation gerichtlich entschieden werden. Nur unter

Umständen kann die auf Antrag des Käufers vollzogene Umschreibung der Aktie Voraussetzung für Ansprüche der Gesellschaft sein; so **RG.** JW. **06** 433, wo die AG. einen gegen das Zeichnen der Aktie erwachsenen Anspruch auf Einzahlung gegen den Rechtsnachfolger geltend machte.

2. **RG.** R. **12** Nr. 122. Der im Aktienbuche Verzeichnete gilt im Verhältnisse zur AG. als Aktionär auch dann, wenn die Aktie ohne das in der Satzung vorgeschriebene Indossament übertragen worden ist. Daß der Buchführer bei ordnungsmäßiger Prüfung das Fehlen des Indossaments hätte rügen sollen, tut der Anwendbarkeit des § 223 Abs. 3 keinen Abbruch.

§ 226. Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft. Von der AG. übernommene Verpflichtung, einem Vorstandsmitgliede nach Auflösung des Dienstvertrags die erworbenen eigenen Aktien wieder abzunehmen, vgl. § 213 Ziff. 9.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. Vorstand. 1. Herrmann, HoldheimsMSchr. **12** 205. Rechtliche Natur und Stellung des Vorstandes einer AG.

2. BauersZ. **20** 25. Die Vorstandsmitglieder mit einem Jahreseinkommen bis zu 5000 M. unterliegen, soweit sie nicht etwa ihr Amt im Nebenberuf ausüben, der Angestelltenversicherung.

3. Ausländer als Vorstand. Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 269, teilt aus der Praxis des Registergerichts mit: Aus § 182 HGB. folgt nicht, daß der Vorstand im Inlande wohnen oder Inländer sein müsse. Daraus können allerdings Schwierigkeiten bei Zustellungen, Ladungen, z. B. auch im Offenbarungseidsverfahren, entstehen. Ist nur ein Vorstand vorhanden und dieser Ausländer, so ergibt sich die Schwierigkeit des § 199 ZPO., die nicht etwa nach §§ 174, 175 ZPO. durch Aufgabe zur Post zu umgehen ist, da ja die Partei (AG.) ihren Sitz nicht im Auslande hat. Es ist deshalb angezeigt, daß das Aktiengesetz für die persönliche Qualifikation der Vorstandsmitgliedschaft das Erfordernis aufstelle, daß im Falle der Bestellung eines Ausländers oder eines im Auslande Wohnenden zum Vorstand ein zweites Vorstandsmitglied mit obligatorischem Wohnsitz im Inlande zu bestellen ist.

4. Vergütung des Vorstandes (vgl. § 237). **RG.** R. **12** Nr. 2703. Anders als bei einem Aufsichtsratsmitgliede kann bei einem Vorstandsmitglied, auch wenn sich seine Tätigkeit lediglich auf die Teilnahme an den Vorstandssitzungen beschränkt hat, die Vergütung nicht nur nach der den Sitzungen tatsächlich gewidmeten Zeit und Arbeit bemessen werden.

5. Kündigung des Vorstandes. Vereinigung zweier AG. als Anlaß zur Auflösung des Dienstverhältnisses. OLG. **24** 140 (Hamburg) s. schon JDR. **10** § 305 Ziff. 1.

6. Entlassung des Vorstandes. a) LeipzZ. **12** 406 (Jena). Dem Vorstand auferlegte Verpflichtung zur Beteiligung als Aktionär; von der AG. übernommene Pflicht, dem Vorstande bei Auflösung des Dienstverhältnisses diese Aktien wieder abzunehmen; Einfluß des Konkurses der Gesellschaft vgl. § 213 Ziff. 9. b) LeipzZ. **12** 406, BauersZ. **19** 242 (Jena). Von der AG. eingegangene Verpflichtung, dem Vorstande, der zugleich Aktionär ist, bei grundloser Entlassung eine Entschädigung zu zahlen. c) Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 123. Der Widerruf der Vorstandsbestellung hat von dem satzungsgemäßen Bestellungsorgane, mangels abweichender Satzungsbestimmung von der Generalversammlung zu erfolgen. Streitig ist, ob dann, wenn der Aufsichtsrat zur Bestellung berufen ist, trotzdem die Generalversammlung den Widerruf erklären kann. Für Bejahung Staub; aM. Ritter, HGB. Mit letzterem vertritt Marcus die Ansicht, daß die Generalversammlung nicht gegen den in ordnungsmäßiger Funktion

waltenden Aufsichtsrat Bestellung oder Widerruf ohne vorherige Satzungsänderung ausüben könne. d) Marcus, HoldheimsMSchr. 12 123. Anfechtungsrecht des Entlassenen. Das Vorstandsmitglied, das vom satzungsgemäß legitimierten Aufsichtsrat abberufen ist, der eben durch die Generalversammlung bestellt wurde und in Anschluß hieran ihn abberief, kann den Beschluß nicht nach § 271 HGB. anfechten, um ein Urteil durchzusetzen, daß die Wahl dieses Aufsichtsrats ordnungswidrig zustande gekommen, also seine Abberufung ungültig sei. e) BauersZ. 19 49. Hat das Vorstandsmitglied den Aufsichtsrat zur sofortigen Kündigung gereizt, so kann das nach § 254 BGB. zu einer Beschränkung seiner Schadensersatzansprüche führen. f) **RG.** ZAktWes. 12 205. Hat das erste Vorstandsmitglied einer AG. sich nach dem Vertrag über die Zeit seines alljährlichen Urlaubs mit dem Aufsichtsrate zu verständigen und verweigert dieser aus Geschäftsrücksichten die Beurlaubung zu der vom Vorstande verlangten Zeit, so kann die Selbstbeurlaubung des Vorstandes einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung bilden, und zwar auch dann, wenn er vor der Urlaubsnahme in erster Instanz ein ihm günstiges Feststellungsurteil auf Berechtigung zur Urlaubsnahme für die fragliche Zeit erstritten hatte, der Aufsichtsrat aber auf seiner Urlaubsverweigerung bestehen blieb. g) BauersZ. 19 73. Die Ausstellung des Dienstzeugnisses für den ausscheidenden Vorstand erfolgt durch den Aufsichtsrat. Nach dem Ausscheiden des Vorstandes hat zwar der Aufsichtsrat auch noch die Befugnis zur Ausstellung des Zeugnisses; doch handelt es sich hierbei nicht mehr um eine Pflicht, und der Ausgeschiedene gilt als Dritter, der es nur noch mit der AG. zu tun hat; er muß also sein Verlangen an die AG. richten und damit zufrieden sein, wenn deren derzeitiger Vorstand als gesetzlicher Vertreter das Zeugnis ausstellt. Eine Klage auf Erteilung oder auf Berichtigung eines erteilten Zeugnisses ist immer gegen die AG. zu richten. h) BauersZ. 19 145. Entlassung eines Generaldirektors wegen Luxusausgaben zu Lasten der Gesellschaft. i) BauersZ. 19 145. Der von den Aktionären aus einer Dividendengarantie in Anspruch genommene entlassene Vorstand kann der Klage nicht entgegensetzen, daß er infolge seiner ungerechtfertigten Entlassung den Verdienst der AG. nicht so steigern konnte. Auch wenn ein Grund zur Entlassung nicht vorlag, hat der Entlassene nur einen Anspruch gegen die AG. als solche, das ist ein mit den Ansprüchen der Aktionäre aus der Dividendengarantie nicht zusammenhängender Rechtsstreit. k) BauersZ. 19 193. Sofortige Entlassung eines Direktors, der, ohne die statutarische Genehmigung des Aufsichtsrats einzuholen, Verträge abschloß. l) **RG.** BauersZ. 20 27. Bei einer ungerechtfertigt schroffen Entlassung, die die Erlangung einer weiteren Lebensstellung unmöglich macht, kann der Direktor Schadensersatz auch über die Dauer des Dienstvertrags hinaus fordern.

7. BauersZ. 19 99 (Dresden). Freigabe der gestellten Kaution des Direktors aus Irrtum berechtigt nicht zur Klage auf Wiedereinräumung des Pfandrechts an den ausgehändigten Wertpapieren.

§ 232. Gesamtvertretung. 1. **RG.** BauersZ. 19 242. Übertragung der gesamten Vertretungsmacht seitens eines Vorstandsmitglieds auf ein anderes kollektiv zeichnendes Vorstandsmitglied (vgl. § 125).

2. **RG.** BauersZ. 19 195. Haftung einer Aktienbank für die unrichtige Kreditauskunft eines Vorstehers (Kollektivprokuristen) ihrer Zweigniederlassung.

3. BauersZ. 20 25. Die nach § 232 Abs. 1 Satz 2 einem Kollektivvorsteher von den anderen Mitgliedern erteilte Bevollmächtigung zur Vornahme bestimmter Geschäfte erlischt, wenn einer der auftragerteilenden Vorstandsmitglieder aus irgendeinem Grunde aus dem Vorstand ausscheidet. (Vgl. **RG.** R. 12 Nr. 2996 bei § 25 GenG.)

4. RheinNotZ. **57** 135 (KG.). Wird eine AG., die nur einen Direktor hat, durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen rechtsgültig vertreten, so hat dieser eine der gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Vorstandsmitglieds gleichkommende Vertretungsmacht. In der dieses Vertretungsverhältnis anordnenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags liegt für den Prokuristen die Erteilung der im § 49 HGB. erforderten besonderen Ermächtigung zur Grundstücksveräußerung. Wird der Gesellschaftsvertrag dann dahin geändert, daß die Vertretung der AG. rechtsgültig auch durch zwei Prokuristen erfolgen kann, so liegt die Folgerung nahe, daß fortan die Prokuristen als Gesamtprokuristen allein zur Vertretung der AG. in demselben Umfange berechtigt sein sollen, wie sie es einzeln mit einem Vorstandsmitgliede waren, und es wird zu erwägen sein, ob nicht hierin wiederum die im § 49 HGB. erforderte besondere Ermächtigung an zwei Prokuristen zu finden ist.

§ 237. Vergütung des Vorstandes (vgl. auch § 231 Ziff. 4). BauersZ. **19** 50. Von dem Reingewinne, der durch Verkauf von Anlagen oder Betriebsmaterial erzielt worden ist, können Vorstand und Aufsichtsrat Tantiemen beanspruchen.

§ 238. Anmeldung einer Prokura; Prüfungsrecht des Registerrichters. a) KGJ. **41** A 131, RJA. **11** 195, SeuffA. **67** 252, ZBlFG. **13** 83, DNotV. **12** 737, BauersZ. **19** 194, R. **12** Nr. 1673. Bei der Anmeldung der Erteilung einer Prokura hat der Vorstand der AG. in der Zusammensetzung mitzuwirken, in der er auch sonst zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist. Der Registerrichter hat bei einer solchen Anmeldung ein gewisses Prüfungsrecht in bezug auf die Richtigkeit der zur Eintragung angemeldeten Tatsachen. Man wird dem Registerrichter deshalb nicht zumuten dürfen, daß er angemeldete Tatsachen, deren Unwahrheit gerichtskundig ist, einträgt. Ergeben sich für ihn erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit angemeldeter Tatsachen, so wird er sie nicht ohne weiteres unberücksichtigt lassen dürfen, sondern ihre Aufklärung versuchen müssen. Darüber hinaus geht aber seine Prüfungspflicht nicht; insbesondere kann er nicht ohne besondere Veranlassung eine Anmeldung beanstanden. Deshalb braucht auch in der Regel der anmeldende Vorstand nicht nachzuweisen, daß die angemeldete Prokuraerteilung auf einem ordnungsmäßig zustande gekommenen Beschlusse des Vorstandes beruht. b) Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 123, verteidigt im Gegensatze zu Staub die Ansicht des KG., daß der Registerrichter bei Prokurenanmeldung die nach § 238 HGB. in concreto erforderliche Aufsichtsratszustimmung bzw. die Beobachtung der Satzungsbestimmungen zu kontrollieren habe.

§ 241. Haftung der Vorstandsmitglieder. 1. Maß der anzuwendenden Sorgfalt. BauersZ. **20** 2. Bei großen Transaktionen darf eine kritische Prüfung nicht bloß vom Standpunkte der finanziellen Verhältnisse und unter Berücksichtigung des Augenblicks oder der allernächsten Zeit erfolgen, vielmehr hat eine gerechte Beurteilung der Sachlage auch die fernere Zukunft und außerdem sämtliche Faktoren in Erwägung zu ziehen, die das Geschäft als im Interesse der Gesellschaft liegend bezeichnen.

2. BauersZ. **19** 265. Eine Verantwortlichkeit des Vorstandes für zu niedrige Abschreibungen entfällt dann, wenn nach dem Vertrage der Aufsichtsrat die Abschreibungen festsetzt. Daraus, daß der Vorstand den Geschäftsbericht trotz der niedrigen Abschreibungen ohne jeden Vorbehalt oder Hinweis auf seine abweichende Ansicht als Vorstand unterschrieb, kann eine Haftung nicht hergeleitet werden.

3. **RG.** BauersZ. **19** 73. Allerdings ist nach § 31 BGB. ein Verein für den Schaden verantwortlich, den sein Vorstand durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangenen Handlung einem Dritten zufügt. Der § 31 hat aber nicht die Bedeutung, daß als Täter nur der Verein zu gelten habe. Täter ist vor allem die physische Person des Vorstandes; er haftet also aus uner-

laubten Handlungen gegenüber den Geschädigten persönlich und nur neben ihm haftet der Verein.

4. BauersZ. 19 75. Die Pflicht zur Einreichung der Steuererklärung einer AG. liegt dem Vorstand ob. Wenn dieser mit der Aufstellung der Deklaration einen Angestellten betraut, so geht mit der Übertragung der Arbeit keineswegs auch die Verantwortung für diese Arbeit mit über. Ebenso wie materiell die Aufstellung der Deklaration einer Prüfung seitens des Vorstandes bedarf, ebenso hat dieser dafür zu sorgen, daß die gesetzliche Frist innegehalten wird.

5. BauersZ. 19 98. Regelung der Ansprüche der AG. aus der Geschäftsführung gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder durch Vergleich vgl. § 270.

6. Beweislast über Anwendung der gebotenen Sorgfalt vgl. § 249 Ziff. I 1.

7. Einfluß einer Genehmigung der Generalversammlung. BauersZ. 20 2. Die Genehmigung der Generalversammlung macht eine Regreßhaftung des Vorstandes oder Aufsichtsrats unmöglich; denn es würde einer Arglist gleichkommen, wollte die AG. die durch ihr Willensorgan, die Generalversammlung, beschlossenen und dann ausgeführten Rechtsgeschäfte hinterher mißbilligen. Eine Ausnahme machen §§ 241, 249, und außerdem wäre eine Berufung auf die Zustimmung der Generalversammlung dann unwirksam, wenn der Vorstand durch falsche oder unvollkommene Vorlagen die Aktionäre getäuscht hätte.

§ 242. BauersZ. 20 29 (KG.). Ein Ordnungsstrafverfahren gegen stellvertretende Vorstandsmitglieder ist unzulässig, falls dieses bereits gegen die ordentlichen Vorstandsmitglieder eigeleitet wurde.

§ 243. 1. Ausbedingen von Aufsichtsratsstellen im Gesellschaftsvertrage. BauersZ. 20 3. Eine solche Vereinbarung steht in Widerspruch mit der zwangsgesetzlichen Vorschrift des § 243 Abs. 1 und ist deshalb nichtig. Die Wahlfreiheit der Aktionäre läßt sich auch im Gesellschaftsvertrage nicht vereiteln oder beschränken (RJA. 7 204 [KG.] u. **RG. 57** 205).

2. Beschlüsse des Aufsichtsrats. OLG. 24 172, RJA. 11 277, HoldheimsMSchr. 12 72, 249, ZAktWes. 12 76, ZBlFG. 12 757, 13 249, DNotV. 12 737, BauersZ. 19 171, R. 12 Nr. 785 (KG.). § 243 Abs. 1 steht der Satzungsbestimmung einer AG. nicht entgegen, daß der Aufsichtsrat beschlußfähig sei, wenn mindestens zwei Mitglieder anwesend sind. § 243 bestimmt nur die Art der Zusammensetzung des Organs, nicht das Zustandekommen seiner Beschlüsse. Darüber entscheiden §§ 21—54 BGB.; nach § 40 ist aber der Satzung volle Freiheit gewährt, so daß mangels gegenteiliger Satzungsnorm auch ein gültiger Beschluß bei Anwesenheit eines Mitglieds zustandekommen kann. KGJ. 24 198 steht nicht entgegen; dort handelt es sich nur um die Erfordernisse für Rechtsakte des Aufsichtsrats nach außen.

§ 244. Personalveränderungen des Aufsichtsrats. Das KG. hat mit Beschluß vom 15. März 1912 entschieden, eine Änderung im Sinne des § 244 liege erst vor, wenn endgültig die Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen Aufsichtsrat und Gesellschaft feststehe, die Beendigung müsse zulässig und gerechtfertigt sein. Es wurde deshalb die Veröffentlichungspflicht des Vorstandes verneint, weil der Vorstand an der Berechtigung der Amtsniederlegung Zweifel gehabt hat. Gegen diese Entscheidung wendet sich Marcus, HoldheimsMSchr. 12 124: „Ob das Aufsichtsratsmitglied, das sein Amt niederlegt, das berechtigterweise tut, ist lediglich eine Frage der Schadensersatzpflicht; es gibt keine Klage auf Beibehaltung des Amtes. Ist die Kündigung dem legitimierten Organe gegenüber unwiderrufen erklärt, dann kommt es auf deren Rechtsbegründetheit nicht an; das Kollegialorgan besteht dann nicht mehr in der bisherigen Zusammensetzung und das

bedeutet die „Änderung". Es ist also auch bei Strittigkeit der Kündigungszulässigkeit die in Wirklichkeit eingetretene Personenveränderung zu veröffentlichen.

§ 245. Vergütung des Aufsichtsrats. 1. Reine Tantieme; fixierte Vergütung; Verbindung einer fixierten Vergütung mit einer Tantieme; Garantie einer Mindesttantieme. v. d. Heide, ZAktWes. **12** 35, BankA. **11** 119. Das Gesetz geht von der reinen, vom Reingewinne nach Abzug sämtlicher Geschäftsunkosten zu berechnenden Tantieme aus. Sehr viele Gesellschaften haben von dieser Art der Vergütung Abstand genommen und eine ein für allemal auf einen bestimmten Betrag fixierte Vergütung eingeführt, die dem Aufsichtsrat auch in schlechten Geschäftsjahren eine Entschädigung für seine Tätigkeit sichert, da mangels einer besonderen Vorschrift die Berechnung der festen Vergütung auch vor Abzug der Abschreibungen, der Rücklage und der 4 pCt. Dividende erfolgen, dann aso auch gewährt werden kann, wenn überhaupt nichts verdient worden ist. Aber diese beiden Arten der Vergütung haben auf die Dauer nicht genügt; einerseits muß dem Aufsichtsrat in schlechten Jahren eine gewisse Vergütung gewährleistet sein, andererseits ist es billig, ihn auch an dem Verdienste besonders gewinnreicher Jahre teilnehmen zu lassen. Deshalb hat man die beiden Arten der Vergütung verbunden, indem man entweder eine feste Vergütung und eine Tantieme oder eine feste Vergütung und eine Tantieme mit der Maßgabe, daß diese auf die feste Vergütung in Anrechnung kommt, festsetzte (die Berechnung dieser beiden Arten wird an Beispielen erörtert). Bei dieser zusammengesetzten Vergütung hat man sich daran gewöhnt, von der festen Vergütung als von einem garantierten Mindestbetrag der Tantieme zu sprechen. Diese Fassung hat bei der Eintragung wiederholt zu Beanstandungen geführt, wenn auch zu Unrecht. Es wird sich deshalb empfehlen, von diesem Wortlaute „der garantierten Tantieme" abzugehen und zu unterscheiden zwischen fester Vergütung und Tantieme.

2. BauersZ. **19** 50. Der Aufsichtsrat hat Anspruch auf Tantieme von dem Reingewinne, der durch Verkauf von Anlagen oder Betriebsmaterial erzielt wurde.

3. BauersZ. **19** 266. Ob der Aufsichtsrat auch von dem an den Vorstand bezahlten Tantiemebetrag seine Tantieme fordern kann, ist im Gesetze nicht entschieden, wird aber in der Praxis vielfach angenommen. Diese Art der Tantiemeberechnung läßt sich aber dann nicht aufrechterhalten, wenn der Gesellschaftsvertrag die Reihenfolge aufzeigt, in der der erzielte Reingewinn zu verwenden ist. Heißt es hier, daß erst der Reservefonds, dann die Vorstandstantieme, dann die Vordividende und dann die Tantieme des Aufsichtsrats von dem jeweils verbleibenden Gewinnbetrage zu berechnen ist, dann darf der Aufsichtsrat nicht verlangen, daß er von dem dem Vorstande zugewiesenen Tantiemebetrag gleichfalls seine Tantieme bekommt.

4. BauersZ. **19** 266. Während die Praxis überwiegend im Anschluß an **RG.** JW. **05** 345 den Gewinnvortrag als eine Rücklage im Sinne der §§ 217, 245 ansieht, die tantiemefrei zu bleiben hat, hat das LG. Stuttgart die Tantiemepflichtigkeit des Gewinnvortrags angenommen.

5. Vorstandsmitglieder einer anderen AG. als Aufsichtsräte; wem gehört die Tantieme? BauersZ. **20** 1. Ist der Direktor einer AG. ohne jedes Zutun seiner Gesellschaft in den Aufsichtsrat einer anderen AG. gewählt, so bezieht er die Tantieme für sich allein, zumal wenn er die Obliegenheiten eines Aufsichtsrats nicht während seiner Dienstzeit als Direktor erledigt. Daß er vielleicht wegen seiner Stellung als Vorstand und wegen der in diesem Amte bewiesenen Fähigkeit gewählt wurde, ist belanglos. Ist seine Wahl dagegen auf den Einfluß seiner AG. zurückzuführen, die am Vertretensein in dem Aufsichtsrat

einer anderen AG. ein Interesse hat, dann gehört seine als Aufsichtsrat entwickelte Tätigkeit eigentlich zu seinen Obliegenheiten als Direktor, und dafür wird er bereits durch sein Einkommen als Direktor bezahlt, so daß die Tantieme eigentlich seiner Gesellschaft zugute käme. Das gleiche gilt, wenn die AG. durch Aktienbesitz Aktionärin einer anderen AG. ist und ihr Vorstand gleichsam von ihr selbst in den Aufsichtsrat der anderen AG. gewählt wird. Die Praxis läßt zwar meist die Aufsichtsratstantieme dem Vorsitzenden; aber eine andere Regelung ist zulässig. Vgl. ferner BauersZ. **20** 26.

6. Vergütung des während des Geschäftsjahrs ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitglieds. OLG. **24** 141, BauersZ. **19** 157 (Dresden) s. schon JDR. **10** Ziff. 3.

§ 246. Geschäftsführung des Aufsichtsrats. 1. BauersZ. **19** 122. Grundregeln für die Überwachungs- und Revisionstätigkeit des Aufsichtsrats.

2. Klagen der Aufsichtsratsmitglieder gegeneinander auf Pflichterfüllung. Fürst, LeipzZ. **12** 10. Es hat zwar nicht das einzelne Aufsichtsratsmitglied einen Anspruch gegen seine Kollegen oder einzelne derselben dahin, daß diese ihrerseits ihre Pflicht gegen die Gesellschaft erfüllen; dies zu verlangen, ist lediglich Sache der Gesellschaft. Also keine Klage eines Mitglieds gegen ein anderes mit dem Antrage, letzteres zur Teilnahme an den Beratungen zu verurteilen. Wohl aber kann ein jeder verlangen, daß die übrigen ihm die Erfüllung seiner Pflichten ermöglichen, und daß sie, soweit erforderlich, ihm auch positiv die Möglichkeit hierzu verschaffen.

3. Klage eines Aufsichtsratsmitglieds gegen den Vorsitzenden. Fürst, LeipzZ. **12** 11. Wenn auch das einzelne Mitglied kein Recht auf Einsicht von Schriftstücken und Büchern hat (Staub § 246 Anm. 6), so kann es doch Zulassung zur Miteinsichtnahme bezüglich der Skripturen verlangen, die dem Aufsichtsrat als ganzem vorgelegt werden, und ein umgangenes Mitglied kann diesen Anspruch durch Klage geltend machen. (Vgl. unten Ziff. 6.)

4. BauersZ. **19** 100 erörtert die Frage, ob die Aufsichtsratsmitglieder, ohne gegen die guten Sitten zu verstoßen, in Angelegenheiten der AG. eine bezahlte Tätigkeit ausüben dürfen, und bejaht sie unter Verwerfung der gegenteiligen Ansicht des OLG. Zweibrücken. Von selbst versteht es sich, daß ein zwischen der AG. und einem Aufsichtsratsmitglied abgeschlossenes Rechtsgeschäft nichtig wäre, wenn dieses absichtlich zum Nachteile der AG. handelt.

5. Umfang des Überwachungsrechts des Aufsichtsrats. BauersZ. **19** 121. Die meisten Statuten enthalten die Generalklausel, daß der Vorstand gehalten ist, den Weisungen des Aufsichtsrats nachzukommen. Man hat hiergegen eingewendet, das verstoße gegen § 248; denn das Kontrollorgan werde dadurch indirekt selbst Vorstand; die Gesetzlichkeit eines statutarischen Befehlsrechts des Aufsichtsrats sei im Innern mit Bezug auf die Gesellschaft anzuerkennen, niemals aber nach außen hin Dritten gegenüber. Diese Ansicht ist nicht richtig; die erwähnte Generalklausel steht vielmehr im Einklange mit § 246 Ziff. 3.

6. Sitzungen des Aufsichtsrats; Einladung; Abstimmung. a) *Fürst, LeipzZ. **12** 10. Die Mitglieder des Aufsichtsrats kommen durch ihre Wahl und deren Annahme in Rechtsbeziehungen zueinander und namentlich auch zu dem Aufsichtsratsvorsitzenden. Sie haben ein, event. durch Klage gegen den Vorsitzenden durchzusetzendes Recht darauf, daß dieser ihnen die Erfüllung ihrer Pflichten durch Einladung zu den Beratungen, Zugänglichmachung der Belege usw. ermöglicht. b) Sitzung des Aufsichtsrats. Fürst, LeipzZ. **12** 12. Die Abstimmungsbeschränkungen des § 252 Abs. 3

HGB., § 47 Abs. 4 GmbHG. gelten nicht für die Beratungen im Aufsichtsrate (vgl. Staub-Hachenburg, GmbHG. § 47 Note 24, § 52 Anm. 62).

§ 249. I. Haftung des Aufsichtsrats. 1. Beweislast bei Regreßklagen. Fürst LeipzZ. **12** 14. Für die Auferlegung der Beweislast bei Klagen wegen Pflichtverletzung durch einen Beauftragten haben die allgemeinen Regeln zu gelten, und es ist unzutreffend, wenn die herrschende Meinung (vgl. auch Staub § 241 Anm. 2) in solchen Fällen den Beauftragten ungünstiger stellen und das mit der ihm nach §§ 666, 675 BGB. auferlegten Pflicht zur Rechenschaftsablage rechtfertigen will. Das gilt auch für die Regreßklagen gegen Aufsichtsratsmitglieder. Demgemäß hat die Gesellschaft nicht nur zu erweisen, wie sich die Aufsichtsräte nach den Regeln ordentlicher Geschäftsführung zu verhalten hatten, sondern auch weiter die etwa von ihr behaupteten positiven Handlungen, die Pflichtwidrigkeiten darstellen sollen; dagegen hat sie, falls sie lediglich Unterlassungen rügt, den Beweis hierfür nicht zu erbringen, sondern darf die Gegendarlegungen und Gegenbeweise des Gegners abwarten. Die Gesellschaft darf bei ihren Klagen das Aufsichtskollegium als einheitliches Gebilde mit einheitlichem Willen ansehen. Es genügt deshalb, daß sie, soweit von ihr Behauptungen oder Beweise über das Verhalten des in Anspruch genommenen Mandatars nach obigem zu fordern sind, diese hinsichtlich des Aufsichtsrats als einheitlichen Organs erbringt und nicht bezüglich des einzelnen verklagten Aufsichtsratsmitglieds. Dem verklagten Mitglied, das nur für sein eigenes Verschulden einzustehen hat, ist dann der Nachweis gestattet, daß zu dem pflichtwidrigen Verhalten Tätigkeit von seiner Seite nicht in schuldhafter Weise mitgewirkt habe. Wenn im § 249 Abs. 3 bestimmt ist, daß die Aufsichtsratsmitglieder insbesondere bei den im § 241 Abs. 3 aufgezählten Verstößen zum Ersatze verpflichtet sind, wenn diese „mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten" erfolgten, so ist hierdurch eine Verschiebung der Beweislast nicht angeordnet. Der Abs. 3 enthält gegenüber dem Abs. 1 nur die Abänderung, daß die Darlegung, wie der Aufsichtsrat pflichtgemäß hätte handeln müssen, ersetzt wird durch die Verweisung auf das Gesetz, wonach die im § 241 Abs. 3 angeführten Handlungen zu unterbleiben hätten.

2. **RG.** BauersZ. **19** 74. Haftung des Aufsichtsrats als Anstifter oder Gehilfe bei widerrechtlichen Handlungen des Vorstandes. Hat der Vorsitzende des Aufsichtsrats durch seinen Einfluß einen Beschluß des Aufsichtsrats herbeigeführt, das an einen Dritten irrtümlich einbezahlte Geld einzubehalten, so daß der Vorstand, zwar immerhin für seine Handlung selbst verantwortlich, doch nur ausgeführt hätte, was der Aufsichtsrat auf Betreiben seines Vorsitzenden beschlossen hatte, dann ist der Tatbestand der Anstiftung gegeben. Eine bloße Zustimmung des Aufsichtsratsvorsitzenden zu der von dem Vorstande geäußerten Einbehaltungsabsicht erfüllt dagegen diesen Tatbestand, ja selbst den der Beihilfe noch nicht.

II. Ordnungsstrafverfahren gegen Aufsichtsratsmitglieder. 1. Josef, R. **12** 438, HoldheimsMSchr. **12** 150. Das Registergericht hat nicht eine allgemeine Ordnungsstrafgewalt gegen die Organe von Gesellschaften. Die §§ 14, 319, 325 HGB. geben dem Gerichte das Ordnungsstrafrecht nur in bestimmten Fällen. Und da der Grundsatz, daß im Wege der Analogie niemals eine Strafbestimmung hergeleitet werden kann, auch für das Ordnungsstrafverfahren gelten muß, so verbietet sich eine Anwendung dieses Verfahrens gegen Aufsichtsratsmitglieder. So auch in dem Falle des § 260 Abs. 2 HGB. Hiernach hat der Vorstand jährlich einen Geschäftsbericht dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen. Sonach bedarf der Vorstand zur Erfüllung dieser Pflicht allerdings der Mitwirkung des Aufsichtsrats. Aber ein Ordnungsstrafverfahren gegen den Aufsichtsrat ist nicht zulässig. Natürlich unterliegt ein Aufsichtsratsmitglied ohne weiteres dem Ordnungsstrafverfahren aus § 319,

wenn er gemäß § 248 Abs. 2 zum stellvertretenden Vorsteher bestellt ist. Im übrigen haben Pflichtverletzungen des Aufsichtsrats nur die Schadensersatzpflicht zur Folge. AM. Marcus, DJZ. 12 454.

2. KGJ. **42** A 167, BauersZ. **19** 51. Der Registerrichter kann nicht gegenüber dem Aufsichtsrate die Einberufung einer Generalversammlung durch Ordnungsstrafen erzwingen.

§ 250. Generalversammlung. Beantwortung von Fragen der Aktionäre in der Generalversammlung, Anspruch der Aktionäre auf Aufklärung. Markuse, LeipzZ. **12** 600. Das Gesetz kennt weder eine ausdrückliche Auskunftspflicht, noch eine unbedingte Schweigepflicht. Aus § 264 („erforderliche Aufklärung") ist zu schließen, daß unter Umständen eine Auskunftspflicht besteht, und zwar ist danach der Generalversammlung eine Kenntnis der Tatsachen zu vermitteln, die eine Beschlußfassung über die ihrer Entscheidung anvertrauten Fragen ermöglichen. Auskünfte, die für die Beschlußfassung der Generalversammlung nicht erforderlich sind, können abgelehnt werden, und zwar auch dann, wenn die Majorität der Generalversammlung sie verlangen sollte. Eine nicht erforderliche Auskunft muß sogar abgelehnt werden, wenn die Auskunft dem Unternehmen schaden kann. Ist die Auskunft erforderlich, so kann der Umstand, daß die Erteilung der Auskunft dem Unternehmen schaden kann, die Auskunftspflicht nicht beseitigen. Doch ist zu beachten, daß Aufklärungspflicht nicht identisch ist mit der Verpflichtung, der Generalversammlung über die gesamte Geschäftsführung im einzelnen Auskunft zu geben. Der Umstand, daß der Gesetzgeber den Revisoren ausdrücklich das Recht auf Einsichtnahme aller Bücher, Unterlagen usw. eingeräumt hat, läßt ohne weiteres den Schluß zu, daß der Generalversammlung ein solches Recht nicht zusteht. Die Generalversammlung hat vielmehr nur ein Recht das zu erfahren, was nötig ist, um zu dem Entschluß darüber zu kommen, ob sie zustimmen, ablehnen oder zwecks Aufdeckung dunkler Punkte die Einsetzung von Revisoren beschließen solle. Deshalb schreibt das Gesetz bei der Beschlußfassung über die sog. Regularien (Genehmigung der Bilanz, Verteilung der Dividende, Entlastung der Organe) vor, daß den Aktionären die Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht des Vorstandes mit den etwaigen Bemerkungen des Aufsichtsrats vorzulegen sind, geht also davon aus, daß diese Vorlagen ausreichen, so daß Vorstand und Aufsichtsrat zur Aufklärung nur insoweit verpflichtet sind, als die schriftlichen Mitteilungen nicht vorgelegt werden oder unvollständig, ungenau, unverständlich sind. Was von der Beschlußfassung über die Regularien gilt, gilt ebenso für die anderen, der Generalversammlung überwiesenen Angelegenheiten. Der Aufsatz behandelt einzeln den Umfang der Auskunftspflicht bei Kapitalerhöhung zwecks Betriebserweiterung (Bekanntgabe einer etwa schon gemachten Offerte), bei Verlusten und Veruntreuungen, und erörtert ferner, welche Rechtsbehelfe den Aktionären bei Verweigerung einer erforderlichen Auskunft zustehen. Über letzteren Punkt wird ausgeführt: Geht das Verlangen auf Auskunft von der Majorität aus, so kann sie die gestellten Anträge einfach ablehnen und dadurch indirekt die Verwaltung zur Erteilung der Auskunft zwingen; bei den Regularien ist nach § 264 HGB. die Vorlegung sogar schon bei Verlangen einer Minderheit möglich; eine allenfallsige Entlastungsklage des Vorstandes kann dann wegen Verweigerung der erforderlichen Auskunft abgelehnt werden. Weiter hat die Minderheit das Recht auf Einsetzung von Revisoren. Ob daneben dann einzelnen Aktionären auch die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses wegen verweigerter Auskunft nach § 271 zusteht, ist streitig, aber zu bejahen; die Klage ist schon dann gegeben, wenn die Möglichkeit besteht, daß die Aktionäre bei Kenntnis der Auskunft anders gestimmt hätten.

§ 252. Stimmrecht. 1. Stimmenkauf. OLG. **24** 142, BauersZ. **19** 146 (KG.). Hat der die Mehrzahl der Aktien besitzende Aktionär einem Dritten versprochen, gegen Abnahme eines Teiles der minderwertigen Aktien zum Nennbetrage für die Wahl des Dritten zum Vorstande zu stimmen, so ist dieser ganze gegen § 317 HGB. verstoßende Vertrag nichtig. Der dritte Käufer ist zur Rückforderung des Bezahlten berechtigt, soweit seine Anzahlung sich als Leistung auf den Kaufpreis der Aktien und nicht etwa als Vergütung des unmoralischen Stimmenkaufs darstellt.

2. BauersZ. **19** 238. Über die Frage, ob eine Pflicht der Aktionäre besteht, ihr Stimmrecht im Interesse der AG. auszuüben, s. § 47 GmbH. Vgl. weiter BauersZ. **19** 51, wo die Frage, ob ein Aktionär, der seine Stimme zum Schaden der Gesellschaft abgeben will, von der Abstimmung ausgeschlossen werden darf, verneint wird.

3. BauersZ. **19** 52. Beim Verkaufe hinterlegter Aktien steht das Stimmrecht dem Käufer zu, auf den die Stimmkarte umzuschreiben ist.

4. BauersZ. **19** 198. Bestimmt das Statut, daß niemand für sich oder als Bevollmächtigter eines Aktionärs mehr als 25 Stimmen in der Generalversammlung haben soll, so kann ein Aktionär, der zugleich als Bevollmächtigter auftritt, 2 × 25 Stimmen abgeben.

5. Abs. 2. Stimmrecht Bevollmächtigter. Unwiderrufliche Vollmacht s. § 318.

6. Abs. 3. a) Fürst, LeipzZ. **12** 12. Keine Anwendung der Stimmrechtsbeschränkungen des Abs. 3 auf die Beratungen im Aufsichtsrate (vgl. § 246 Ziff. 6 b). **b) RG.** ZAktWes. **12** 225. Der Aktionär darf bei der Beschlußfassung über den Widerruf seiner Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied mitstimmen.

§ 253. Ordnungsstrafe gegen den Aufsichtsrat zur Erzwingung der Einberufung einer Generalversammlung s. § 249 Ziff. II.

§ 255. 1. KGJ. **41** 134, R. **12** Nr. 2348. Verzicht auf ordnungsmäßige Einberufung der Generalversammlung und Ankündigung des Zweckes vgl. § 250 Ziff. 1 u. § 259 Ziff. 1.

2. Herausgabe der hinterlegten Aktien. **RG.** BauersZ. **19** 123. Hat ein Aktionär einem Vorstandsmitglied seine Aktien übergeben mit dem Auftrage, ihn in der Generalversammlung auf Grund des Aktienbesitzes zu vertreten, und verweigert die Vorstandschaft der AG., bei der der Beauftragte satzungsgemäß die Aktien hinterlegt hat, deren Herausgabe wegen eines der AG. gegen den Auftraggeber zustehenden Anspruchs, dann ist der Beauftragte nicht verpflichtet, gegen die AG. auf Herausgabe der Aktien zu klagen. Denn, wenn auch an und für sich die Wiederabholung der Aktien zur Besorgung des übernommenen Geschäfts gehört, so steht doch bei der unbestrittenen Rückgabeweigerung der AG. die Erfolglosigkeit eines Abholungsversuchs fest, und den Kosten und Umständen eines Prozesses braucht sich der Beauftragte nicht zu unterziehen. Hat der Beauftragte die Aktien auf seinen eigenen Namen hinterlegt, dann muß er das Hinterlegungsverhältnis so umgestalten, daß der Auftraggeber die Stellung des Hinterlegers erhält. Erfolgt die Hinterlegung auf den Namen des Auftraggebers, dann kann dieser ohne weiteres den Herausgabeanspruch selbst geltend machen.

§ 256. 1. KGJ. **41** 134, R. **12** Nr. 2348. Verzicht der Aktionäre auf ordnungsmäßige Ankündigung des Zweckes der Generalversammlung s. § 259 Ziff. 1.

2. **RG.** JW. **12** 1108, DJZ. **12** 1470, ZBlFG. **13** 457. Werden von einer AG Aktien mit verschiedener Berechtigung — solche nach § 211 und solche nach § 212 HGB. — ausgegeben und soll der hinsichtlich der Gewinnverteilung zwischen ihnen bestehende Unterschied abge-

ä n d e r t werden, so bedarf es zu der erforderlichen Satzungsänderung gesonderter Abstimmung der durch sie zu benachteiligenden Aktionäre; diese Abstimmung muß als Gegenstand der Tagesordnung für die Generalversammlung den Aktionären mitgeteilt werden (vgl. u. § 275).

§ 259. Protokoll; Formvorschriften. 1. KGJ. **41** 134, BauersZ. **19** 196, R. **12** Nr. 2348. Die Protokollform des § 259 ist auch bei einer Generalversammlung zu beobachten, in der sämtliche Aktien vertreten sind. Verzichten aber die sämtlichen überhaupt vorhandenen Aktionäre auf ordnungsmäßige Einberufung der Generalversammlung und Bekanntgabe ihres Zweckes, so wird der „Beleg über ordnungsmäßige Einberufung" durch die notarielle Beurkundung jenes Verzichts ersetzt.

2. Abs. 2. Verstoß gegen § 259 Abs. 2; nicht protokollierte Beschlüsse; Anfechtungsklage nach § 271 s. dort Ziff. 1 c (**RG.** R. **12** Nr. 2097).

§ 260. 1. Form der der Generalversammlung vorzulegenden Gewinn- und Verlustrechnung. SächsOLG. **31** 235, ZAktWes. **11** 216. § 260 enthält keine Bestimmung darüber, was unter Gewinn- und Verlustrechnung zu verstehen und wie eine solche aufzustellen ist, es ist also die Beantwortung dieser Frage der Verkehrsauffassung überlassen. Danach ist es aber genügend, wenn die Gewinn- und Verlustrechnung bezüglich des Gewinns im Kredit nur die Bemerkung enthält: „Fabrikationskonto, Bruttogewinn abzüglich der Betriebsunkosten x M.", ohne daß die Ergebnisse der einzelnen Konten, aus denen sich das Gesamtergebnis berechnet, angegeben sind. Es sprechen auch keine sachlichen Erwägungen gegen die Zulässigkeit solcher ganz allgemein gehaltener Gewinn- und Verlustrechnungen. Allerdings hat der Aktionär ein Interesse an einer möglichst genauen Rechnung, um Einblick zu erhalten, ob die Geschäfte sachgemäß geführt wurden. Anderseits würde aber eine spezielle Rechnung, da sie ja nach § 265 zu veröffentlichen ist, der Konkurrenz Einblick in Dinge gewähren, die im Interesse der Gesellschaft besser verborgen bleiben, während das Interesse der Aktionäre nach §§ 264, 266 geschützt ist.

2. Entlastung des Vorstandes. BauersZ. **19** 97. Die im allgemeinen mit einfacher Stimmenmehrheit erfolgende Entlastung kann durch eine Aktionärminderheit mit dem zehnten Teile des Grundkapitals nach § 268 Ziff. 1 dadurch verhindert werden, daß diese in der Generalversammlung die Geltendmachung von Ansprüchen der AG. aus der Geschäftsführung des Vorstandes verlangt; denn die Beratung und Abstimmung über den Antrag betr. die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand hat den Vorrang vor dem Entlastungsbeschlusse.

3. Unterlassung der jährlichen Generalversammlung. ZBlFG. **13** 102, RJA. **11** 220, DNotV. **12** 738, R. **12** Nr. 1670 (KG.). Die Berufung der Generalversammlung zur Beschlußfassung über die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnverteilung sowie über die Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats muß unbedingt alljährlich erfolgen. Irgendeinen Grund, die Veranstaltung der Generalversammlung zu unterlassen, z. B. zwecks Förderung von Sanierungsbestrebungen, kennt das Gesetz nicht. Zur Befolgung dieser Pflicht hat das Registergericht die Vorstandsmitglieder durch Ordnungsstrafen anzuhalten. b) KGJ. **42** A 167, BauersZ. **19** 51. Dagegen ist eine Ordnungsstrafe gegen den Aufsichtsrat zur Erzwingung der Einberufung einer Generalversammlung nicht zulässig (vgl. § 249 Ziff. II 1).

4. Vertragsmäßige Beteiligung Dritter am Gewinn einer AG. BauersZ. **19** 53, LeipzZ. **12** 781 (Düsseldorf). Ist vereinbart, daß eine Gemeinde, deren Straßennetz von der eine elektrische Straßenbahn betreibenden AG. benutzt wird, am Gewinne beteiligt sein soll, sobald an die Aktionäre „nach

erfolgten statutenmäßigen Abschreibungen und Tantiemeauskehrung mehr als 5 pCt. Dividende verteilt werden können", dann hat die Gemeinde einen Anspruch, sobald objektiv die Auskehrung von mehr als 5 pCt. möglich ist. Daß ihr dies Recht einem Beschlusse der Generalversammlung gegenüber, der die mögliche Auskehrung einer höheren Dividende als 5 pCt. unter Zuführung eines vorhandenen Überschusses an den Erneuerungsfonds ablehnt, nur zustehen soll, wenn bei Aufstellung der Jahresbilanz arglistig oder fahrlässig verfahren ist, ist nicht richtig. Die Rechtsstellung der Gemeinde ist in dieser Hinsicht von der des Aktionärs verschieden. Auch dieser wird in seinem Anspruch auf Dividende durch Einstellung übermäßiger Abschreibungen in die Bilanz geschädigt. Aber er kann den Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung nur anfechten, wenn eine Arglist nachzuweisen oder wenn die Bilanz als eine willkürliche, nach kaufmännischen Grundsätzen offenbar irrtümliche erscheint. Der gewinnbeteiligte Vertragsgegner der AG. dagegen kann verlangen, daß der Vertrag erfüllt wird. Es ist deshalb nach den Bestimmungen des Vertrags der AG. nicht gestattet, den Erneuerungsfonds über das im § 261 Ziff. 3 bezeichnete Maß hinaus zu vergrößern und so den Reingewinn herunterzudrücken, mag diese Vergrößerung auch im Interesse der AG. und ihrer sonstigen Gläubiger wünschenswert sein. So kann der Fall eintreten, daß für die Gemeinde eine besondere Bilanz aufzustellen ist, während die Generalversammlung mit Wirksamkeit gegen die Aktionäre davon abweichende Festsetzungen treffen konnte. Das Urteil wurde vom RG. (vgl. BauersZ. **19** 55) bestätigt.

5. Abs. 2. Ordnungsstrafverfahren gegen den Aufsichtsrat, der den Geschäftsbericht des Vorstandes nicht pflichtgemäß mit seinen Bemerkungen versieht? Marcus, DJZ. **12** 454; aM. Josef, R. **12** 438 (vgl. oben § 249 Ziff. II 1).

§ 261. Bilanz. 1. ZAktWes. **12** 95. Wie hat eine AG. ihre Aktien zu buchen, die sie schenkungsweise erworben hat?

2. Grundstücks- und Gebäudekonto. Liebmann, Holdheims MSchr. **12** 181. Übernahme von Grundstück und Gebäude einheitlich zu einem Preise bei Gründung; spätere Trennung von Grundstück- und Gebäudekonto; Aufführung eines Neubaues; Erhöhung des Grundstückkontos um den Betrag der Kosten des Neubaues.

3. Bilanzgrundsätze für Gewinnberechnung vgl. § 213.

4. Bilanzierung von Aktiengründungen; Untergründung vgl. §§ 182 ff.

5. BauersZ. **19** 55. Zoll- und Lieferungsavale sowie Hypothekenbürgschaften in der Bilanz.

6. BauersZ. **19** 101. Bilanzmäßige Behandlung der Zubußen und Nachschüsse, wenn eine AG. an einer Gewerkschaft oder an einer GmbH. beteiligt ist.

7. BauersZ. **19** 124. Abschreibungen auf die einzelnen Sachkonten oder Führung eines einheitlichen Abschreibungskontos unter den Passiven der Bilanz? Vgl. hierzu BauersZ. **19** 147.

8. BauersZ. **19** 199. Nichtbegebene Schuldverschreibungen dürfen in der Bilanz nicht als Aktivposten behandelt werden.

9. BauersZ. **19** 199. Die Übernahme des Verlustes einer anderen Gesellschaft durch die AG. ist nicht gleichbedeutend mit einem Verluste der letzteren und darf auch nicht als solcher behandelt werden. Die übernommene Verpflichtung zur Deckung des Verlustes eines anderen Unternehmens stellt eine Schuldverpflichtung dar und erhöht das Kreditorenkonto.

10. BauersZ. **19** 199. Einnahmen aus früheren Geschäftsjahren in der Gewinn- und Verlustrechnung.

11. BauersZ. **19** 199. Das Fortlassen der bezahlten Unkosten und Zinsen sowie der Abschreibungen im Debet der Gewinn- und Verlustrechnung.

§ 262. Reservefonds. 1. Vortrag des Reingewinns auf neue Rechnung anstatt seiner Verteilung s. §§ 213, 215.

2. Gewinnverteilung aus dem Reservefonds bei Unterbilanz vgl. § 213.

3. Ziff. 2. BauersZ. **19** 220. Das Agio bei Ausgabe neuer Aktien ist nach Abzug der Kosten der Grundkapitalserhöhung dem Reservefonds zu überweisen. Einige AG. haben versucht, dieses Agio teilweise zu anderen Zwecken zu verwenden. Sie verpflichten das Emissionskonsortium, die Aktien zu einem bestimmten Kurse zu übernehmen und außerdem eine gewisse Summe an die Gesellschaftskasse abzuführen. Das widerstreitet dem § 262 Ziff. 2. Vgl. BauersZ. **19** 148.

§ 268. Regreßklagen. 1. Wulff, LeipzZ. **11** 835. Die den Regreßprozeß betreibende Minderheit wird geschädigt, wenn Inhaber von zwecks Sanierung der Gesellschaft neu geschaffenen Vorzugsaktien an dem Ergebnisse des Prozesses teilnehmen. Praktisch läßt sich das dadurch vermeiden, daß die Gesellschaft vor der Beschlußfassung über die Sanierungsmaßregel (Ausgabe der Vorzugsaktien) die Regreßansprüche aus ihrem Vermögen zugunsten der bisherigen Aktionäre, z. B. durch Zession der eingeklagten Forderung an einen Treuhänder ausscheidet.

2. *Förster-Kann **1** 186 Note 3 b aa III. Werden Ansprüche gegen Mitglieder des Vorstandes aus der Gründung gleichzeitig durch besondere Vertreter und durch den Aufsichtsrut erhoben und werden die von diesen beiden Organen eingeleiteten Prozesse miteinander verbunden, so können unmöglich, wie Staub Anm. 7 will, beide Organe nach wie vor mit selbständiger Vertretungsmacht nebeneinander prozessieren, „so daß die Rechtshandlung des einen Vertreters dem anderen nicht schaden kann". Vielmehr ist eine Lösung dieser Schwierigkeit nur in der Weise denkbar, daß beide Sordervertretungen im Augenblick der Verbindung der beiden Prozesse zu einem einheitlichen Kollegium zusammentreten], wie dies auch in den analogen Fällen des § 72 I HGB. angenommen wird.

§ 270. BauersZ. **19** 98. Regelung der Ansprüche der AG. gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder durch Vergleich. Die §§ 268—270 vermögen die Rechtsgültigkeit eines über einen Anspruch aus schädigender Geschäftsführung gegen ein Vorstandsmitglied vor Anhängigmachung der Sache bei der Generalversammlung abgeschlossenen Vergleichs in keiner Weise hinfällig zu machen. Denn das Gesetz enthält über die außergerichtliche Regelung solcher noch gar nicht vor die Generalversammlung gebrachten Forderungen der AG. überhaupt keine Bestimmungen. § 270 setzt voraus, daß der Vorstand wegen seines schuldhaften Verhaltens bislang überhaupt nicht zur Verantwortung gezogen wurde, vielmehr erst eine Aktionärminderheit dies verlangt hat. Nur unter dieser Bedingung müßte die Generalversammlung auch mit dem zu schließenden Vergleiche befaßt werden. In allen anderen Fällen und namentlich dann, wenn der nach § 247 zuständige Aufsichtsrat aus eigenem Antriebe gegen das Vorstandsmitglied bereits vorgegangen ist und zur Beilegung eines drohenden Rechtsstreits einen Vergleich abgeschlossen hat, kann dieses Abkommen überhaupt nicht mehr beanstandet werden. Der Vergleich gilt vielmehr auch gegen den Willen der Generalversammlung und diese hat nur allenfalls das Recht, den Aufsichtsrat auf Schadensersatz zu belangen, wenn er bei dem Vergleichsabschluß die nötige Sorgfalt außer acht gelassen hat.

§ 271. Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse 1. Anfechtungsgründe. a) *Fürst, LeipzZ. **12** 506. Die Beschlüsse der Generalversammlung geben entweder allgemeine Normen oder regeln den Einzel-

fall. Die allgemein gültigen Beschlüsse — Satzungsbeschlüsse — können verbietenden Gesetzesbestimmungen nicht widersprechen, sind vielmehr, soweit dies der Fall ist, als nichtig zu betrachten. Die Spezialbeschlüsse können das Gesetz verletzen und haben alsdann Gültigkeit, wenn sowohl die AG. als die Aktionäre zustimmen. Als zustimmend wird betrachtet, was nicht in den Formen und Fristen der §§ 271, 272 Widerspruch erhebt und ihn durch Klage verfolgt. Daneben kann aber nicht — wie Ritter, DJZ. **11** 641 will — eine Nichtigkeit solcher Spezialbeschlüsse anerkannt werden, auch nicht bei Verletzung von sog. Sonderrechten. Auch bei diesen ist die Anfechtungsklage nach §§ 271, 272 der einzige Rechtsbehelf. Den Ausführungen von **RG. 75** 239, wonach auch bei unrichtiger Verkündung des Ergebnisses der Beschlußfassung durch den Vorsitzenden nur die Anfechtungsklage in den Formen und Fristen der §§ 271, 272 zulässig ist, wird zugestimmt, weil die Verkündung des Ergebnisses durch den Vorsitzenden einen wesentlichen Bestandteil des Zustandekommens eines Beschlusses bildet. **b)** *Fürst, LeipzZ. **12** 506. Die Anfechtungsklage ist — entgegen DJZ. **02** 293 — auch gegenüber „Beschlüssen" der Gesellschaft zulässig, durch welche ein Antrag abgelehnt wurde. Der Antrag der Klage kann in diesen Fällen außer der Aufhebung des ablehnenden Beschlusses positiv die Feststellung des richtig gefaßten Beschlusses begehren, falls nur ein Fehler bei der Abstimmung oder Verkündung vorliegt und das richtige Ergebnis sicher festzustellen ist, anderenfalls die event. nach § 887 ZPO. erzwingbare Anordnung, daß die Gesellschaft eine anderweite Beratung und Beschlußfassung über den fraglichen Gegenstand durch eine andere Generalversammlung herbeizuführen habe. **c) RG.** R. **12** Nr. 2097. Eine Klage, mit der die Verletzung der Formvorschrift des § 259 Abs. 2 HGB. geltend gemacht wird, ist eine gewöhnliche Feststellungsklage, auf die sich die Ausnahmebestimmung des § 271 Abs. 2 nicht erstreckt, so daß für die Revisionsinstanz die Beschwerdesumme glaubhaft zu machen ist. Zu den Voraussetzungen der Anfechtungsklage gehört ein seiner Form nach gültiger Beschluß; ein nicht nach § 259 Abs. 2 protokollierter Beschluß ist aber formwidrig. **d)** Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 95. Kollusionsmäßig bewirkte Wahl eines Vorsitzenden fällt unter § 271, nicht dagegen die Wahl eines von der Minorität als ungeeignet bezeichneten Vorsitzenden. **e)** Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 96. Anfechtungsklage bei Verstößen des Vorsitzenden in der Leitung der Generalversammlung, wenn sie zu gesetz- oder satzungswidrigem Verhalten der Generalversammlung geführt haben, z. B. Ablehnung der Unterbreitung eines zulässig gestellten Antrags zur Beschlußfassung an die Generalversammlung, Ablehnung des vor Eintritt in die Tagesordnung gestellten Vertagungsantrags durch den Vorsitzenden. Eine Änderung der Reihenfolge der Tagesordnung begründet dagegen die Anfechtungsklage nicht. Der Antrag auf Prüfung des Verzeichnisses der Erschienenen auf deren Legitimation, auf Beobachtung der Voraussetzungen des § 255 Abs. 2 ist durch Beschluß zu erledigen; seine Ablehnung durch den Vorsitzenden gibt dem Antragsteller das Anfechtungsrecht. **f)** Vortrag des Reingewinns auf neue Rechnung. SächsOLG. **33** 158, BayerZ. **19** 151. Ein Aktionär, der nicht über den 20. Teil des Grundkapitals verfügt, kann den Beschluß, wonach der gesamte Reingewinn auf neue Rechnung vorgetragen wird, nicht anfechten (vgl. § 213 Ziff. 4). **g)** Markuse, LeipzZ. **12** 607. Anfechtung wegen Verweigerung der zur Abstimmung erforderlichen Auskunft seitens des Vorstandes oder Aufsichtsrats (vgl. § 250). **h)** BayerZ. **19** 218. Anfechtungsklage bei Schaffung oder Verwendung eines im Statute nicht vorgesehenen Dividendenreservefonds (vgl. §215 Ziff. 2a). **i)** ZAktWes. **12** 206 (Hamburg). Anfechtung eines Beschlusses über Dividenden-

verteilung seitens dessen, der bei Veräußerung der Aktie bloß die Dividendenscheine des letzten Jahres zurückbehalten hatte? (vgl. § 213 Ziff. 2 a).

2. Voraussetzungen der Anfechtungsklage. a) **RG. 77** 255, ZAktWes. **12** 30, BankA. **11** 108, BauersZ. **19** 104, R. **12** Nr. 271. Die Anfechtungsklage fordert nicht den Nachweis eines besonderen rechtlichen Interesses von dem Kläger; sie ist insbesondere von den Voraussetzungen des § 256 ZPO. nicht abhängig, sondern ist eine Klage eigener Art, die unter den im Gesetze bezeichneten Voraussetzungen jedem Aktionär auch dann zusteht, wenn er kein persönliches Interesse an der Streitfrage hat. Die Klage ist auch dann nicht unzulässig, wenn der Aktionär im Einverständnisse mit der Verwaltung der AG. den Prozeßweg nur darum beschritten hat, damit über eine Rechtsfrage, von deren Klarstellung die Regelung künftiger Rechtsverhältnisse der AG. abhängig gemacht werden soll, eine richterliche Entscheidung herbeigeführt würde. — Es handelte sich bei dieser Entscheidung um folgendes: Es war der Antrag gestellt worden, gelegentlich einer Kapitalserhöhung für die neuen Aktien Bauzinsen zu gewähren. Der Anfechtungskläger hatte erklärt, er sei sachlich damit einverstanden, halte aber die Frage der Zulässigkeit einer solchen Zinsgewährung gelegentlich einer Kapitalserhöhung für zweifelhaft und erhebe Widerspruch, um eine oberstrichterliche Entscheidung zur Klärung der Frage herbeizuführen. Das RG. führte aus: In welchem Sinne ein Aktionär sein Stimmrecht ausübt, ist Sache seines freien Entschlusses; das Gewicht seiner Stimme bleibt dasselbe, gleichviel, ob er für oder gegen seine Überzeugung stimmt; der Beweggrund bei der Abstimmung kommt nicht in Betracht, sondern nur das Ergebnis. — Fuld, ZAktWes. **12** 32 bemerkt hierzu: Kommt es auf das Motiv, das die Abstimmung des Aktionärs bestimmt hat, überhaupt nicht an, so kann derselbe auch nur zu dem Zwecke Widerspruch erheben, um eine theoretische Streitfrage zur Entscheidung zu bringen, die für die AG. praktisch kein Interesse hat. Gegen einen schikanösen Mißbrauch des Anfechtungsrechts bietet aber § 226 BGB. einen Schutz. b) Fuld, ZAktWes. **12** 30. Die Frage, ob der Anfechtungskläger das Vorhandensein eines besonderen vermögensrechtlichen Interesses auf seiner Seite dartun müsse, ist zu verneinen. Das Gesetz bietet hierfür keinen Anhaltspunkt. Eine solche Annahme würde mit dem für die Regelung des Anfechtungsrechts maßgebend gewesenen Grundgedanken nicht im Einklange stehen. Der Gesetzgeber hat die Anfechtung nicht unter dem Gesichtspunkte zugelassen, daß durch den Beschluß ein berechtigtes Interesse des einzelnen Aktionärs gekränkt würde; es war auch für ihn nicht der Gedanke maßgebend, daß durch den Beschluß die Gesellschaft geschädigt würde, sondern nur der Gesichtspunkt, daß das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag bei der Fassung des Beschlusses verletzt wurde. Es kann also ein Beschluß, bei dessen Fassung das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag verletzt wird, auch dann angefochten werden, wenn er der Gesellschaft förderlich ist, während ein Beschluß, dessen Ausführung die Gesellschaft ruinieren würde, nur aus diesem Grunde ohne gleichzeitige Verletzung des Gesetzes oder Statuts nicht angefochten werden kann. c) Formgültiger Beschluß als Voraussetzung der Anfechtungsklage **RG.** R. **12** Nr. 2097 s. oben 1 c.

3. Fürst, LeipzZ. **12** 506. Die vertretungsberechtigten Organe der Gesellschaft sind auch befugt, einer Anfechtungsklage, jedoch erst nach deren Erhebung, namens der Gesellschaft ohne Urteil nachzugeben.

4. Abs. 2. **RG.** JW. **12** 1108, R. **12** Nr. 3134. Wird ein Generalversammlungsbeschluß mit der Behauptung angefochten, daß die Generalversammlung ihre Zuständigkeit überschritten und die Aktienrechte des Klägers unzulässigerweise geschmälert habe, so ist die Klage nicht an die Monatsfrist des § 271 Abs. 2 gebunden. Ebenso BauersZ. **19** 221.

§ 272. Anfechtungsklage im Falle des Konkurses der AG. *Fürst, LeipzZ. **12** 506. Für den Fall des Konkurses tritt für alle Anfechtungsklagen, deren Ausgang von finanzieller Bedeutung für die Konkursmasse ist oder sein kann, der Konkursverwalter an die Stelle des Vorstandes. Er kann also eine Anfechtungsklage nach § 271 Abs. 4 erste Alternative erheben; er ist auch — entgegen **RG. 76** 244 — für solche Klagen neben dem Aufsichtsrate zur Vertretung der beklagten Gesellschaft berufen.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 275. Abs. 3. Aktien mit verschiedener Berechtigung. OLG. **24** 138, DNotV. **12** 738, BauersZ. **19** 152, R. **12** Nr. 2349 (Posen). Aktien mit verschiedener Berechtigung sind bei Rübenbauaktiengesellschaften solche, die zum Rübenbau verpflichten und dafür zum Kaufpreise berechtigen und solche, bei denen dies nicht der Fall ist; denn da nach dem jetzigen § 212 die Statuierung anderer als vermögensrechtlicher Verpflichtungen derart möglich ist, daß den Aktionären in ihrer Eigenschaft als Gesellschaftern wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen auferlegt werden, so stellt sich auch das den Aktionären aus der Erfüllung dieser Verpflichtung nach der Satzung gewährte Recht auf die Gegenleistung als ein aus dem Gesellschaftsvertrage zustehendes Recht dar. Bestätigt vom **RG.** JW. **12** 1108. (Vgl. § 256 Ziff. 2.)

§ 277. RG. R. **12** Nr. 124. Der nachträgliche Beschluß, daß in Zukunft bei Kapitalserhöhungen Bauzinsen unter näher festgesetzten Voraussetzungen zu gewähren seien, ist eine Änderung des Gesellschaftsvertrags (vgl. § 215).

§ 278. Abs. 2. Gesonderte Abstimmung der Inhaber von Vorzugsaktien. **RG.** JW. **12** 692, LeipzZ. **12** 454, BauersZ. **19** 247, R. **12** Nr. 1837. Durch einen Verstoß gegen § 278 Abs. 2 — Unterlassung der gesonderten Abstimmung der Aktionäre jeder Gattung — wird die Beteiligung als Aktionär nicht nichtig. Aus der Nichtbeachtung der Vorschrift ergibt sich vielmehr nur, daß entweder der Generalversammlungsbeschluß in der Frist des § 271 HGB. angefochten werden kann, oder daß ein Sonderrecht der Inhaber der Aktiengattungen erster Emission verletzt ist, was diese auch ohne Einhaltung der Frist des § 271 geltend machen können (vgl. § 189 Ziff. 1 b).

§ 279. Erhöhung des Grundkapitals. Sacheinlagen. RJA. **11** 222, ZBlFG. **13** 103, DNotV. **12** 740, R. **12** Nr. 1676 (KG.). Bezüglich der Aktien, auf die Sacheinlagen zu leisten sind, bedarf es bei der Anmeldung der Erhöhung des Grundkapitals nicht der Erklärung, daß die Leistung der Sacheinlagen erfolgt sei. Eine solche Erklärung ist nur hinsichtlich der durch Barzahlung zu leistenden Einlagen vorgeschrieben. Die Sacheinlagen können daher nach der erfolgten Anmeldung bewirkt werden. Deshalb ist der Registerrichter nicht befugt, nachzuprüfen, ob sich der Leistung der Sacheinlagen vielleicht Schwierigkeiten entgegenstellen werden.

§ 282. 1. Aktienbezugsrecht bei Kapitalserhöhung. a) Aktionärbezugsrecht nach älterem Statute. Brinkmann, HoldheimsMSchr. **12** 17. Mangels einer gesetzlichen Regelung hatten vor der Aktiennovelle von 1884 die früheren Statuten in der Regel die Bestimmung getroffen, daß auf die eine Hälfte der neuen Aktien bei jeder Emission den ersten Aktienzeichnern, auf die andere Hälfte den jeweiligen Aktieninhabern ein Bezugsrecht al pari zustehe. Was die Natur dieses Bezugsrechts anlangt, so hat das RG. in konstanter Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß es sich hierbei um wohlerworbene, durch die Novelle von 1884 nicht berührte Rechte handle, während die Literatur (Staub, Rießer, Ring, Holdheim, HoldheimsMSchr. **98** 117) der

Ansicht ist, daß ein Eingriff in die durch Statut von 1884 gewährten Bezugsrechte erlaubt sei. Bei einer Emission zu Fusionszwecken, bei der die Destinatäre für die neuen Aktien von vornherein in den Aktionären der übernommenen Gesellschaft gegeben sind, ist jedenfalls für ein Bezugsrecht begrifflich überhaupt kein Raum. Das HGB. in seiner jetzigen Fassung schließt die Anwendung des § 282 im Falle der Fusion ausdrücklich aus. Aber auch für die durch Statut begründeten alten Bezugsrechte gilt das gleiche. Schon **RG. 67** 25 erklärte in einem Falle, wo die AG. ihr Kapital durch Verringerung des Nennbetrags aller Aktien herabgesetzt hatte und nun durch neue Emission es wieder auf die alte Höhe bringen wollte, daß die Statutenbestimmung, die das Bezugsrecht bei jeder Erhöhung des Grundkapitals normiert, durchaus nicht alle Emissionsfälle einbeziehen will. Diese Entscheidung des RG. läßt erkennen, daß mit der Gewährung des Bezugsrechts bei jeder Emission auch nur der reguläre Fall der Kapitalserhöhung gemeint ist. Daraus folgt, daß auf keinen Fall das Bezugsrecht auch bei einer Fusionsemission besteht; denn würde man das Bezugsrecht auch für diesen Fall gewähren, so wären schon von vornherein alle Aktien, die für die Aktionäre der zu übernehmenden Gesellschaft ausgegeben werden sollen, dem Bezugsrecht unterworfen, und die Fusion wäre in Form einer Emission an Aktien einfach unmöglich. **b)** Aktivlegitimation. OLG. **24** 139, BauersZ. **19** 150, R. **12** Nr. 2350 (KG.). Das Bezugsrecht auf neue Aktien steht dem Eigentümer, nicht dem Nießbraucher der alten Aktien zu. Das Bezugsrecht stellt sich nicht als Nutzung der Aktien dar; es ist weder ein Vorteil, den der Gebrauch der Aktie gewährt (§ 100 BGB.), noch, da es kein bestimmungsgemäßer, regelmäßig wiederkehrender Ertrag der Aktien ist, eine Frucht nach § 99 Abs. 2 BGB.

2. Der Konsortialgewinn bei Kapitalserhöhung. BauersZ. **19** 219 bespricht die seit längerem bestehende Übung, die jungen Aktien einer Kapitalserhöhung nicht direkt den Aktionären zum Bezug anzubieten, sondern den ganzen Erhöhungsbetrag durch ein Konsortium übernehmen zu lassen, wobei der Übernahmepreis für das Konsortium wesentlich billiger berechnet wird, als die Wiederabnehmer (die alten Aktionäre) dafür zahlen müssen. Die Übernahme der jungen Aktien durch ein solches Konsortium wird für eine entbehrliche Maßregel erklärt (vgl. auch § 262 Ziff. 3).

§ 284. Kapitalserhöhung. Prüfungsrecht des Registerrichters, wenn auf die Aktien Sacheinlagen zu machen sind (vgl. § 195 Ziff. 2).

§ 288. 1. Herabsetzung des Grundkapitals. BauersZ. **19** 58. Eine Herabsetzung des Grundkapitals im Liquidationsstadium kommt selten vor, da ein wirtschaftliches Bedürfnis hierfür nicht vorliegt. Denn eine Verteilung des Liquidationsüberschusses gestattet § 301 erst nach Umfluß des Sperrjahrs sowie nach Befriedigung der Gläubiger, und wenn die Gesellschaft Aktien besitzt, die an diesem Überschusse nicht teilnehmen sollen, so brauchen sie bloß außer Betracht gelassen zu werden. Ihre Nichtberücksichtigung bei Auskehrung des verbliebenen Gesellschaftsvermögens erfordert keine Vernichtung derselben, und zwar derart, daß um ihren Betrag das Aktienkapital erst vermindert werden müßte.

2. Vermeidung einer Zusammenlegung durch Zuzahlung; Frist für Ausübung des Rechtes, für Einreichung der Aktien. a) **RG.** R. **12** Nr. 3135. Wird in dem Beschlusse betreffend Zusammenlegung der Aktien den Aktionären freigestellt, ihre Aktien durch Zuzahlung einer bestimmten Summe der Zusammenlegung zu entziehen, so bedarf es auch der Festsetzung eines Endtermins für die Ausübung der Wahl. Die Bestimmung dieses Termins muß von der Generalversammlung ausgehen, da dem Gutdünken des Vorstandes das Maß der Kapitalsherabsetzung nicht anheimgegeben werden kann.

Insoweit dagegen die Generalversammlung auch für die Einreichung der zusammenzulegenden Aktien eine Frist bestimmt hat, handelt es sich lediglich um eine Anweisung an den Vorstand, nicht um ein Wesenserfordernis des Beschlusses selbst. **b)** **RG.** JW. **12** 1108, DJZ. **12** 1410, R. **12** Nr. 3136. Es ist nicht unzulässig, Zuzahlungen auf die Aktien bei Vermeidung der Zusammenlegung zu beschließen. Unstatthaft aber ist die Androhung, daß die Aktien der nicht zuzahlenden Aktionäre in stärkerem Maße zusammengelegt würden, als es der Rücksicht auf den Betrag der unterbliebenen Zuzahlung rechnungsmäßig entspricht. Denn das Opfer der die Zuzahlung verweigernden Aktionäre darf nicht größer sein als das Opfer, das die anderen Aktionäre in Gestalt der Barzahlung bringen. Bei Prüfung der Frage, ob im gegebenen Falle gleiche oder ungleichmäßige Behandlung der Aktionäre vorliegt, ist lediglich auf den Nennbetrag der Aktien zu sehen. (Vgl. § 290 Ziff. 2.)

§ 290. Durchführung der Herabsetzung des Grundkapitals. 1. Erstreckung der für die Einreichung der Aktien festgesetzten Frist. BauersZ. **19** 220 (vgl. § 219 Ziff. 2).

2. Ungleichmäßige Behandlung der Aktionäre bei Zusammenlegungs- und Zuzahlungsbeschlüssen. BauersZ. **19** 220 (Hamburg). Der Berufungsführer sieht eine Ungleichheit schon darin, daß von zwei Aktionären, die je zwei Aktien besitzen, der eine, der das Geld aufwenden könne, durch Zuzahlung von 800 M. zwei neue Aktien im Werte von je 1000 M. erhalte, während der andere, dem die Mittel dazu fehlen, durch Hingabe von zwei Aktien im Nominalwerte von je 1000 M. nur eine neue Aktie von 1000 M. erwerbe; der erstere opfere zwei alte Aktien und 800 M. und erhalte dafür zwei neue Aktien im Werte von je 1000 M., der andere gebe zwei alte Aktien hin und erhalte nur eine neue Aktie von 1000 M., empfange also durch ein Geldopfer von 800 M. einen Wert von 1000 M. Eine ungleiche Behandlung kann aber nur dann angenommen werden, wenn sich feststellen lasse, daß die alten Aktien einen Wert von mehr als 400 M. in der Zeit der Zusammenlegung gehabt haben.

3. Abs. 3. Erfordernisse einer Versteigerung nicht eingereichter Aktien in bezug auf Ort, Zeit und Art der Bekanntmachung des Versteigerungstermins. LeipzZ. **12** 483, BauersZ. **19** 248 (Colmar). Da § 290 Abs. 3 HGB. hierüber keine Vorschrift enthält, so ist, wenn auch der Gesellschaftsvertrag darüber nichts bestimmt, der allgemeine Rechtsgrundsatz zur Anwendung zu bringen, daß die Versteigerung so erfolgen muß, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei sind auch die analogen Bestimmungen des § 373 HGB. §§ 383, 1219 BGB. zu berücksichtigen. Was zunächst den Ort der Versteigerung anlangt, so ist durch den Umstand, daß an sich der Sitz der Gesellschaft als Erfüllungsort für die ihr obliegende Leistung zu gelten hat, nicht der Schluß gerechtfertigt, daß die Versteigerung an diesem Ort stattfinden müsse; denn wenn man auch die hier in Frage stehende Leistung als eine Erfüllungshandlung im Sinne des § 269 BGB. auffassen wollte, so würde schon aus der Natur des Schuldverhältnisses und aus der besonderen Art des Gegenstandes der Versteigerung zu entnehmen sein, daß die Versteigerung an einem Orte wahrzunehmen ist, wo sie einen den Interessen aller Beteiligten entsprechenden angemessenen Erfolg verspricht. Bei einer größeren Anzahl von Aktien wird also ein größerer Börsenplatz mit lebhaftem Effektenhandel zu wählen sein. Unter Umständen wird der Platz zu wählen sein, von dem aus die Sanierung des ganzen Unternehmens unter Beteiligung dortiger Geldmänner ausging, und wo die Generalversammlungen über die Neuordnung abgehalten wurden, weil man dort ein höheres Interesse an der Versteigerung voraussetzen kann. Hinsichtlich der Auswahl der Blätter hat es der Sachverständige als „vorsorglich" bezeichnet, wenn mit Rücksicht auf die ausländischen Aktionäre die Bekanntmachung auch in ausländischen Blättern erfolgt

wäre. Allein nach Statut und nach § 182 HGB. war die AG. nur zur Bekanntmachung im Reichsanzeiger verpflichtet. Wenn die AG. daneben die Bekanntmachung noch in drei weiteren deutschen Zeitungen veröffentlichte, so kann ihr aus der Unterlassung einer Bekanntmachung in einer ausländischen Zeitung um so weniger ein Vorwurf gemacht werden, als die in ausländischen Zeitungen bekannt gemachte Androhung der Strafloserklärung und der Hinweis auf die darauf folgende Versteigerung unbeachtet blieb. Was die Frist zwischen Bekanntmachung und Versteigerung anlangt, so steht eine den § 1234 Abs. 2 BGB., § 368 Abs. 1 HGB. entsprechende Frist nicht in Frage. Für die inländischen Interessenten reichte die Frist von einer Woche aus, da die Beteiligten durch die viel früher (vier Monate vorher) erfolgte Androhung der Kraftloserklärung und Versteigerung auf diese notwendige Folge der Kraftloserklärung hingewiesen worden waren. Das galt auch für die ausländischen Aktionäre, die sich um die Angelegenheit gekümmert hatten. Bezüglich des Inhalts der Versteigerungsanzeige ist es nicht notwendig, die einzelnen Nummern der zu versteigernden Aktien aufzunehmen. Nach § 383 BGB. hat die Bekanntmachung „unter allgemeiner Bezeichnung der Sache" zu erfolgen. Dem entspricht die Anzeige, daß „x Stück auch nach erfolgter Reduktion gültig bleibender Inhaberaktien a x M." versteigert werden sollen. Die Erteilung des Zuschlags trotz des geringen Gebots und trotz der geringen Beteiligung Steigerungslustiger verstößt nicht gegen Treu und Glauben, da nach Sachlage von einer Wiederholung der Versteigerung ein günstigeres Resultat nicht zu erwarten war.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292. 1. Eintragung der Auflösung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils. R. **12** Nr. 1671 (KG.).

2. Konkurs der AG. a) **RG.** BauersZ. **20** 6, ZAktWes. **12** 138. Ist eine AG., bei der noch nicht sämtliche Aktien voll einbezahlt sind, in Konkurs geraten, so können die noch ausstehenden Einlagen nur insoweit eingefordert werden, als die Schulden ohne sie nicht gedeckt werden können. **b)** LeipzZ. **12** 406, BauersZ. **19** 242 (Jena). Von der AG. eingegangene Verpflichtung, dem Vorstandsmitglied im Falle seiner Entlassung die erworbenen eigenen Aktien wider abzunehmen, im Konkurse der AG. s. § 213 Ziff. 9.

§ 295. Liquidatoren. 1. R. **12** Nr. 1671 (KG.). Keine Ernennung von Liquidatoren auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils auf Auflösung der AG. (vgl. § 60 GmbHG.).

2. OLG. **24** 161 (KG.). Kein Beschwerderecht eines Aktionärs wegen gerichtlicher Abberufung eines Liquidators.

§ 301. Vermögensteilung. **RG. 77** 269, R. **12** Nr. 125. Ob bis zum Ablaufe des Sperrjahrs die Rechtsänderung — Übertragung des Vermögens — hinausgeschoben wird (so §§ 301, 303 Abs. 2) oder wie bei sofortiger Verschmelzung (§ 306 Abs. 5) nur die tatsächliche Vereinigung der beiden Massen, bedeutet einen großen Unterschied. Im ersten Falle ist die Verwaltung der Zwischenzeit mit Bezug auf die aufzunehmende Masse Liquidationsverwaltung nach §§ 149, 298 HGB. Im zweiten Falle werden die Massen gleichförmig nach den für das produktive Stadium geltenden Grundsätzen behandelt. Auch die Gläubiger braucht der Unternehmer nicht nach § 297 zur Meldung aufzufordern, wenn er auf die tatsächliche Vereinigung keinen Wert legt.

§ 302. 1. Löschung der Firma einer nicht aufgelösten AG. a) Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 52. Wird, ohne daß die Voraussetzungen des § 302 vorliegen, die Gesellschaft auf Löschung der Firma verurteilt und trägt demgemäß der Registerrichter nach § 16 HGB., § 894 ZPO. auf Antrag des Klägers die Löschung ein, so kann nur mit Auflösungsklage aus Art. 4 PrAGHGB. eventuell

auf dem im § 43 BGB. vorgesehenen Wege vorgeschritten werden. b) Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 122, erörtert die Frage, ob gegen die auf Grund eines Urteils erfolgende Löschung der Firma einer bestehenden AG. der Beschwerdeweg gegeben ist. Das KG. hatte die Beschwerde als unzulässig verworfen und ausgesprochen, der Registerrichter würde zu erwägen haben, ob dieses rechtskräftige Urteil eine genügende Grundlage für die Firmenlöschung bildet oder ob diese erst vorgenommen werden konnte, nachdem die AG. eine neue Firma angenommen und angemeldet hatte. Gegen die Verneinung der Zulässigkeit der Beschwerde wendet sich Marcus.

2. Abs. 4. Erneuerung der Liquidation. a) RJA. **11** 109, ZBlFG. **12** 480, BauersZ. **19** 105, (KG.). Der frühere Liquidator einer im Handelsregister gelöschten AG. hat gegen den Beschluß des Registergerichts, durch den er zur Fortsetzung der Liquidation von neuem als Liquidator bestellt wird, kein Beschwerderecht. b) KGJ. **41** 138, R. **12** Nr. 2351. Wird das Erlöschen der Firma einer AG. in das Handelsregister eingetragen, so hat diese Eintragung nur kundmachende Bedeutung. Ist die Eintragung unrichtig, so dauert gleichwohl die Gesellschaft im Liquidationsstadium fort, solange noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Die zu Unrecht als beendet angesehene Liquidation ist fortzuführen und es sind von neuem Liquidatoren zu ernennen; die Ernennung liegt hier ausschließlich dem Gericht ob.

§ 303. Vermögensveräußerung im ganzen. BauersZ. **19** 222 bespricht die Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn eine aufgelöste oder aufzulösende AG. ihr Vermögen als Ganzes veräußern will. Bei strikter Auslegung des Gesetzes dürfen nicht bloß die gesamten Aktiva und Passiva des verkauften Unternehmens an den Käufer erst nach dreimaligem Gläubigeraufruf und nach Umfluß des Sperrjahrs ausgeliefert werden, sondern der von dem Übernehmer bezahlte Kaufpreis ist, soweit er nicht zur Schuldendeckung Verwendung fand, auch erst nach Beobachtung der erwähnten Formalitäten unter die Aktionäre ausschüttbar.

§§ 305, 306. Fusion. **RG. 77** 269, R. **12** Nr. 127. Das Verhältnis des § 305 zu § 306 ist nicht so zu denken, als ob die beiden Tatbestände einander ausschlössen. Der § 305 trifft seine Bestimmungen nicht allein für die Verschmelzung, die erst nach durchgeführter Liquidation Platz greift. Vielmehr statuiert er den Begriff der Fusion überhaupt als der Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens an eine andere AG. gegen deren Aktien, von welchem Begriffe der besondere Fall, wenn die Liquidation wegbedungen wird, nur eine Anwendung bedeutet.

2. **RG. 77** 269, JW. **12** 82, ZAktWes. **12** 83, BankA. **12** 16, BauersZ. **19** 177. Soll der Verschmelzung zweier AG. die Liquidation der aufzunehmenden Gesellschaft vorangehen und ist vereinbart, daß deren Aktionäre für eine bestimmte Anzahl Aktien solche der aufzunehmenden Gesellschaft zugeteilt erhalten, so kommt es für die Frage, ob die Aktien der in Liquidation tretenden Gesellschaft von der Bank, die bei der Verschmelzung beider Gesellschaften eigene Aktien hergegeben hat, in einer Generalversammlung der aufzunehmenden Gesellschaft zur Ausübung eines Stimmrechts verwendet werden können, darauf an, in welchem Zeitpunkte sich der Austausch vollzieht. Geschieht er, was die Regel sein wird, erst nach Vollendung der Liquidation, so wird der aufnehmenden Gesellschaft mit den Aktienurkunden das aufgelöste Mitgliedsrecht an diese nicht übertragen, weil es solche Mitgliedsrechte nicht mehr gibt. Erfolgt der Austausch früher, was zulässig ist, so sind die Aktien der aufgelösten Gesellschaft nach wie vor der Auflösung Träger von Mitgliedsrechten.

3. Vereinigung zweier AG. als Anlaß zur Aufhebung des Dienstverhältnisses. OLG. **24** 140 (Hamburg) s. schon JDR. **10** § 305 Ziff. 1.

4. **RG.** LeipzZ. **12** Nr. 454. Das Vermögen einer aufgelösten AG. ist durch die übernehmende Gesellschaft getrennt zu verwalten; beide Vermögen dürfen erst nach Befriedigung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft vereinigt werden. Bis dahin gilt das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft. Daraus muß in Übereinstimmung mit der Denkschrift (Staub, HGB. § 306 Anm. 19; Jaeger, KO. § 208 Anm. 2 und 13) gefolgert werden, daß das Vermögen der übernommenen Gesellschaft trotz deren Auflösung noch eine gesonderte Vermögensmasse bildet und daß sie als solche auch zum Objekt eines besonderen Konkursverfahrens gemacht werden kann.

5. **RG. 77** 269, R. **12** Nr. 128. Da § 306 Abs. 1 eine ausdrückliche Erklärung nicht verlangt, muß es nach allgemeinen Grundsätzen hinreichen, wenn aus dem gesamten Inhalte des Vertrags der Wegfall der Liquidation sich als gewollt ergibt.

6. Abs. 5 vgl. § 301.

§ 309. Nichtigkeit. OLG. **24** 133, R. **12** Nr. 2347 (KG.). Eine AG., deren Gegenstand die Bildung einer außerhalb der Landeskirche stehenden Religionsgemeinschaft ist, ist nichtig.

Sechster Abschnitt. Strafvorschriften.

§ 312. „Absichtlich zum Nachteile handeln." Einfluß der Genehmigung der Generalversammlung. BauersZ. **20** 2 (vgl. § 241 Ziff. 1).

§ 313. Ziff. 1. 1. Verschleierte Sachgründung. Fischer, LeipzZ. **12** 599. Auf Grund der herrschenden, aber unzutreffenden Auslegung der §§ 207, 208 HGB. hat sich die Meinung gebildet, die Umgehung des § 186 Abs. 2 sei vom Gesetze durch die §§ 207, 208 für einwandfrei erklärt und könne überhaupt nicht mehr als Gesetzesübertretung angesehen werden (vgl. oben § 186). Ist diese Ansicht schon auf dem Gebiete des Zivilrechts irrig, so ist es ganz verfehlt, diese Irrmeinung auf das Gebiet des Strafrechts zu übertragen. Gerade einen wesentlichen Faktor in der Rechnung des Gesetzgebers, als er die Vorschriften über den Schutz der Gesellschaft gegen Schädigung durch Sacheinlagen gab, bildete die den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern in §§ 192, 193, 195 auferlegte Prüfungs- und Berichtspflicht. Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats verletzen bei verschleierten Sachgründungen diese Pflicht nicht nur dann, wenn sie ausdrücklich angeben, Übernahmeverträge liegen nicht vor, sondern auch dann, wenn sie sich darüber im Bericht ausschweigen. Denn es besteht für sie eine Pflicht zum Reden dann, wenn das Gesetz bei Gründung umgangen worden ist und das Schweigen diese Gesetzesumgehung verdecken soll. Die Unterlassung des Hinweises auf vorbeabsichtigte Nachgründungen, noch mehr aber deren ausdrückliches Ableugnen in dem Berichte nach §§ 191, 192, 193 ist also eine nach § 313 Ziff. 1 strafbare Pflichtwidrigkeit, die ihren Charakter nicht dadurch einbüßt, daß die vorbeabsichtigte Nachgründung gemäß § 207, 208 Gültigkeit erlangt.

2. **RG.** BauersZ. **20** 27, ZAktWes. **12** 227. Der Vorstand macht sich wegen falscher Versicherung strafbar, wenn er bei Anmeldung der AG. verschweigt, daß er über die 25 pCt. der Bareinlagen bereits verfügt hat, mag diese Verfügung den Gesellschaftszwecken dienen oder nicht (vgl. BauersZ. **20** 38).

§ 314. Zu Ziff. 1. a) BauersZ. **19** 169. Der Vorstand macht sich einer unwahren Darstellung bzw. Verschleierung schuldig, wenn er Konsortialgeschäfte und Beteiligungen auf Effektenkonto oder Debitorenkonto bringt. Der Einwand, ein solches Verfahren sei üblich, greift nicht durch, da gegenüber dem im § 314 Ziff. 1 aufgestellten Grundsatze der Bilanzwahrheit sich kein reeller Handelsgebrauch entwickeln kann. Solange die konsortiale und dauernde Beteiligung besteht, ist es sehr schwer oder unmöglich, sie in

Geld umzusetzen oder zu veräußern; es kommen ihr also die Vorzüge einer außenstehenden Forderung oder eines Wertpapiers nicht zu. **b)** **RG.** (St.) **45** 212, BayerZ. **19** 217. Verschleierung durch Schweigen. Schweigen trotz bestehender Offenbarungspflicht kann das Begriffsmerkmal der unwahren Darstellung oder Verschleierung erfüllen. In der Regel wird dieses Schweigen, soweit es sich nicht um schriftliche oder mündliche Erklärungen einzelner Vorstandsmitglieder handelt, sondern um Kundgebungen des Vorstandes als solchen, gepaart sein mit einem tätigen Verhalten. In Fällen aber, wo ein einzelnes gutgläubiges Mitglied ohne vorherige Verständigung mit seinen Kollegen und im eigenen Namen sowie auf eigene Verantwortung sich über den Stand der Verhältnisse in der Generalversammlung ausspricht, kann von einer ausdrücklichen Genehmigung dieser Erklärung seitens der Vorstandsmitglieder nicht die Rede sein, die die Unwahrheiten des Vertrags kennen und dazu schweigen. Allerdings ist Verübung eines Begehungsdelikts durch Unterlassung möglich, aber nur dann, wenn es sich um Erfolgsdelikte im engen Sinne handelt. Das Vergehen des § 312 ist aber kein Erfolgs-, sondern ein schlichtes Tätigkeitsdelikt. **c)** **RG.** (St.) **45** 210, BayerZ. **19** 194. Unter „Vortrag" im Sinne der Ziff. 1 ist nicht jede gelegentliche Äußerung eines Vorstandsmitglieds in der Generalversammlung zu verstehen, vielmehr nur solche Äußerungen, die das Mitglied innerhalb seiner Zuständigkeit und kraft seiner Eigenschaft als zur Leitung der Gesellschaft Mitberufener macht. Keineswegs kommt es aber darauf an, ob die Äußerungen den Anforderungen einer geschlossenen Rede entsprechen und ob sie auf Einzelheiten eingehen und den Zweck verfolgen, ein genaues Bild über den ganzen Geschäftsstand zu geben.

§ 317. Versprechen besonderer Vorteile für eine Abstimmung in der Generalversammlung; Rückforderung. OLG. **24** 142 (KG.) vgl. § 252 Ziff. 1.

§ 318. Stimmrechtsübertragung. Jacobi, BankA. **11** 199, begründet wiederholt (vgl. JDR. **9** § 318), unter Widerlegung der von Ratjen (JDR. **9** § 318) angeführten Gründe seine Ansicht, daß die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zur Abstimmung in der Generalversammlung einer AG. unzulässig sei, daß sich der Aktionär durch Erteilung solcher Vollmacht oder Übernahme und Erfüllung der Verpflichtung, in gewissem Sinne abzustimmen, der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig mache, und daß der so Bevollmächtigte bei der Abstimmung zurückgewiesen werden könne. Vgl. auch BayerZ. **19** 218.

§ 319. 1. R. **12** Nr. 1669 (KG.). Ordnungsstrafverfahren zur Erzwingung der nachträglichen Einreichung des nach §§ 192 f. vorgeschriebenen Prüfungsberichts vgl. § 193.

2. KGJ. **42** A 167. Ist das Registergericht gegen einen Beteiligten mit Ordnungsstrafen eingeschritten, obgleich es hierzu nicht berechtigt war, so ist die Beschwerde gegen die Verhängung der Ordnungsstrafe bei Versäumung der Einspruchsfrist zulässig.

Anhang I. Stempel und Gebühren.

I. Reichsstempelgesetz. 1. Zu Tarifst. 1 a. a) Aktienstempel, innerer Wert der Aktie. Berechnung, wenn die Gegenleistung des Erwerbers ganz oder zum Teil in Hingabe von Sachgütern oder in Verzicht auf besondere Rechte (Gründervorrechte, Genußscheine) besteht. Bendix, HoldheimsMSchr. **12** 85. Nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes war der Aktienstempel reiner Urkundenstempel, nur zu berechnen aus dem Nominalbetrage der Aktie. Die jetzige Fassung des Gesetzes „Nennwert zuzüglich des Betrags, zu welchem sie höher als der Nennwert lautet, ausgegeben werden"

macht den Stempel zu einer Abgabe auf eine Kapitalbewegung, nämlich auf die effektive Kapitaleinbringung der AG. Diese Kapitaleinbringung findet regelmäßig ihren ziffernmäßigen Ausdruck in dem Übernahmekurse. Der wirkliche innere Wert, der hiervon häufig verschieden und in der Regel beträchtlich höher ist, ist für den Aktienstempel belanglos. Falsch Loeck, RStempG., der den wirklichen inneren Wert maßgebend sein läßt. In dem Urt. des **RG.** vom 11. April 1911 (die Gegenleistung der Aktionäre bestand hier nicht in Geld, sondern die Aktionäre erhielten die neuen Aktien al pari, wogegen sie endgültig auf ihr Vorrecht auf den al pari-Bezug aller je neu zu begebenden Aktien verzichteten) heißt es allerdings, daß die Steuer zu berechnen sei „nach dem wirklichen inneren Werte, zu dem die Aktie über den ziffernmäßig bestimmten Kurs hinaus von dem ersten Erwerber übernommen wird". Der Zusammenhang ergibt aber, daß das RG. nur sagen wollte, in solchen Fällen sei der wirkliche innere Wert der Gegenleistung, den die AG. erhalte (also der Wert der Sacheinlage, des Verzichts), maßgebend, nicht der ziffernmäßig bestimmte Kurs. Es fragt sich nun, wie ist dieser wirkliche innere Wert der Gegenleistung (nicht der Aktie) zu berechnen, wenn außer der baren Einzahlung die Erwerber der neuen Aktien Leistungen übernehmen, die zwar für diese pekuniäre Opfer bedeuten, der Gesellschaft aber keinen neuen Kapitalzuwachs bringen (z. B. Ablösung eines Vorrechts, Tilgung von Genußscheinen). Nach dem Willen des Gesetzes kommt es nicht auf das an, was der Erwerber leistet, sondern nur auf das, was die Gesellschaft erhält; der „Betrag, zu dem die Aktien ausgegeben werden", ist nichts anderes als der Betrag, der der Gesellschaft zufließt; denn der Besteuerungswille richtet sich nicht auf die Bereicherung des Erwerbers, sondern auf das Kapital der AG. Es sind deshalb in den oben erwähnten Fällen (Verzicht auf ein Bezugsvorrecht, Rückgabe von Genußscheinen) die Nebenleistungen bei Berechnung des Stempels außer Ansatz zu lassen. Allerdings ist auch die Befreiung von einer Schuld eine Kapitalsvermehrung. Aber die Genußscheine, die keine Passivposten der Bilanz bildeten, und deren Tilgung und Verzinsung den Rechten der Aktionäre nicht vorging, waren keine Schuld der AG. (Wird näher ausgeführt.) Anders als beim Aktienstempel liegt die Frage beim Anschaffungsstempel. Bei ihm ist der Wert des Geschäfts schlechthin ohne Beschränkung auf den der AG. zugeflossenen Kapitalzuwachs maßgebend. Wert des Geschäfts ist aber der gesamte für die Erwerbung der neuen Aktien gemachte Aufwand, also Emissionskurs plus dem Werte der zu vernichtenden Genußscheine. **b)** **RG.** R. **12** Nr. 3271. Über die Höhe des Stempels entscheidet der Ausgabepreis, d. i. der Betrag, den die Erwerber der Aktien als Gegenleistung zu entrichten haben. Dabei ist es ohne Bedeutung, aus welchen Gründen dieser Preis so bestimmt worden ist und ob ein Teil des erzielten Erlöses zur Deckung der mit der Gründung und ersten Einrichtung der AG. und mit der Aktienausgabe verbundenen und grundsätzlich von der die Aktien ausgebenden Gesellschaft zu tragenden Kosten dienen soll. **c)** **RG.** R. **12** Nr. 3272. Werden Aktien zu einem den Nennwert übersteigenden Betrag ausgegeben, so ist für die Stempelberechnung dieser maßgebend. Nicht auf den wirklichen inneren Wert, den die Aktien im maßgebenden Zeitpunkte hatten, kommt es an, sondern auf den Betrag, zu dem sie von der ausgebenden AG. dem ersten Erwerber überlassen wurden. Werden die neuen Aktien gegen Aktien eines anderen Unternehmens umgetauscht, so bildet die Feststellung des Wertes dieser Aktien ein Mittel zur Feststellung des Wertes der Gegenleistung. Entscheidend ist, wie hoch die die Aktien ausgebende Gesellschaft die Gegenleistung bewertet hat. Unerheblich ist, ob die Gesellschaft bei der Aktienausgabe den Wert dieser Gegenleistung überschätzt hat. An der **RG. 69** 203 etwa ausgesprochenen abweichenden Auffassung wird nicht festgehalten. **d)** **RG.** LeipzZ. **12** 667, BayerZ. **20** 32, R. **12** Nr. 1963. Gegenstand der Besteuerung ist nicht der Gesamtwert der ausgegebenen Aktien,

sondern die einzelne Aktienurkunde, die deshalb mit einem äußeren, die Verstempelung ersichtlich machenden Zeichen versehen wird. Daß, wenn die Versteuerung des sog. Agios später erfolgt, es einer wiederholten Vorlage und Abstempelung der Aktien nicht bedarf, ändert hieran nichts. e) **RG.** LeipzZ. **12** 464. Für die Berechnung des Aktienausgabestempels ist der innere (wirkliche) Wert der ausgegebenen Aktien entscheidend. Wie dieser zu ermitteln ist, ist Tatfrage (vgl. JW. **11** 195). f) Weinbach, HoldheimsMSchr. **12** 114, erörtert im Anschluß an die Rechtsprechung des **RG. 55** 43, **73** 195 und **78** 169 (s. unten Ziff. 2) die Frage, „ob bei der Versteuerung inländischer Aktien nach Tarifst. 1 a RStempG. zu dem der Berechnung der Abgabe zugrunde zu legenden Ausgabebetrag auch der Betrag der Aktienstempels sowie der sonstigen Emissionskosten gehöre". Zu einem anderen Resultat in Behandlung der gleichen Frage kommt Oertelt, Holdheims MSchr. **12** 161 (vgl. auch Oertelt, HoldheimsMSchr. **12** 202. Gegen das RG., insbesondere gegen die in **RG. 73** 195 aufgestellte Behauptung, daß ein Widerspruch mit **RG. 55** 43 nicht vorliege, wendet sich Lüder, BankA. **11** 272. Vgl. ferner Oppens, HoldheimsMSchr. **12** 253.

2. Tarifst. 4 a. **RG. 78** 169. Berechnung des Reichsstempels, der für die Zuteilung von Anteilscheinen einer Kolonialgesellschaft an die Zeichner zu entrichten ist. Der für den Reichsstempel und die Gründungskosten in Ansatz gebrachte Teil des Preises ist dem Werte des Gegenstandes hinzuzurechnen. In der Übernahme der durch die Errichtung der Gesellschaft erwachsenden Kosten seitens des Zeichners liegt das Versprechen einer Leistung zugunsten der Gesellschaft, die dem Preise hinzuzurechnen ist und ihn entsprechend erhöht. Der Reichsstempel nach Tarifst. 1 b trifft nach öffentlichem Rechte den Zeichner nur unter gewissen Umständen, sofern er sich nämlich an der Ausgabe unversteuerter Anteilscheine beteiligt. Privatrechtlich, d. h. gegenüber der emittierenden Gesellschaft ist der Zeichner nur kraft besonderer Vereinbarung zur Stempeltragung verpflichtet. Ohne eine solche hat die Gesellschaft versteuerte Stücke zu liefern. Daraus ergibt sich, daß die Abrede, nach der sich die Gesellschaft den Stempel und sonstige Unkosten vom Zeichner ersetzen läßt, das von diesem zu leistende Entgelt betrifft.

3. **RG.** BankA. **11** 381, LeipzZ. **12** 698, BayerZ. **19** 225, WarnE. **5** 261, R. **1.** Nr. 1376. Unter die Übergangsvorschrift des § 5 Abs. 1 RStempG2 fallen auch Einzahlungen auf Aktien einer neuen, noch nicht in das Handelsregister eingetragenen und darum noch nicht bestehenden AG. Eine solche Einzahlung ist, wie sich aus § 195 HGB. ergibt, rechtlich möglich und zulässig. Diese Einzahlungen sind deshalb ebenso zu behandeln wie die Einzahlungen bei der Kapitalserhöhung einer schon bestehenden Gesellschaft. Wesentlich ist nur, daß wirkliche Einzahlungen auf künftig auszugebende Aktien gemacht und nicht bloß versprochen sind. Dabei wird man unter den Begriff der Einzahlungen auch die Sacheinlagen zu bringen haben, wie dies für Tarifst. 1 d bereits ausgesprochen ist (**RG. 72** 186). Nur muß die Sacheinlage in die ausschließliche Verfügungsmacht des Vorstandes gelangt und von seiten des Übernehmers der Aktien alles geschehen sein, was nötig ist, um die Leistung dem Vermögen der werdenden Gesellschaft zuzuführen (vgl. ZAktWes. **12** 55).

4. Zu Tarifst. 11 d. **RG.** R. **12** Nr. 1377. Die Bestimmung ist auch dann anwendbar, wenn eine AG. als Aktionärin einer anderen deren Vermögen gemäß §§ 305, 306 HGB. als Gesamtrechtsnachfolgerin erworben hat und nunmehr die Buchung des eingetretenen Erwerbes auf den Blättern der zu jenem Vermögen gehörenden Grundstücke beantragt. Die Erhebung des Reichsstempels wird auch nicht durch Vorlegung des vor dem Inkrafttreten des RStempG. vom 15. Juli 1909 geschlossenen Fusionsvertrags erübrigt (**RG. 74** 42).

5. Zu Tarifst. 1a und 4. **RG.** BankA. **11** 157, BauersZ. **19** 223. Bei der Berechnung des Aktienausgabestempels und des Anschaffungsstempels kann der Fiskus sich nicht beschweren, wenn das Gericht denjenigen jungen Aktien, die einer längeren Sperre unterworfen sind, trotz gleicher Dividendenberechtigung einen geringeren Wert beimißt als den sperrfreien, und wenn es ferner, ohne den Minderwert ziffernmäßig zu bestimmen, feststellt, daß die gesperrten Aktien in dem maßgebenden Zeitpunkt einen gewissen Wertbetrag jedenfalls nicht überstiegen haben.

6. Zu Tarifst. 4a. **RG.** R. **12** Nr. 3273. Während für die Berechnung des Stempels nach Tarifst. 1a der innere Wert der Aktien maßgebend ist, ist der Stempel der Tarifst. 4a nach dem Werte des Gegenstandes des Geschäfts zu berechnen und zwar, wenn es an der im Gesetze hierfür angegebenen Grundlage fehlt, nach dem aus den Umständen zu ermittelnden Betrage, zu dem die Aktien gehandelt worden wären, wenn am Tage der Ausreichung ein Umsatz stattgefunden hätte.

7. Zu Tarifst. 11a und c. SächsRpflA. **12** 164. Stempelrechtliche Beurteilung eines Vertrags, durch den eine AG. ihr Vermögen als Ganzes unter Ausschluß der Liquidation einer anderen, bereits im Besitze sämtlicher Aktien befindlichen AG. überträgt und die letztere sich für ihre Aktienrechte voll befriedigt erklärt.

8. Zu Tarifst. 11b. a) BauersZ. **19** 80 (Hamburg). Der Reichseinbringungsstempel für Grundstücke ist auch bei Umwandlung einer AG. in eine GmbH. zu bezahlen. **b)** **RG.** R. **12** Nr. 3274. Der Stempel sollte grundsätzlich alle beim Grundstücksverkehre zugelassenen, den freiwilligen entgeltlichen Umsatz betreffenden Rechtsvorgängen, insbesondere also auch die über das Einbringen in eine AG. geschlossenen schuldrechtlichen Veräußerungs- und Gesell schaftsverträge treffen. Auch Verträge über die Verschmelzung von AG. sind als Verträge anzusehen, die das Einbringen in eine AG. zum Gegenstande haben. Daß im Falle des § 306 HGB. der Übergang des Vermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erfolgt, ist stempelrechtlich unerheblich. **c)** **RG.** R. **12** Nr. 3274. Bei der Verschmelzung zweier AG. ist der Wille der Parteien nicht auf d e Übertragung der einzelnen Vermögensstücke, sondern des Vermögens als eines Ganzen gerichtet. Es bedarf daher nicht der Aufführung der einzelnen Bestandteile des Gesamtvermögens in dem Verschmelzungsvertrage. Erst für die Berechnung des Landesstempels zerfällt dann das zur Zeit der Eintragung vorhandene, auf die aufnehmende Gesellschaft übergehende Vermögen in seine einzelnen Bestandteile, für die nach Tarifst. 25c PrStStG. der Landesstempel zu erheben ist, während für die Erhebung des Reichsstempels nach Tarifst. 11b nur die zum Gesamtvermögen gehörigen Grundstücke und die ihnen gleichstehenden Rechte auszuscheiden sind.

9. Zu Tarifst. 25c. ZAktWes. **12** 52, **RG.** BauersZ. **20** 32. Für die Reichsstempelsteuer auf Aktien, die als Gegenwert für Sacheinlagen gegeben wurden, ist nicht der Betrag der Aktien zu versteuern, sondern es ist der wirkliche Wert der Sacheinlage, der ja bedeutend höher sein kann, als Grundlage für die Steuer zu nehmen.

10. **RG.** ZAktWes. **12** 193. Emissionsstempel bei Übernahme sämtlicher Gründungskosten durch die Gründer.

11. Bei Fusion. a) **RG.** R. **12** Nr. 3270. Werden von einer AG. bei Aufnahme des Unternehmens einer anderen AG. als Entgelt junge Aktien an die Aktionäre der aufgenommenen Gesellschaft ausgehändigt, so bestimmt sich der der Versteuerung zugrunde zu legende Wert der jungen Aktien nach dem Werte des Vermögens der aufgenommenen Gesellschaft. **b)** Weinbach, HoldheimsMSchr. **12** 235, bespricht die Versteuerung bei Fusion der AEG. mit dem Lohmeyerwerke Frankfurt. Bei einer Gründung, bei der die Gründer ein Unternehmen einbringen, in einem früheren Vertrage sich aber verpflichtet haben, die Aktien sogleich für einen

weit höheren Preis, als er dem nach dem Werte des Unternehmens bemessenen Ausgabekurs entspricht, weiter zu veräußern, ist es gerechtfertigt, diese Vereinbarung für die Feststellung des wahren Wertes der Aktien heranzuziehen.

II. Preußen. 1. § 3 Abs. 3, Tarifst. 25, 32 StStG. „Einbringen". **RG.** R. **12** 387 vgl. oben hinter § 160.

2. Anm. zu Tarifst. 25a StStG. Ausländische Gesellschaftsverträge, Übergangsrecht. **RG.** ZAktWes. **12** 190, R. **12** 387 vgl. oben Anhang hinter § 157 Ziff. II 1d.

3. Tarifst. 25a StStG. a) **RG.** JW. **12** 926, R. **12** 534. Bei der die AG. und AKommG. betreffenden Nr. 1 fehlt die für die GmbH. in Nr. 2 getroffene Bestimmung, daß bei Erhöhung des Stammkapitals die Abgabe nach dem Steuersatze zu berechnen sei, der dem Betrage des Stammkapitals unter Hinzurechnung des Betrags der Erhöhung entspricht. Bei AG. findet daher für die Stempelberechnung eine solche Hinzufügung, nämlich des Betrags der Erhöhung zu dem bis zur Erhöhung vorhandenen Grundkapitale nicht statt. b) Verhältnis zu Tarifst. 11b RStempG. s. oben Anhang hinter § 157 Ziff. II 3b.

4. Übergangsrecht. **RG.** BauersZ. **19** 140. Wurde die Kapitalserhöhung zwar unter der Herrschaft des G. vom 31. Juli 1895 beschlossen, erfolgte die Einzahlung aber erst nach dem 1. Juli 1909, so greifen die gesteigerten Sätze des NachtragsG. vom 26. Juni 1909 Platz.

5. Gebühr des § 72 PrGKG; Teilzahlungen. RheinAKV. **30** 17. Bei Eintragung neugegründeter AG. ist die Gebühr des § 72 PrGKG. nicht vom Grundkapitale, sondern nur von dem tatsächlich eingezahlten Kapitale zu berechnen. Was die Frage der Teilzahlungen anlangt, so hat Bartels in der Zeitschr. f. deutsche Justizsekretäre **10** Beil. 5 behauptet, daß stets der Kassenkurator darüber zu entscheiden habe, einerlei, ob die Kosten bereits registriert sind oder nicht. Dem ist nicht beizutreten. Der Kassenkurator hat nur dann eine Entscheidung zu treffen, wenn es sich um bereits registrierte Kosten handelt. Wird dagegen das Verlangen auf Gewährung von Teilzahlungen schon vor Berechnung der Gebühr gestellt, so handelt es sich um Fragen des Kostenansatzes, so daß über die Höhe der anzusetzenden Teilgebühr der Gerichtsschreiber, auf Erinnerung das Gericht entscheidet.

III. Bayern. BayObLG. **13** 444. Die Nachtragsurkunde zu einem Gesellschaftsvertrage, die eine im Vertrage nicht vorgesehene Bestimmung über die Übernahme der gesamten Gründungskosten durch die Gesellschaft enthält, unterliegt als eine einen wesentlichen Punkt betreffende Änderung des Hauptvertrags gemäß Art. 181 Abs. 2 GebG. der Gebührenbewertung nach Art. 145 aus dem Betrage des Gründungsaufwandes.

IV. Sächsisches Recht. Tarifst. 13 V SächsStStG. SächsRpflA. **12** 164. Steuerrechtliche Beurteilung eines Vertrags, durch den eine AG. ihr Vermögen als Ganzes mit allen Aktiven und Passiven unter Ausschluß der Liquidation einer anderen AG. überträgt, die im Besitze sämtlicher Aktien jener ersten AG. ist und sich infolge der Übertragung für ihre Aktienrechte als voll befriedigt erklärt.

Anhang II. Steuern.

1. BauersZ. **19** 252, PrVerwBl. **33** 630 (PrOVG.). Bei Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine AG. findet kein umsatzsteuerpflichtiger Eigentumswechsel bezüglich der Grundstücke statt (vgl. u. zu § 332).

2. Preußische Einkommensteuer. a) BauersZ. **20** 9 (PrOVG.). Überschüsse im Sinne des EinkommensteuerG. Für die Abzugsfähigkeit einer Ausgabe macht es keinen Unterschied, ob die zur

Bestreitung der Ausgabe nötige Summe aus den Betriebseinnahmen des laufenden Jahres oder aus einem Reservefonds entnommen wird. **b)** BauersZ. **20** 9 (PrOVG.). Betriebsausgabe oder verschleierter Geschäftsgewinn bei Scheinanstellung eines Aktionärs als Direktor. **c)** BauersZ. **20** 9 (PrOVG.). Berechnung des Einkommens nicht nach den erzielten Erträgen, sondern nach den verteilten Überschüssen zuzüglich der ihnen gleichgestellten Rücklagen. **d)** BauersZ. **20** 9 (PrOVG.). Einwand der AG., sie habe in ihren Bilanzen zu wenig abgeschrieben. **e)** BauersZ. **20** 10 (PrOVG.). Ermittlung der zulässigen Höhe einer Abschreibung. **f)** BauersZ. **20** 10 (PrOVG.). Zurechnung des Erneuerungsfonds und der Rücklagen oder Abschreibungen für ihn zum steuerpflichtigen Einkommen. **g)** BauersZ. **20** 10 (PrOVG.). Im voraus erhaltenes Entgelt für eine von der AG. übernommene, aber noch nicht ausgeführte Leistung; Behandlung des hierwegen in die Bilanz eingestellten Passivpostens. **h)** BauersZ. **20** 10 (PrOVG.). Einkommen aus besonderer Quelle. **i)** BauersZ. **20** 10 (PrOVG.). Maßstab für Heranziehung einer AG. zur Gemeindeeinkommensteuer bei ihrer Beteiligung an einer GmbH. **k)** Steuerpflicht einer AG. in Liquidation. R. **12** 646 (PrOVG.). Nach §§ 303 Abs. 3, 294 HGB. hat die Auflösung noch nicht das Erlöschen der rechtlichen Existenz, sondern nur den Liquidationseintritt zur Folge. Während letzterer bleibt die Gesellschaft nach ständiger Rechtsprechung steuerpflichtig. **l)** Heranziehung einer AG. zur Gemeindeeinkommensteuer. PrVerwBl. **33** 666, BauersZ. **19** 271 (PrOVG.). Nach §§ 33, 35 KommAbgG. wird eine Gemeindesteuerpflicht für AG. nicht durch den aus dem Handelsregister sich ergebenden Sitz der Gesellschaft, sondern durch den wirtschaftlichen Sitz des Unternehmens begründet, und es kommt dabei entscheidende Bedeutung nur der tatsächlichen Gestaltung des Gewerbebetriebs zu. Nach § 33 Ziff. 1 aaO. begründet auch das bloße Haben gewerblicher Anlagen eine Steuerpflicht in den Belegenheitsgemeinden. Jeder Teil einer Betriebsstätte ist eine gewerbliche Anlage, und ein dem Gewerbebetriebe dienendes Grundstück verliert nicht dadurch die Eigenschaft einer solchen, daß der darauf stattfindende Gewerbebetrieb eine Änderung erfährt oder das Grundstück zu gewerblichen Zwecken mit anderen Grundstücken vereinigt oder (umgekehrt) geteilt wird. Die Einkommensquelle bleibt dieselbe, wenn an Stelle des bisherigen eigenen gewinnbringenden Betriebs eines Gewerbes aus der diesem dienenden gewerblichen Anlage durch eine andere Art der Nutzung, z. B. Verpachtung Einkommen erzielt wird. **m)** Einkommensteuer bei Untergründungen. Waller, BankA. **11** 153 vgl. o. zu §§ 182 ff. **n)** PrVerwBl. **33** 840 (PrOVG.). Bei der Veranlagung der AG. muß eine Einkommensquelle außer Betracht bleiben, die zwar bei Beginn des Steuerjahrs, nicht aber in den drei vorhergegangenen Geschäftsjahren bestanden hat. **o)** BauersZ. **19** 227 (PrOVG.). Die von der AG. an bestimmte Aktionäre bezahlte Vergütung für deren Teilnahme an der Generalversammlung ist nicht einkommensteuerpflichtig. **p)** BauersZ. **19** 226 (PrOVG.). Verminderung des steuerpflichtigen Überschusses durch Generalversammlungsbeschluß. Wann sind die aus Anlaß einer Garantieverpflichtung bewirkten Rückstellungen steuerfrei?. **q)** BauersZ. **19** 80. Die Steuerpflicht der AG. richtet sich nach dem Beschlusse der Generalversammlung über die Verwendung der Bilanzüberschüsse. Durch diese Beschlüsse wird erst steuerpflichtiges Einkommen geschaffen. Das gilt auch für die in den Gesamtüberschüssen steckenden Erträge besonderer Einkommensquellen. Darum kann als steuerpflichtiges Einkommen aus solcher besonderen Quelle nicht einfach der Ertrag der Quelle angesetzt werden, vielmehr ist er aus dem gesamten steuerpflichtigen Einkommen nach dem Verhältnis auszuscheiden, in dem dieser zu den gesamten bilanzmäßigen Überschüssen steht. **r)** BauersZ. **19** 129. Abzugsfähigkeit bereits festgesetzter Dividenden und Tantiemen einer AG. bei der

Vermögensteuer (SächsR.). s) BauersZ. **19** 125 (PrOVG.). Überschüsse, die die AG. zur teilweisen Bezahlung der von den Aktionären übernommenen neuen Aktien verwendet, werden dem steuerpflichtigen Einkommen der Aktionäre hinzugerechnet.

3. Sächsische Einkommensteuer. a) BauersZ. **19** 203 (SächsOVG.). Die durch Umwandlung des Dividendenergänzungsfonds in Aktienkapital den alten Aktionären gutgebrachten Beträge unterliegen auch in Sachsen der Einkommensteuerpflicht. b) SächsOVG. **18** 190. Festsetzung der Staatseinkommensteuer wegen des Tantiemenbezugs der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats; Einfluß des § 245 Abs. 3 HGB.

4. **RG.** BauersZ. **19** 78. Die Talonsteuer ist vom Aussteller des Wertpapiers zu tragen und kann nicht ohne besondere Vereinbarung dem Erwerber der Papiere zur Last gelegt werden.

5. BauersZ. **19** 106 (Colmar). Die elsaß-lothringische Verkehrssteuer ist bei Fusion zweier AG. nach dem inneren Werte der neu auszugebenden Aktien zu entrichten.

6. **RG.** BauersZ. **19** 154. Die Zuwendungen der AG. an den unter ihren Angestellten bestehenden Witwen- und Waisen-Unterstützungsverein unterliegen der Schenkungssteuer.

7. DJZ. **12** 1415 (PrOVG.). Hat eine AG. den in früheren Bilanzen zu hoch angesetzten Wert der im § 261 Ziff. 3 HGB. erwähnten Betriebsgegenstände in einer späteren Bilanz gemäß § 40 aaO. auf den wirklichen Wert herabgeschrieben, so darf die Abschreibung bei der Ausmittelung des gewerbesteuerpflichtigen Ertrags nach § 22 GewStG. nicht zum vollen Betrage berücksichtigt werden, sondern nur in Höhe der in dem maßgebenden Jahre eingetretenen Wertverminderung und des Buchwerts der in demselben Jahre aus dem Betrieb ausgeschiedenen Gegenstände.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 330. Auflösung. Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter. KGJ. **41** 140, R. **12** Nr. 2352. Beschließt die Generalversammlung einer AKommG. die Auflösung der Gesellschaft, so bedarf dieser Beschluß der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter. Die Zustimmung ist nur rechtswirksam, wenn sie in dem Protokoll über die Generalversammlung oder in einem Anhang zu diesem Protokoll beurkundet wird. Die Beibringung einer notariell beglaubigten Zustimmungserklärung genügt nicht.

§ 332. Umwandlung einer AKommG. in eine AG. BauersZ. **19** 252 (PrOVG.). Bei der KommG. auf Aktien bleibt nach dem Ausscheiden der Komplementäre eine AG. übrig. Dies gilt auch dann, wenn es im Gesellschaftsvertrage nicht vereinbart ist (arg. § 333 Abs. 3). Hiermit ist klar vorgeschrieben, daß die Gesellschaft, die nach §§ 210, 320 HGB. juristische Person ist, dieselbe bleibt, daß nur ihr Mitgliederbestand verändert wird. Ebenso OLG. **5** 279 (BayObLG.); KGJ. **25** 228 (KG.). Hat aber die Umwandlung der Gesellschaft keinen Eigentumswechsel zur Folge, so fehlt es auch an der Möglichkeit der Erhebung der Umsatzsteuer.

Anhang: 1. BauersZ. **19** 252, DNotV. **12** 701 (PrOVG.). Bei Umwandlung einer KommG. auf Aktien in eine AG. findet kein umsatzsteuerpflichtiger Eigentumswechsel statt.

2. PrVerwBl. **33** 521 (PrOVG.). Heranziehung einer KommG. auf Aktien zur Gemeindeeinkommensteuer wegen ihrer Beteiligung an einer GmbH. Ist bei dieser Heranziehung nur eine derjenigen Einkommensquellen, deren Erträge das staatlich veranlagte Einkommen der AG. ausmachen, in Frage, so ist das Ergebnis dieser Quelle nicht frei zu ermitteln, sondern den Unterlagen der von der Generalversammlung genehmigten und nötigenfalls bei der staatlichen Veranlagung berichtigten Bilanz mittels Durchschnittsberechnung zu entnehmen.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335. Begriff, Voraussetzungen. 1. **RG.** R. **12** Nr. 1542. Eine stille Gesellschaft kann angesichts der Bedingungen einer Geldhingabe auch vorliegen, wenn sich der Vertrag nicht als Gesellschaftsvertrag bezeichnet. So kann die Absicht der Parteien auf Errichtung einer stillen Gesellschaft, trotzdem der Vertrag sich nicht als Gesellschaftsvertrag bezeichnet, daraus geschlossen werden, daß das Darlehen nicht schlechthin, sondern „für ein zu gründendes Möbelgeschäft", d. h. also als „Einlage" gewährt werden soll. Dafür spricht weiter, daß der Geldempfänger die Verpflichtung übernahm, den Sohn des Geldgebers in sein Geschäft zu nehmen, daß nicht bloß eine Verzinsung, sondern auch eine Gewinnbeteiligung vereinbart und dem Geldgeber ein Kontrollrecht eingeräumt wurde.

2. Gesellschaftsvertrag oder Darlehen? LeipzZ. **12** 861 (Colmar). Maßgebend für die Abgrenzung ist, ob der Wille der Vertragschließenden mehr auf die egoistischen Zwecke der einen oder anderen Partei oder ob er auf einen gemeinschaftlichen Zweck gerichtet war. Der Umstand, daß die Vermögenseinlage nicht als solche, sondern als Kapital bezeichnet wird, daß der andere Teil dieses Kapital verzinsen muß, daß der Einleger nicht am Verluste beteiligt und anderseits sein Gegner von der Vorlage von Belegen und der kaufmännischen Buchführung befreit ist, schließt die Annahme einer stillen Gesellschaft noch nicht aus. Vgl. auch **RG.** LeipzZ. **12** 318.

§ 336. **RG.** R. **12** Nr. 268. Befreiung von der Teilnahme am Verluste gewährt dem stillen Gesellschafter noch kein Vorrecht gegenüber anderen Gesellschaftsgläubigern.

§ 339. **RG.** R. **12** Nr. 1777. Bei der stillen Gesellschaft ist eine Klage nach § 142 HGB. mangels einer Vermögensgemeinschaft ausgeschlossen.

§ 340. 1. Auseinandersetzung. **RG.** BauersZ. **20** 20. Die Auseinandersetzung einer stillen Gesellschaft ist keine Abwickelung durch gemeinschaftliche Tätigkeit der Gesellschafter. Veräußert wird nichts, da gemeinschaftliche Gegenstände gar nicht vorhanden sind. Der Komplementar hat einfach eine Bilanz zu fertigen und zu diesem Behufe, soweit erforderlich, Schätzungen vorzunehmen. Ist der stille Gesellschafter an dem Verluste nicht beteiligt, so kann sogleich auf Zahlung der Einlage als des Mindestguthabens geklagt werden.

2. Auflösung. LeipzZ. **12** 861 (Colmar). Die Verwendung der Einlage des stillen Gesellschafters seitens des Geschäftsinhabers zu dessen Privatzwecken kann einen wichtigen Auflösungsgrund bilden.

Anhang: Steuern und Stempel. SächsRpflA. **12** 402. Stempelrechtliche Beurteilung eines Vertrags über die Auflösung einer stillen Gesellschaft mit Stundung der an den stillen Gesellschafter zu zahlenden Abfindungssumme und Umwandlung einer für ihn eingetragenen Sicherungshypothek in eine feste Hypothek (SächsR.).

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 343. **RG.** LeipzZ. **12** 911. Der Erwerb eines Handelsgeschäfts zum Zwecke des Weiterbetriebs ist als Handelsgeschäft im Sinne des § 343 HGB. (als erste Betriebshandlung) anzusehen.

§ 344. 1. OLG. **24** 178/79 (Hamburg). Nach § 28 HGB. ist die klägerische Forderung eine Schuld der beklagten Konkursmasse, wenn sie im Betriebe des Geschäfts von X. entstand. Dies ist aber nach § 344 zu vermuten. Daß formell das Grundstück auf den vollen Namen von X. und nicht auf seine angebliche Firma einge-

tragen gewesen ist, wäre ohne jede Bedeutung, auch wenn X., was tatsächlich nicht der Fall war, eine von seinem Namen abweichende Firma geführt hätte. Denn nach der zwar bestrittenen, aber herrschenden Ansicht (Ritter, HGB. § 17 Nr. 2; OLG. **6** 504) sind Grundbucheintragungen unter der Firma eines Einzelkaufmanns überhaupt unstatthaft, vielmehr haben die Eintragungen auf dessen Namen zu erfolgen. Aber auf die Frage, ob das Grundstück als solches bei der Errichtung der oHG. Eigentum dieser Gesellschaft geworden ist, kommt es gar nicht an, sondern lediglich darauf, ob die Darlehnsforderung seinerzeit im Geschäftsbetrieb aufgenommen worden ist. Der Beklagte gibt aber selbst zu, daß bei dem Umbaue, für dessen Zweck das Darlehen aufgenommen worden ist, der im Grundstücke befindliche Laden umgebaut und vergrößert worden ist. Dieser Laden stellt einen sehr großen Teil des Wertes des Grundstücks dar, da mindestens die Hälfte der Einkünfte auf die Benutzung des Ladens entfällt. Schon hierdurch wird die Vermutung des § 344 wesentlich unterstützt. Hierzu kommt, daß die Gesellschaft X. u. Co. nach einer besonderen Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern alle Lasten des Grundstücks, darunter auch die Darlehnszinsen zu zahlen hatte und gezahlt hat.

2. OLG. **24** 273 (Posen). Sämtliche Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns sollen zwar als in seinem Gewerbebetriebe vorgenommen gelten, die vierjährige Verjährungsfrist soll aber nur auf diejenigen Anwendung finden, die tatsächlich im Interesse des Gewerbes vorgenommen sind (s. auch JDR. **10** § 344 HGB.).

§ 346. A. Allgemeines. I. Literatur. 1. Dove-Meyerstein, Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Handelskammer zu Berlin, nebst den für einzelne Geschäftszweige festgestellten Ortsgebräuchen und Geschäftsbedingungen. Inhaltsverzeichnis (für beide Bände): I. Prinzipal und Angestellte (einschließlich Heimarbeiter und Zwischenmeister). II. Agentur und Kommission; Mäklervertrag. III. Handelskauf (Werkvertrag). IV. Verpackung, Maß und Gewicht. V. Wechsel- und Scheckverkehr. VI. Bank- und Börsenwesen. VII. Spedition, Frachtverkehr und Lagerhalter. VIII. Binnenschiffahrt. IX. Besondere Gebräuche für einzelne Geschäftsarten und andere Handelszweige.

2. Handelsgebräuche. Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft, veröffentlicht in der etwa einmal monatlich erscheinenden Korrespondenz der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin (Korresp. d. Ält. **35**).

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **12** Hptbl. 216 (Hamburg). Ein verbindlicher Handelsgebrauch ist nur dann anzuerkennen, wenn die Übung als Ausfluß der Verkehrsmoral anzusehen ist, also darauf beruht, daß man sie für sittlich oder durch den Anstand geboten erhält.

2. OLG. **24** 177 (Frankfurt). Unterwerfung unter unbekannte Geschäftsbedingungen. Nach dem Bestätigungsschreiben des Klägers erfolgt die Lieferung und Verrechnung auf Grund der allgemeinen Lieferungsbedingungen des Klägers, die dem Beklagten bekannt seien. Auf diese Mitteilung hat Beklagter geschwiegen und damit sich nach den im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten den allgemeinen Lieferungsbedingungen des Klägers unterworfen. Er kann sich auch nicht darauf berufen, daß sie ihm nicht bekannt gewesen seien. Denn daß der Kläger dies gewußt und arglistig die Unkenntnis des Beklagten auszubeuten versucht habe, ist nicht behauptet. Beklagter mußte sich also sagen, daß der Kläger irrtümlich die Kenntnis seiner allgemeinen Lieferungsbedingungen voraussetze. Bei dieser Sachlage war Beklagter, der selbst ein bedeutendes kaufmännisches Unternehmen betreibt und für seinen Geschäftsbetrieb gleichfalls allgemeine Geschäftsbedingungen aufgestellt hat, verpflichtet, dem Kläger mitzuteilen, daß dessen Geschäftsbedingungen nicht bekannt seien, und daß er die Unterwerfung unter diese Bedingungen von deren vorheriger Prüfung und Billigung abhängig machte. Sein

Schweigen läßt daher nur die Deutung zu, daß er sich den Bedingungen, auch ohne sie zu kennen, unterwerfen wollte.

3. **RG.** BankA. **11** 344, HoldheimsMSchr. **12** 100. Hat der Käufer seinen Willen deutlich zu erkennen gegeben, Anteile der Gesellschaft A. zu erwerben, so erfüllt der Verkäufer seine Verpflichtung regelmäßig nicht durch Lieferung der gleichwertigen Anteile der Gesellschaft B., auch wenn sich eine Usance gebildet hat, derzufolge der Verkäufer berechtigt ist, nach seiner Wahl an Stelle der Anteile einer Gesellschaft diejenigen einer anderen, mit der jene in Fusionsverhandlungen steht, zu liefern. Der Verkäufer kann sich dem die Lieferung gerade dieser Sache verlangenden Käufer gegenüber nicht auf den erwähnten Handelsgebrauch berufen, da ein solcher Handelsgebrauch in derartigen Fällen nach feststehender Rechtsprechung des RG. einem gegenteiligen übereinstimmenden Vertragswillen der Parteien gegenüber, wonach für ihr Vertragsverhältnis etwas anderes gelten soll, nicht den Ausschlag geben kann.

B. Einzelne Handelsgebräuche. I. Literatur. 1. Adler, Der Übergang der Gefahr beim Handelskaufe, GoldschmidtsZ. **72** 388—441 (435 bis 440). Handelsgebräuche und Klauseln über Gefahren, Nutzungen, Lasten und Transportkosten, Verpackung.

2. Usancen für den Handel in amtlich nicht notierten Werten. Festgestellt durch die Ständige Kommission des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten am 11. Dezember 1912, BankA. **12** 99, 129.

3. Wechselgebräuche, ZAktWes. **12** 126—128 (126), 145—147 (146). Nach den Gewohnheiten der kaufmännischen Praxis gilt es als selbstverständliche Voraussetzung eines geordneten Geschäftsverkehrs, daß ein Wechsel, der zur Deckung einer bestehenden Schuld dem Gläubiger eingesandt wird, für den Fall sofort, d. h. nach der im Wechselverkehre bestehenden Sitte spätestens nach drei Tagen, retourniert werden muß, wenn nicht die Absicht besteht, ihn für die fragliche Schuld zu verwenden. Eine längere Zurückbehaltung des Wechsels würde nach dem Handelsbrauche die Annahme desselben als Zahlung für die betreffende Schuld voraussetzen, den Gläubiger also, dessen stillschweigende Zurückbehaltung als Einverständnis-Erklärung betrachtet wird, zur Verwendung des Wechsels verpflichten.

4. Wechselgebräuche, ZAktWes. **12** 126—128 (126 f.), 145—147 (146). Die Pflicht der sofortigen Rücksendung eines Wechsels besteht auch in dem Falle, daß für ihn ein Prolongationswechsel gegeben worden ist, da dieser eben als Deckungspapier des zuerst gegebenen Wechsels, der nunmehr als eingelöst zu betrachten ist, zu gelten hat. Ist der Wechselinhaber jedoch mit der Annahme eines Prolongationswechsels nicht einverstanden, wünscht er also die Prolongation nicht, so ist der eingesandte Prolongationswechsel sofort, jedenfalls vor Fälligkeit des ersten Wechsels zurückzugeben, damit der Wechselschuldner entweder für rechtzeitige Baranschaffung des Betrags Sorge tragen oder in anderer geeigneter Weise eine Regelung der Wechselangelegenheit vornehmen kann. Nach den Gepflogenheiten im Wechselverkehre gilt jeder Wechsel dann als angenommen, wenn seine Rücksendung an den Absender nicht sofort, worunter im allgemeinen eine Frist von höchstens drei Tagen anzusehen ist, erfolgt. Dagegen besteht eine allgemeine Usance dafür, daß die Frist bei Prolongationswechseln stets in der gleichen Weise wie bei dem zuerst gegebenen Wechsel zu bemessen sei, nicht, da es üblich ist, daß die Fristbemessung im allgemeinen der vorherigen Vereinbarung der Beteiligten überlassen bleibt. Nur wenn es sich um einen regelmäßigen Wechselverkehr, der auf Grund des im Handel allgemein gebräuchlichen Dreimonatswechsels sich vollzieht, handelt, so wird ohne besondere Vereinbarung angenommen, daß der Prolongationswechsel in gleicher Weise wie der erste Wechsel auf die im kaufmännischen Verkehr übliche Frist von drei Monaten ausgestellt wird. Das hat schon wegen der leichteren Verkäuflichkeit

solcher Wechsel zu geschehen. Soll unter diesen Verhältnissen also ein Prolongationswechsel auf eine längere Frist ausgedehnt werden, als die von drei Monaten, so würde dazu eine vorherige Vereinbarung nötig sein.

5. Wechselgebräuche, ZAktWes. **12** 126—128 (127), 145—147 (146 f.). Nach Handelsbrauch sind für die Zeit, während welcher der Prolongationswechsel läuft, Zinsen zu bezahlen. Dies hat auch dann zu geschehen, wenn der Prolongationswechsel nur für einen Teil der im ersten Wechsel enthaltenen Schuld gegeben wird. In diesem Falle hat die Zinszahlung nur für den Betrag zu erfolgen, über den der Prolongationswechsel lautet. Die Berechnung dieser Zinsen sowohl, wie die der Provision usw., ist bei allen Wechseln im voraus üblich, doch erstreckt sich dieselbe lediglich auf die Zeit bis zum Fälligkeitstermine, während es nicht gebräuchlich ist, solche Zinsen und Spesen auf einen bestimmt normierten Zeitraum, der über den Fälligkeitstermin hinausgeht (z. B. halbjährige Zinsberechnung bei Drei- oder Viermonatswechseln) zu berechnen.

6. Wechselgebräuche, ZAktWes. **12** 126—128 (127), 145—147 (146). Hinsichtlich der Kosten, die durch den Umlauf einer Tratte entstehen, ist es im Wechselverkehr üblich, daß diese vom Schuldner getragen werden. Dieser hat die Kosten auch dann zu übernehmen, wenn auf die Avisierung einer solchen Tratte eine Antwort des Schuldners nicht erfolgte. Wird die Tratte dann nicht eingelöst, so sind die dadurch entstehenden Protestkosten usw. gleichfalls vom Schuldner zu entrichten. Denn in solchen Fällen findet die allgemeine kaufmännische Gepflogenheit sinngemäße Anwendung, daß die Nichtbeantwortung einer avisierten Rechtshandlung stillschweigendes Einverständnis zwischen den Beteiligten voraussetzt.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **12** Hptbl. 102—104 (Hamburg). Im Exporthandel werden Drogen und Chemikalien stets in Netto-Packung geliefert, falls nicht der Käufer ausdrücklich Brutto-Packung vorschreibt.

2. OLG. **24** 292 f. (Hamm). Ist die Waggon-Lieferung von Zement vereinbart worden, so kann die Lieferung in Fuhren abgelehnt werden.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 67 f. Der Beklagte hat in seinem Briefe vom 18. März 1907 an das Versprechen der Garantie die Bitte geknüpft, der Kläger wolle stets nach Abschluß eines Geschäfts eine Abschrift des Bestätigungsschreibens und bei Abschlüssen von Ladungen eine Information durch Kabel dem Beklagten zugehen lassen. Die Auslegung dieser Erklärung dahin, daß darin nicht nur eine Bitte oder auch die Auferlegung einer Vertragspflicht mit der Folge des Schadensersatzes bei Nichterfüllung, sondern eine Bedingung lag, von deren Erfüllung die Wirksamkeit der Garantie abhängen sollte, entspricht den Gebräuchen des Handelsverkehrs.

4. **RG.** WarnE. **12** 117. Nach Handelsgebrauch des Berliner Grundstücks- und Hypothekenverkehrs gilt die Provision für eine Hypothekenvermittlung dann als verdient, wenn ein rechtsverbindlicher Darlehnsvorvertrag über die Hingabe und Annahme des Kapitals in dem Sinne geschlossen ist, daß der Geldgeber zur Hingabe, der Geldnehmer zur Annahme verpflichtet ist.

C. Klauseln. I. Literatur. 1. Ritter, Handelsrechtliche Rundschau, ABürgR. **37** 174—179. Über die Bedeutung der Arbitrageklausel. Der Verf. erörtert ihren Inhalt und ihr Verhältnis zu der sich aus § 377 HGB. ergebenden Mängelanzeigepflicht des Käufers.

2. Ritter, Handelsrechtliche Rundschau, ABürgR. **37** 171 f. Daß die fob-Klausel den Verkäufer mit den Kosten des Transports bis an das Schiff, nicht mit der Gefahr der Beförderung bis dahin belastet, entspricht zwar der Judikatur, nicht aber der Verkehrsanschauung.

3. Kleinrath, Vertragsklausel „Absendung (im eingeschriebenen Briefe) gilt als Zugang einer Erklärung“, JW. **12** 261 f. Gegen Reichel, DJZ. **11** 1534,

bejaht der Verf. die Wirksamkeit der Klausel gegenüber den Bestimmungen des § 130 BGB.

II. Rechtsprechung. 1. Bezüglich der Leistungspflicht. a) Des Lieferanten. α. HansGZ. 12 Hptbl. 97—99 (Hamburg). In der Klausel „Verladung innerhalb zweier Monate" bei einem Kaufvertrag über Buenos-Aires-Kalbfelle liegt nicht die Zusicherung einer Eigenschaft der Ware, sondern lediglich eine Zeitbestimmung, die aber dem Geschäft auch nicht den Charakter eines Fixgeschäfts gibt. Der Käufer darf aber Ware, die nicht innerhalb zweier Monate nach Abschluß des Vertrags abgeladen ist, zurückweisen; denn die Einhaltung der Verladezeit stellt sich als ein so wesentlicher Bestandteil des Geschäfts dar, daß die Lieferung einer Ware mit anderer Abladezeit nicht mehr als Vertragserfüllung gelten kann. β. HansGZ. 12 Hptbl. 189 f. (Hamburg). Bei einem Kaufgeschäft über Valencia-Apfelsinen, abladbar von Valencia bis zum 20. November, liegt ein Fixgeschäft nicht vor: Waren hier auch die Fristen für die vom Verkäufer vorzunehmenden Abladungen ganz bestimmt abgegrenzt worden unter Nennung bestimmter Tage als Endtermine und war hier für den Verkäufer der Abladungsort Valencia auch zugleich der Erfüllungsort, so war doch der Zeitpunkt der Ablieferung, die in Hamburg zu erfolgen hatte, bei der ungewissen Dauer des Seetransports kein ganz bestimmter. Auf ihn aber mußte es dem Käufer wesentlich ankommen, wie auch der Verkäufer sich hatte sagen müssen. Aber auch als Handelsartikel mit bestimmter Eigenschaft sind Apfelsinen mit bestimmten Abladungen nicht anzusehen, — so daß die Abladeklausel nicht als Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft anzusehen ist. Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichteinhaltung der Abladefrist ist deshalb durch das Setzen einer Nachfrist gemäß § 326 BGB. bedingt. γ. OLG. 24 181 (Hamburg). Verschiffung im Oktober. Der Beklagte hatte 1500 Kisten ausgewählte kalifornische Pflaumen der Ernte von 1909 gekauft. Die Verschiffung sollte zu irgendeiner Zeit während des Oktobers stattfinden. Schon diese Anordnung ergibt, daß die Vereinbarung einer Verschiffungszeit hier nicht die Zusicherung einer Eigenschaft der zu liefernden Ware bedeutet. Als eine Eigenschaft der Ware kann die Abladezeit (vgl. HansGZ. 08 Nr. 136, LeipzZ. 09 854) nur dann gelten, wenn die Abladung in einer bestimmten Zeit von einem bestimmten Lande als Kennzeichen einer bestimmten Ware, z. B. als Ware einer bestimmten Ernte angesehen wird. Daß hier aber Oktoberladung nicht gleichbedeutend mit Ernte des Jahres 1909 ist, ergibt sich daraus, daß über die Ernte eine besondere Bestimmung aufgenommen worden ist. Die Vereinbarung bedeutet daher nur eine Zeitbestimmung für die Abladung und bezweckt regelmäßig, dem Käufer die Möglichkeit zu gewähren, sich über die Ankunft der Ware wenigstens einigermaßen ein Bild zu machen und danach seine geschäftlichen Maßnahmen zu treffen. Die Nichtinnehaltung der vereinbarten Frist gibt nach Handelsgebrauch regelmäßig dem Käufer das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, mindestens aber die Annahme der Ware abzulehnen (HansGZ. 08 Nr. 114). δ. HansGZ. 12 Hptbl. 61—64 (Hamburg). Wenn über Ware (Zucker) aus einer bestimmten Fabrik kontrahiert war, so ist der Verkäufer bei der Unmöglichkeit, Ware dieser Fabrik zu liefern, weder berechtigt noch verpflichtet, andere gleichwertige Ware zu liefern, — er wird aber auch anderseits von seiner Lieferungsverpflichtung nicht befreit. ε. S. auch **RG.** HoldheimsMSchr. 12 22—24, wo aber wohl — mit Rücksicht auf Parteivereinbarungen — in jenem Falle das Erlöschen der Lieferungsverpflichtung angenommen worden. ζ. OLG. 24 315, SeuffA. 67 159 Nr. 88 (Hamburg). — schon zit. JDR. 10 640 II 1 a — über die Bedeutung der Vertragsklausel, daß die Ware frei Schiffsseite zu liefern sei. η. HansGZ. 12 Hptbl. 246 f. (Hamburg). Im Falle eines Verkaufs mit der Klausel „frei Schiffsseite, nach Käufers näherer

Angabe" hat der Verkäufer sich danach zu erkundigen, wann für den vom Käufer aufgegebenen Dampfer der Schluß zur Annahme von Ladung ist. Der Verzug des Verkäufers, der die Ware für den vom Käufer aufgegebenen Dampfer zu spät lieferte, wird jedoch dadurch geheilt, daß der Verkäufer sich bereit erklärte, die Ware mit einem späteren, aber schnelleren Dampfer zu verladen. ϑ. OLG. **24** 195 (Hamburg). Sorge des Verkäufers für richtige Verstauung der über See zu versendenden Ware. Der Versender hat nicht für die Art der Verstauung im Schiffe zu sorgen, vielmehr ist es Sache des Schiffers, die eingeladenen Güter richtig und ordnungsmäßig zu verstauen (S t a u b 34, 35 zu § 382). Es dürfen aber nach § 566 HGB. Güter auf dem Verdeck ohne Zustimmung des Abladers nicht verladen werden. Letzterer kann und muß sich demgemäß darauf verlassen, daß der Schiffer nicht eigenmächtig an Deck verlädt. Er hat es daher nicht nötig, im Einzelfalle die Verladung an Deck zu verbieten. ι. BauerZ. **19** 115 (Hamburg). Wer einem anderen das Alleinverkaufsrecht an einem Artikel für ein gewisses Gebiet überträgt, darf durch frühere Verträge nicht anderweit gebunden sein und muß sich der Verletzung des Monopols enthalten, indem er selbst jeden Wettbewerb nach dem zugewiesenen Gebiet unterläßt und die gleiche Verpflichtung seinen übrigen Abnehmern auferlegt. Weitere Anforderungen zu stellen und dem das Alleinverkaufsrecht Bewilligenden die unbedingte Gewähr dafür aufzuerlegen, daß tatsächlich kein Dritter in das betreffende Gebiet hineinliefere, ist unmöglich. κ. OLG. **24** 179, HansGZ. **12** Hptbl. 265—269 (Hamburg). Bei der Klausel „Kasse gegen Dokumente" hat der Käufer Anspruch auf sämtliche Konnossementsexemplare; es genügt nicht, wenn ihm nur eins geliefert wird. Daß die Übergabe nur eines — gehörig indossierten — Exemplars genügen würde, um mittelbaren Besitz und Eigentum an der Ware zu übertragen (§§ 645, 647 HGB.), entscheidet nicht. Der Verkehr rechnet mit der Möglichkeit, daß der Besitzer eines anderen Konnossementsexemplars dem Käufer mit der Meldung zum Empfange der Ware zuvorgekommen ist oder zuvorkommt oder doch noch vor Auslieferung der Ware an den Käufer in Zweifel gezogen werden kann (§§ 646, 648, 649 HGB.). λ. OLG. **24** 177/178 (Naumburg). B e d i n g u n g d e r A u s k u n f t s k o n v e n i e n z. Nachdem die Beklagte am 6. September den von ihrem Agenten vermittelten Verkauf von Zwiebeln dem Kläger „vorbehaltlich Auskunftskonvenienz" angenommen hatte, teite sie ihm am 13. September mit, daß sie die Zwiebeln n i c h t liefere, weil die Auskunft über den Kläger nicht nach ihrem Wunsche ausgefallen sei. Der Kläger verlangt Schadensersatz. Gründe: Bei Beurteilung der Auskunft hatte Beklagte nach Treu und Glauben zu verfahren, sie durfte nicht willkürlich die Verwirklichung des Vertrags vereiteln. Waren immerhin ihre persönlichen Anschauungen maßgebend, so durfte eine Ablehnung sich doch nur auf mitgeteilte Tatsachen über die geschäftlichen Verhältnisse oder die Moral des Klägers gründen. Dies entspricht auch der Anschauung der Handelskreise, wie die Handelskammer in Magdeburg in ihrem Gutachten vom 6. Februar 1911 ausführt. Ferner ist (vgl. **RG. 33** 131, **35** 105) davon auszugehen, daß der Kläger von der Beklagten die Angabe und Darlegung eines vernünftigen „plausiblen" (einleuchtenden) Grundes für die Ablehnung verlangen kann, da nur auf diese Weise — wenigstens in der Regel — ermittelt werden kann, ob sie nicht etwa aus reiner Willkür und Schikane, oder aus Gründen, die nach Treu und Glauben nicht ausreichen, die Lieferung verweigert. μ. **RG.** JW. **13** 87 Nr. 1. Zur Auslegung der S t r e i k k l a u s e l. Für die Wirkung eines Arbeiterausstandes als Befreiungsgrundes erscheint es nach Treu und Glauben und nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen notwendig, daß der Arbeiterausstand gerade den dem Vertrage zugrunde liegenden Geschäftszweig betroffen hat, sei es, daß eine derjenigen Arbeitergruppen, deren Tätigkeit zur Ausführung des Vertrags erforderlich ist, selbst in den Ausstand getreten ist, sei es, daß eine der beteiligten Arbeitergruppen, wenngleich selbst arbeitswillig, durch den

Ausstand anderer Arbeitergruppen in der Entfaltung ihrer Tätigkeit beeinträchtigt wird. Immer aber erscheint ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Arbeiterausstand und der Vertragserfüllung in der Weise als notwendig, daß der Arbeiterausstand eine Verringerung der Entfaltung von Arbeitskräften in denjenigen Arbeitergruppen zur Folge hat, die zur Ausübung der Vertragshandlungen üblicherweise heranzuziehen sind. Ist dies der Fall, so liegen die Voraussetzungen der Streikklausel vor, und der interessierte Vertragsteil kann sich auf die Klausel berufen, ohne abwarten zu brauchen, ob sich ihm durch Heranziehung auswärtiger Arbeitskräfte vielleicht die Möglichkeit bieten wird, den Vertrag ohne Vermögenseinbuße zu erfüllen. Andererseits vermag aber die Tatsache allein, daß der Ausstand einer bei der Vertragserfüllung nicht beteiligten Arbeitergruppe eine Lohnerhöhung bei anderen nicht in den Ausstand getretenen Gruppen oder sonstige Preissteigerungen zur bloß mittelbaren Folge gehabt hat, die Wirksamkeit der Klausel nicht zu begründen. Derartige Begleiterscheinungen könnten ebensogut durch andere Vorkommnisse hervorgerufen sein; sie sind keine charakteristischen Folgen eines Arbeiterausstandes, dessen Wesen sich vornehmlich darin äußert, daß in dem besonderen Geschäftszweig, in dem die streikenden Arbeiter bisher tätig gewesen sind, eine planmäßige Verringerung des Angebots von Arbeitskräften stattfindet. **b)** Des Abnehmers. α. OLG. **24** 179/180 (Naumburg). Frühjahr 1911 mit mindestens 14 tägigem Abruf. Nach der Klausel „Abladetermin: Frühjahr 1911 in Waggonladungen mit mindestens 14 tägigem Abrufe" hatte der Verkäufer jeweils vom Empfange des Abrufs bis zur „Abladung", d. h. nach gerichtsbekannter Auffassung der Handelskreise bis zur vollendeten Verladung in die Eisenbahn, wenigstens 14 Tage Zeit. Der Käufer konnte ihm eigens die Einhaltung dieser Mindestfrist aufgeben. Da das hier nicht geschah, so war der Verkäufer befugt, das Maß von 14 Tagen seit dem Abrufe zu überschreiten, jedoch so, daß der Zeitraum noch in billigen Grenzen und die bei Abwickelung derartiger Lieferungen grundsätzlich erwünschte Schleunigkeit geschäftlichen Verkehrs gewahrt blieb. β. EisenbE. **29** 44 f. (Obergericht Kiautschau). Bedeutung der Klausel „Fracht ist vom Ablader bei Aushändigung des Konnossements zu zahlen". Ob der Satz „Fracht ist vom Ablader zu zahlen" lediglich eine letzte Mahnung an den Ablader zur Zahlung ist, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls schafft er infolge der Aufnahme in das Konnossement auch Recht zwischen Verfrachter und Empfänger. Kläger hat (§ 647 HGB. verb. m. § 936 BGB.) das Eigentum frei von Rechten Dritter erworben, wenn er bezüglich der Freiheit von derartigen Rechten in gutem Glauben war. Allerdings erlischt (§ 936 Abs. 3) auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber das Recht des Dritten nicht, wenn die Übergabe der im Besitze dieses Dritten befindlichen Sache dadurch erfolgt war, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten hatte. Aber diese Ausnahme umfaßt nicht den Fall der Übereignung durch Übergabe eines Traditionspapiers. Diese hat (§ 647 HGB.) dieselben Wirkungen wie die Übergabe der Sache; Rechte Dritter erlöschen daher auch in gleicher Weise. Der Mangel des guten Glaubens des Klägers ist nicht schon aus der Bestellung eines Pfandrechts für die Beklagte wegen der Fracht zu folgern. Denn Beklagte war verpflichtet, das Konnossement nur gegen Zahlung der Fracht auszuhändigen; tat sie das nicht, so kreditierte sie dem Ablader. Kläger konnte bei Empfang des Konnossements annehmen, daß die Fracht bezahlt sei, die spätere Aufklärung, daß das nicht geschehen sei, ändert nichts an dem bereits vollzogenen Eigentumserwerbe. Zur Erhaltung des Pfandrechts dem Kläger gegenüber hätte Beklagte die Frachtzahlungsklausel von dem Konnossement entfernen oder in anderer Weise die Nichtzahlung der Fracht auf dem Konnossement erkennbar machen müssen. Wenn das Pfandrecht dem Empfänger gegenüber bestehen geblieben wäre, konnte dieser aufrechnen mit einem Schadensersatzanspruch aus dem Frachtvertrage, weil Beklagte durch unrichtige An-

gabe über die Frachtzahlung ihn veranlaßt hat, dem Ablader die von ihm gar nicht gezahlte Fracht zu erstatten. γ. OLG. 24 180, HansGZ. 12 Hptbl. 8 (Hamburg) — unter Heranziehung der Literatur und Judikatur —. Die Klausel „Nach drei Monaten Dreimonatsakzept“ bedeutet im Handelsverkehre, daß der Verkäufer den Kaufpreis für die ersten drei Monate zwar unbedingt, für die letzten drei Monate aber nur unter der Bedingung der Einsendung eines Wechsels in Höhe des Kaufpreises stunden wolle. δ. R. 12 Nr. 1681 (Colmar). Syndikatspreise, stehen im Gegensatze zu Tagespreisen. Die Eigentümlichkeit der von einem Syndikate (Staub [8], Exkurs zu § 346 Anm. 28 ff.) im voraus festgesetzten Warenpreise, der sog. Syndikatspreise, besteht gerade darin, daß sie den rasch wechselnden Tagespreisen mit ihren täglichen, den Bedürfnissen des Marktes sich anpassenden Schwankungen entgegenzutreten bestimmt sind. ε. HansGZ. 12 Hptbl. 150 (Hamburg). Sind vom 1. des einen bis zum 1. des folgenden Monats Zinsen geschuldet, so sind nach kaufmännischer Berechnungsart **30** Tage zugrunde zu legen, und es ist demgemäß für 30 Tage Zinsen zu zahlen. ζ. OLG. 24 174 f. (Marienwerder). Was bedeutet guter Kundenwechsel? Als Gesichtspunkt kann entweder nur in Betracht kommen, ob es ausreicht, daß die Wechselunterschriften von Personen herrühren, welche nach ihren Verhältnissen objektiv kreditwürdig sind, oder ob weiter erforderlich ist, daß die Geschäftsstelle, bei der der Empfänger des Wechsels seine Wechsel zu diskontieren pflegt, den fraglichen Wechsel zum Diskont annimmt, d. h. ihn für gut hält: Der letztere Gesichtspunkt muß entscheiden. Wird vereinbart, daß die Bezahlung einer zu liefernden Ware nicht in bar, sondern in guten Kundenwechseln erfolgen soll, so muß als die Meinung der Parteien ohne weiteres angenommen werden, daß an die Stelle des baren Geldes der Wechsel als Zahlungsmittel treten soll. Die nähere Charakterisierung als guter Kundenwechsel kann dabei nur den Sinn haben, daß die Wechsel nicht lediglich im Schranke des Empfängers bis zur Fälligkeit liegen sollen, sondern dieser in die Lage versetzt sein soll, sie alsbald und jederzeit zu Gelde zu machen. Dies geschieht durch Diskontieren. Für diese Art der Verwertung genügt nicht, daß die Personen, deren Namen auf den Wechseln stehen, schlechthin gut und kreditwürdig sind, sondern daß die Stelle, bei der der Empfänger die Wechsel diskontiert, sie auch für kreditwürdig hält und deshalb den Wechsel ankauft. Weiter muß als Willensmeinung der Parteien unterstellt werden, daß der Empfänger nicht bei Zurückweisung des Wechsels an einer Bank versuchen muß, an einer weiteren größeren Anzahl von Bankgeschäften den Wechsel unterzubringen, sondern, daß er sich lediglich damit begnügen kann, ihn an der Bank, bei der er gewöhnlich solche Geschäfte macht, zur Diskontierung anzubieten. Er hat damit alles getan, was Treu und Glauben im Handelsverkehre von ihm erfordern kann. η. OLG. 24 187 (Breslau). Untersuchung der unter Nachnahme geschickten Waren. Der Klaganspruch ist auf die Weigerung des Beklagten gestützt, dem Kläger die Untersuchung des ihm verkauften und unter Nachnahme geschickten Getreides vor Einlösung der Nachnahme zu gestatten. Zur Übersendung gegen Nachnahme ist in der Regel der Verkäufer nicht befugt, weil abgesehen von der aus den Nachnahmekosten sich ergebenden Verteuerung der Sendung dem Käufer die Möglichkeit erschwert wird, die Ware ordnungsmäßig zu besichtigen. Diese Möglichkeit muß dem Käufer gewährt werden, und es hat sich daher der Handelsgebrauch gebildet, daß bei Übersendungskäufen der Preis nicht schon bei Absendung der Ware, sondern erst dann zu bezahlen ist, nachdem der Käufer in der Lage war, am Bestimmungsorte die Ware zu untersuchen (Staub, Exkurs zu § 372 Anm. 46). Hier ist aber dieser Handelsgebrauch dadurch ausgeschlossen worden, daß der Kläger sich schließlich mit der Übersendung der Ware unter Nachnahme einverstanden erklärt hatte. Nachdem dies geschehen war, durfte der Beklagte verlangen, daß der Kläger zunächst die Nachnahme einlöste und dann seine eventuellen Rechte geltend machte.

2. Bezüglich der Rügepflicht. a) SeuffA. 67 241—243 (Hamburg). Bedeutung des Abschlusses „wie besehen" beim Kaufe einer Abfallware (sog. Zinnasche). Jener Klausel und dem Zusatz „in ungefährer Qualität wie die Ihnen gelieferte Probe" kann nach Lage und Sache nur die Bedeutung beigelegt werden, daß die zu liefernde Ware in ihrer äußeren Erscheinung ungefähr der übergebenen Probe zu entsprechen habe; auf die innere Beschaffenheit der Ware und insbesondere ihren Gehalt an einem bestimmten Metalle, läßt sie sich unter den gegebenen Verhältnissen nicht beziehen. b) HansGZ. 12 Hptbl. 127 f. (Hamburg). Ist für den auswärtigen Käufer in betreff der Bedeutung der Klausel „Hamburger Arbitrage" die Hamburgische Verkehrsauffassung maßgebend — und das ist sie, wenn die von ihm angenommene Verkaufsbestätigung die Klausel „Hamburger freundschaftliche Arbitrage" neben dem Vermerk „Erfüllungsort Hamburg für beide Teile" enthält —, so muß der Käufer auch diejenigen Usancen gelten lassen, welche am Erfüllungsort in betreff der Bestellung des Schiedsrichters — Arbitrage ist dort im Sinne eines Schiedsvertrags der ZPO. zu verstehen — maßgebend sind. c) HansGZ. 12 Hptbl. 297—299 (Hamburg). Die Arbitrageklausel stellt nicht einen Schiedsvertrag im Sinne des § 1025 ZPO. dar, durch den die Entscheidung eines Rechtsstreits einem Schiedsgericht übertragen wird. Sie hat vielmehr die Bedeutung, daß der Käufer auch mangelhafte Waren abnehmen muß und im Falle des Vorhandenseins von Mängeln nur Anspruch auf Minderung des Preises nach Maßgabe der Schätzung von Gutachten hat (RG. 73 259). Die Vornahme der Arbitrage hat den Zweck, den etwaigen Minderungsanspruch des Käufers festzustellen. Der Verkäufer kann demnach nicht den Käufer zwingen, die Arbitrage vorzunehmen. Es ist vielmehr Sache des Käufers, zur Klarstellung seines Minderungsanspruchs das Arbitrageverfahren herbeizuführen. d) HansGZ. 12 Hptbl. 309 f. (Hamburg). Die Verkaufsbestimmungen des deutsch-niederländischen Vertrags über Qualitätsmängel beschränken nur den Wandelungsanspruch und das Recht des Käufers zur Abnahmeweigerung, schließen aber nicht den Schadensersatzanspruch aus.

3. Sonstiges. BayRpflZ. 12 316 f. (Nürnberg) über die Merkmale des Vinkulationskaufs. Zum Wesen des Vinkulationskaufs gehört nicht notwendig, daß sich dingliche Leistungen — Leistung der Ware und Honorierung der Tratte — gegenüberstehen, die Zug um Zug zu erfüllen sind. Vielmehr kann der Vinkulant beliebig die Bedingungen vorschreiben, unter denen er liefern will. Das Wesen des Vinkulationskaufs besteht vielmehr lediglich darin, daß ein Dritter, ein Bankier, der auf die vom Verkäufer zur Erfüllung des Kaufvertrags bestimmte Ware einen Vorschuß gegeben hat, vom Verkäufer sich das Verfügungsrecht über die Ware übertragen läßt und dem Käufer die Ware als Erfüllung des Kaufvertrags anbietet, jedoch vinkuliert, d. h. unter der Bedingung, daß der Käufer den Kaufpreis (oder einen bezeichneten geringeren Betrag) ohne Abzug an den Dritten, den Vinkulanten, bezahlt und auf eine Aufrechnung und auf alle Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Vinkulanten verzichtet.

D. Vertragsabschluß, Stillschweigen, Bestätigungsschreiben. 1. RG. HoldheimsMSchr. 12 224—226. Der Grundsatz, daß bei fortgesetzten Vertragsverhandlungen nur das als Vertragsinhalt anzusehen ist, was bei der Schlußverhandlung nochmals ausdrücklich wiederholt worden ist, gilt nur für den Fall, daß bei der Schlußverhandlung mündlich oder urkundlich eine zusammenfassende Feststellung des gesamten Vertragsinhalts vorgenommen worden ist, — nicht aber auch dann, wenn der Vertrag nach und nach teils mündlich, teils schriftlich zustande gekommen ist.

2. NaumburgAK. 12 69 f. (LG. Magdeburg). Bedeutung der nachträglichen Übersendung eines Schlußscheins. Wenn man

davon ausgeht, daß der durch Telegrammwechsel zustande gekommene Kauf in Gemäßheit einer Handelsübung unter den Schlußscheinbedingungen der beklagten Zuckerraffinerie geschlossen ist, so können nur die der Klägerin bis dahin bekannten Schlußscheinbedingungen in Betracht kommen und nur diese für sie bindend sein.

3. **RG.** JW. **12** 476 f. Nr. 24. Im Handelsverkehr ist auch eine schriftliche Erklärung einer Vertragspartei, die dahin geht, „aus ihrer (der anderen Vertragspartei) Zuschrift werde mit Rücksicht auf die Weigerung vertragsmäßiger Lieferung ersehen, daß sie den Vertrag als aufgelöst erachte", eine solche, auf die der Empfänger in angemessener Frist zu antworten hat, widrigenfalls seine Zustimmung zu der Auflösung des Vertrags angenommen werden kann.

4. OLG. **24** 300 (Hamburg). Da es nach Treu und Glauben Pflicht des Klägers gewesen wäre, dem auf das Strafversprechen bezüglichen Inhalt des insoweit als Bestätigung sich darstellenden Bestellschreibens zu widersprechen, sofern er mit dem Inhalte nicht einverstanden war, so gilt sein Schweigen als Zustimmung, die in jenem Schreiben bezeichnete Vertragsstrafe als versprochen. Daß der Kläger in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen „ausdrücklich die Vergütung von Verzugsstrafen ablehnt", kann an diesem Ergebnisse nichts ändern; die allgemeine Geschäftsbedingung ist eben hier durch die besondere, sie ausschließende, ersetzt.

5. OLG. **24** 175 f. (Hamburg). Allerdings wird in vielen Fällen, wo Treu und Glauben eine Antwort erfordern, die Nichtbeantwortung eines Bestätigungsschreibens als Annahme zu gelten haben. Das gilt auch dann, wenn der Vertrag schon vorher mündlich endgültig abgeschlossen war. Denn es entspricht kaufmännischer Übung, mündlich geschlossene Verträge durch schriftliche Bestätigungen festzulegen und in diese auch Bedingungen aufzunehmen, die nicht ausdrücklich besprochen sind. Es entspricht weiter Treu und Glauben, wie der Verkehrssitte, derartige Schreiben umgehend zu beantworten, widrigenfalls aus dem Stillschweigen auf Annahme geschlossen wird. Aber es erscheint schon bedenklich, diesen Schluß auch dann zu ziehen, wenn im Bestätigungsschreiben auf Bedingungen Bezug genommen wird, die nicht Gegenstand der Verhandlungen gewesen und auch aus dem Bestätigungsschreiben selbst nicht erkennbar sind. Man kann nicht von dem Empfänger verlangen, daß er sich darum bemüht, diese Bedingungen herbeizuschaffen, vielmehr ist es Sache desjenigen, der die Bestätigung erklärt und ihre Annahme wünscht, daß er seinerseits die Gegenseite von den Bedingungen unterrichtet. Anders würde allerdings die Sache liegen, wenn diese Bedingungen dem Gegner bekannt sind. Es bedarf jedoch hierüber keiner Beweiserhebung, denn das Bestätigungsschreiben des Klägers erhält den Satz „Wir erbitten konforme Gegenbestätigung." Mit diesen Worten hat der Kläger ausgedrückt, daß er ausdrückliche schriftliche Bestätigung verlangte und sich mit einem Stillschweigen der Beklagten nicht begnügen werde. Demgemäß war aber der Kläger auch nicht berechtigt, aus der Nichtbeantwortung zu schließen, daß die Beklagte alle Punkte bestätige.

6. SächsOLG. **33** 108 f., SächsRpflA. **12** 88. Die Annahme einer Kommissionskopie mit vorgedruckter Bezeichnung eines Erfüllungsorts begründet im Zweifel keine Vereinbarung dieses Erfüllungsorts. Der Käufer darf davon ausgehen, daß die Kommissionskopie mündlich nicht vereinbarte Punkte nicht enthält. Er kann also ihren Inhalt unbeachtet lassen und gibt durch ihre vorbehaltslose Entgegennahme nicht zu erkennen, daß er zusätzliche oder gar abändernde Bestimmungen billige.

7. HansGZ. **12** Hptbl. 96 (Hamburg). Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort kommt dadurch noch nicht zustande, daß der Käufer ein Bestätigungsschreiben mit einem Randaufdrucke bezüglich des Erfüllungsorts ohne Widerspruch entgegennimmt.

8. HansGZ. **12** Hptbl. 275 f. (Hamburg). Der überseeische Bestimmungsort hat dann nicht als Ort der Ablieferung zu gelten, wenn dies zwar auf dem Auftrags-

formulare des Käufers, aber nicht auf dem Bestätigungsformulare des Verkäufers stand.

9. LeipzZ. **12** 958 (LG. Leipzig). Hat der Kunde die Bestellkarte geprüft und gelesen, sie gleichwohl aber ohne Einschränkung unterschrieben, so muß er den Vermerk „Mündliche Abreden sind ungültig" gegen sich gelten lassen. Denn durch diesen Vermerk hat Klägerin zu erkennen gegeben, daß sie sich auf mündliche Abreden mit dem Reisenden, die sich ihrer unmittelbaren Kenntnisnahme entziehen, nicht einlassen werde. Sie hatte also ein Recht, darauf zu vertrauen, daß die Bestellkarte die Vereinbarung vollständig und richtig wiedergebe (OLG. **12** 30).

10. LeipzZ. **12** 252—254 (LG. Hamburg). Die Klägerin sammelt durch Reisende Insertionsaufträge für ein Exportadreßbuch. Ein Reisender sichert der Beklagten zu, daß sie in dem Adreßbuche die einzige ihres Geschäftszweiges sein solle, und läßt sie einen Bestellschein unterzeichnen, der nicht die Zusicherung, wohl aber in besonders kleinen Buchstaben u. a. den vorgedruckten Vermerk enthält: „Sämtliche Vereinbarungen haben nur dann Gültigkeit, wenn dieselben auf diesem Bestellschein ausdrücklich vermerkt sind". Die Zusicherung wird nicht erfüllt. Die Beklagte verweigert Zahlung des Insertionsbetrags. Erste und zweite Instanz geben ihr Recht. Die Klägerin würde sich auch dann auf den Vermerk nicht berufen dürfen, wenn der Reisende keine Abschlußvollmacht gehabt haben würde. Denn der Reisende würde alsdann als ständiger Geschäftsvermittler der Klägerin doch eine Handlungsvollmacht beschränkten Inhalts gehabt haben. Er würde ermächtigt gewesen sein, im Namen der Klägerin die Offerten der Kunden mit der Wirkung entgegenzunehmen, daß die Kunden gemäß §§ 145, 146, 147 Abs. 2 BGB. gebunden sind. Hieraus folgt, daß der Geschäftsherr das von ihm genehmigte Geschäft so gelten lassen muß, wie der Reisende es mit den Kunden beredet hat, und zwar (vgl. OLG. **16** 401 [Hamburg], OLG. **2** 28 [Kiel]) selbst dann, wenn der Geschäftsherr, die Klägerin das Geschäft bestätigt haben würde, das Bestätigungsschreiben jedoch über den streitigen Punkt nichts enthält. Allerdings können diese Grundsätze dann keine Anwendung finden, wenn der Kunde wußte oder wissen mußte, daß die Offerte so wie sie von ihm dem von dem Geschäftsherrn ermächtigten Antragsempfänger gemacht war, nicht angenommen werden würde, das von dem Reisenden Erklärte vielmehr dem Willen des Geschäftsherrn widerspricht (**RG. 36** 42, HoldheimsMSchr. **05** 162, OLG. **16** 401 [Hamburg], R. **03** 295 [Frankfurt], KGBl. **08** 53 (KG.]). Dafür, daß die Beklagte dies gewußt hätte, liegt nichts vor. Aber auch, daß sie es hätte wissen müssen, kann das Gericht nicht feststellen. Es folgt nach Ansicht des Gerichts nicht ohne weiteres aus dem in dem Vordrucke des Bestellscheins enthaltenen Vermerk, nach dem „Vereinbarungen nur dann Gültigkeit haben, wenn dieselben auf dem Bestellschein ausdrücklich vermerkt sind" (ebenso **RG.** SeuffA. **63** 384; aM. OLG. **12** 29 [Marienwerder]). — Hierbei verwertet das Gericht zuungunsten der Klägerin insbesondere die Tatsache, daß jener Passus gegenüber anderen bedeusamen Vermerken des Bestellscheins besonders klein gedruckt ist. —

11. **RG. 77** 309—313, JW. **12** 68 f. Nr. 2. Wer eine Urkunde blindlings unterschreibt, hat das Anfechtungsrecht dann, wenn er nicht das Bewußtsein hatte, die Urkunde nicht zu kennen. — War er z. B. der Meinung, die Urkunde gebe die vorausgegangenen Vertragsbedingungen wieder, so greift, wenn er sich darin täuschte, die Anfechtung wegen Irrtums Platz (**RG.** JW. **09** 214, WarnE. **09** 547, **11** 472); schon zit. JDR. **10** D 11.

E. Treu und Glauben. Gute Sitten. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 145, HoldheimsMSchr. **12** 124. Nach dem durch Treu und Glauben im Geschäftsverkehre gebotenen Grundsatze muß derjenige, der sich als Inhaber eines Geschäftsbetriebs darstellt, gutgläubigen Dritten gegenüber sich so behandeln lassen, als wäre er wirklich der Inhaber, auch wenn er es nicht ist.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 541. Das OLG. hat die Unsittlichkeit des Vertrags nicht in der zur Erreichung eines höheren Bierpreises erfolgten Ringbildung an sich, sondern darin gefunden, daß die Mitglieder des Vereins sich verpflichten mußten, die Bierpreiserhöhung unbekümmert um die laufenden Verträge mit Wirten und Zäpflern durchzusetzen. Der Auffassung des OLG. ist beigetreten.

3. **RG.** GewRSchutz **12** 315—317, LeipzZ. **12** 456, JW. **12** 680 f. Nr. 1, DJZ. **12** 809. Ein „auf ewige Zeiten" geschlossener Verlagsvertrag, durch den der Autor verpflichtet ist, jeweils das Vorrecht des Verlags seiner Kompositionen dem bestimmten Verleger oder dessen Rechtsnachfolgern einzuräumen, kann nur den Sinn haben, daß der Vertrag geschlossen ist für die Lebensdauer des Autors und die darüber hinausgehende gesetzliche Schutzfrist seiner Werke, und auch nur mit der Einschränkung, daß er aus wichtiger Ursache gelöst werden kann, wenn die Fortsetzung nach den besonderen Umständen des Falles den Beteiligten nicht mehr zuzumuten ist. Bei dieser Auslegung aber kann der Vertrag weder als gegen die guten Sitten noch gegen die öffentliche Ordnung verstoßend angesehen werden.

4. **RG. 78** 421—425, JW. **12** 535 f. Nr. 13, Korresp. d. Ält. **12** 295, BauersZ. **19** 282. Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, einem anderen Aufträge zu überweisen, kann nach Ablauf eines angemessenen, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bestimmenden Zeitraums und nach der Überweisung von Aufträgen gekündigt werden. Es finden auf solche Verträge die Vorschriften über die Kündigung von Dienstverhältnissen Anwendung.

5. **RG.** LeipzZ. **12** 310. Ist der Beklagte die Konkurrenzklausel eingegangen, weil er sich ins Privatleben zurückziehen wollte und genug erworben hatte, und liegt die Gegenleistung hierfür mit im Kaufpreise, beschränkt sich lediglich das Verbot nur auf den Stadtbezirk G., so ist in der Klausel, wiewohl sie den Kläger auf Lebenszeit bindet, keine Überschreitung der zulässigen Grenzen der Beschränkung der gewerblichen Freiheit zu erblicken.

6. SeuffA. **67** 105 f. (Dresden). Ein von den Gesellschaftern einer oHG. eingegangenes Konkurrenzverbot gilt auch noch während der Liquidation der Gesellschaft. Allerdings beherrscht die Konkurrenzverbote im allgemeinen der Grundsatz, daß sie bloß so lange gelten, als durch die geschäftliche Tätigkeit des an das Verbot Gebundenen dem anderen Teile ein Vermögensnachteil erwächst. Allein hier bestand der Zweck des von den Parteien verabredeten Konkurrenzverbots nicht nur darin, zu verhindern, daß der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft durch Konkurrenz eines Gesellschafters in dem Handelszweige der Gesellschaft beeinträchtigt werde, sondern auch darin, zu verhüten, daß der zukünftige Geschäftsbetrieb des einzelnen Gesellschafters durch Werben von Kunden im Handelszweige der Gesellschaft noch während deren Dauer seitens des andern geschädigt werde.

§ 347. A. Allgemeines. 1. **RG.** R. **12** Nr. 1354. Die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns kann unter Umständen die Unterlassung einer Klage gegen den lieferungssäumigen Dritten schon dann rechtfertigen, wenn die Sachlage unklar ist.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1355. Ist eine Maßnahme an sich sachgemäß, so verschlägt es nichts, wenn persönliche Beziehungen dabei mitgewirkt haben.

3. HansGZ. **12** Hptbl. 193—197 (Hamburg). Verschweigt der Delkrederenehmer ihm bekannte Tatsachen, welche die Kreditgewährung bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht rechtfertigten, z. B. die Tatsache, daß es sich um Gefälligkeitsunterschriften auf dem den Gegenstand des Delkredere bildenden Wechsels handelt, dem Delkrederegeber, so handelt er diesem gegenüber arglistig.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 751. Das Berufungsgericht hätte entweder annehmen müssen, daß die Beklagte ein Verschulden trifft, d. h. im vorliegenden Falle, daß sie gegen

die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verstoßen hat, oder die Ersatzpflicht hätte daraus abgeleitet werden müssen, daß die Beklagte nicht nur überhaupt zur ordnungsmäßigen Erfüllung verbunden war, sondern auch noch daneben kraft einer besonderen, wenn auch nur stillschweigend übernommenen und aus der Art des Geschäfts zu folgernden Vertragspflicht für die Lieferung der richtigen Ware einzustehen hatte. In der Rechtsprechung ist gerade beim Samenhandel eine strenge Haftung des eine andere Ware liefernden Verkäufers unter dem einen oder dem anderen dieser Gesichtspunkte schon vielfach anerkannt worden (vgl. **ROHG. 7** 409, **RG. 20** 88, **34** 214, BolzePr. **5** Nr. 671 d, Nr. 402).

5. HansGZ. **12** Hptbl. 309 f. (Hamburg). Bezog der Verkäufer aus dem Orient Ware, um sie hier als Futtermittel zu verkaufen, so lag es ihm ob, sich vor der Ablieferung an seine Abnehmer von der Gesundheit der Ware selbst zu überzeugen. Er handelte fahrlässig, wenn er diese Prüfung der Ware unterließ, und machte sich dadurch schadensersatzpflichtig (**RG. 25** 27 ff.).

B. Haftung des Bankiers. (S. a. BGB. § 676 Ziff. V.) I. Literatur. 1. Barth, Die Haftung des Bankiers für fahrlässig falschen Rat, HoldheimsMSchr. **12** 287—289. Der Verf. bekämpft mit Brand, DJZ. **12** 724—729, die vom RG. aufgestellten Konstruktionsversuche eines Vertrags, der in dem Kauf- oder Kommissionsgeschäfte, zu welchem der Rat die Vorbereitung bilde, oder in der dauernden Geschäftsverbindung zu finden sei, — erachtet auch die Brandsche Konstruktion, daß es sich bei der Raterteilung um ein auftragsähnliches Rechtsgeschäft handle, für unzutreffend, hält vielmehr, um zu einem dem praktischen Bedürfnis entsprechenden Ziele der Haftbarkeit zu gelangen, zwei Wege für gegeben: 1. Die Annahme eines neben der Erteilung des Rates stehenden Garantieversprechens. 2. die Annahme eines Gewohnheitsrechts.

2. v. Ziegler, Haftung des Bankiers aus Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren, HoldheimsMSchr. **12** 1—11, 29—40, 57—63. Der Verf. erörtert aufs eingehendste — unter Heranziehung von Literatur und Rechtsprechung — die in Betracht kommenden Fragen, und zwar unter folgenden Gesichtspunkten: § 1. Die Raterteilung als Nebenverpflichtung zu Hauptverträgen, insbesondere zu einem 1. Kommissionsvertrage, 2. Kaufvertrage. § 2. Empfehlung und Raterteilung zur Zeichnung auf Emissionen. § 3. Empfehlung und Raterteilung zum Abschluß eines Konsortial- oder Unter-Konsortialvertrags. § 4. Die von einem Anschaffungsgeschäft isolierte Raterteilung oder Empfehlung. § 5. Haftung der Aktienbank, wenn sie dem Kunden zur Anschaffung ihrer eigenen Aktien riet, sei es, daß das Anschaffungsgeschäft mit ihr selbst oder mit einem Dritten abgeschlossen wurde. § 6. Begriff von Vorsatz und Fahlässigkeit; Mitverschulden des Kunden; unrichtige Prospektangaben; Haftung für fremdes Verschulden.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** BankA. **11** 195, JW. **11** 809 Nr. 14. Ein Bankier haftet auf Grund des nachfolgenden Kaufvertrags für einen über das anzukaufende Wertpapier erteilten Rat dem Käufer, auch wenn er zu ihm in keinem sonstigen Vertragsverhältnisse steht. Denn der Rat ist mit Rücksicht und in Hoffnung auf das Zustandekommen des Kaufvertrags erteilt und soll nach dem Willen der Beteiligten im Falle des Zustandekommens als Erfüllung eines Teiles der dem Verkäufer obliegenden Vertragsleistung gelten; die Ratserteilung ist also in Erfüllung einer Vertragspflicht erfolgt.

2. **RG.** BauersZ. **19** 195 f. Daraus, daß es keine gewerbliche Pflicht eines Bankhauses ist, Auskunft zu erteilen, folgt nicht, daß die Auskunfterteilung auch nicht zu den geschäftlichen Gepflogenheiten einer Bank, also zu den handelsgebräuchlichen Verrichtungen des Bankiers zählt. Zur Erteilung solcher Auskünfte — über die Kreditwürdigkeit von Kunden — sind im allgemeinen diejenigen Personen berufen, die vermöge ihrer leitenden Stellung einen Einblick in die geschäftlichen Beziehungen

zwischen der Bank und demjenigen, über den die Auskunft erholt wird, und damit auch über dessen die Kreditwürdigkeit bedingenden Verhältnisse besitzen, also in erster Reihe die Bankvorstände und die Prokuristen.

3. **RG.** BankA. **11** 195, R. **11** Nr. 308. Ein Bankier, der über eine Firma eine günstige Auskunft erteilt, obschon er nicht die von ihm kundgegebene Überzeugung von der Güte und Vertrauenswürdigkeit der Firma hat, und der sich bewußt ist, daß der Anfragende, falls er, durch die günstige Auskunft bestimmt, dieser Firma Kredit gewähren würde, daraus Schaden erleiden könne, muß für diesen Schaden aufkommen.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 98 f. Der Bankier haftet einem ständigen Kunden, dem er Wertpapiere verkauft hat, für den aus diesem Verkauf entstandenen Schaden, wenn er unter Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns dem Kunden die Papiere zu dem geforderten Preise als „billig" empfohlen hat.

5. **RG.** BankA **11** 232 f. Für die Haftbarkeit für Ratserteilung ist es erheblich, ob der den Rat Nachsuchende spekulieren wollte. Für den Ausfall des Spekulierens muß der Spekulant selber die Gefahr und Verantwortung tragen.

6. HansGZ. **12** Hptbl. 35 f., BankA. **11** 170 (Hamburg). Ein Bankier, der einem Kunden ein Minenpapier empfahl, ohne daß er sich nach dem Stande dieses Minenunternehmens vorher erkundigt hatte, haftet aus dem fahrlässig gegebenen Rate, der sich als eine Nebenleistung zu der Verbindlichkeit aus dem die Lieferung des Papiers betreffenden Hauptgeschäfte darstellt.

7. **RG.** BankA. **11** 311 f. Arglistig ist eine Auskunft schon dann vom Bankier erteilt, wenn er dem kaufenden Kunden vorgibt, nach seiner Erkundigung biete das Papier gute Chancen, während er sich über das Papier nicht erkundigt hat.

8. **RG.** BankA. **11** 232 f. Ob ein Bankleiter, der es wissentlich duldet, daß seine Angestellten dritte Personen zu Börsenspekulationsgeschäften veranlassen, sich damit eines unsittlichen Verhaltens schuldig macht, ist Tatfrage. Es ist dies dann der Fall, wenn die Angestellten jeden Menschen, mit dem sie irgendwie in Berührung kommen, zu Spekulationsgeschäften in einem solchen Umfange zu verführen suchen, daß die dabei möglichen Verluste dessen Ruin herbeiführen können, oder wenn sie einen unerfahrenen Mann dazu veranlassen.

9. **RG.** BankA. **12** 122—125. Ein Satz des Inhalts, daß das Emissionshaus immer die Buchführung und die Bestände der AG., die ihre Aktien an der Börse einführen lassen will, nachzuprüfen hätte, läßt sich nicht aufstellen; über das Maß der anzuwendenden Sorgfalt entscheiden vielmehr allein die Umstände des jeweiligen Falles. Die Prospekthaftung ist eine Sondervorschrift des Börsengesetzes und als solche ausdehnender Auslegung nicht fähig. Wer neue Aktien einer Gesellschaft vor der Erlassung ihres Einführungsprospekts erworben hat, kann sich demnach auf die Unrichtigkeit dieses Prospekts auch dann nicht berufen, wenn ein früherer, lediglich auf die alten Aktien der Gesellschaft sich beziehender Prospekt die gleichen Unrichtigkeiten enthielt.

10. **RG.** BankA. **11** 278 f. Eine sittenwidrige Verleitung zu Börsengeschäften liegt nicht schon dann vor, wenn das Verhalten des beteiligten Bankiers vom Standpunkte des vornehmen geschäftlichen Verkehrs keine Billigung verdient.

§ 354. 1. BreslauAK. **12** 26 (Breslau). Der Verkäufer hat gegen den säumigen Käufer keinen Anspruch auf Zahlung von Lagergeld bis zur Abnahme der gekauften Maschinen, wenn er nicht den Willen gehabt hat, bestimmte einzelne Maschinen ununterbrochen bis zur Abnahme durch den Käufer zu dessen ausschließlicher Verfügung zu halten, — mithin schon aus diesem Grunde eine Einlagerung zu dessen Gunsten nicht stattgefunden hat.

2. **RG.** BankA. **11** 74—76. Für das bloße Vortragen eines Saldos auf neue Rechnung kann der Bankier keine Provision beanspruchen.

§ 355. I. Literatur. *Müller, SächsRpflA. **12** 377 ff. Das Wesen des Kontokorrentvertrags besteht nicht in einer Novation, Aufrechnung oder Stundung der einzelnen Entgeltposten. Dies sind keine Forderungen im Rechtssinne, sondern bloße Rechnungsfaktoren. Durch den Kontokorrentvertrag werden unmittelbar zwei Entgeltforderungen für die gegenseitigen Leistungen und zwei Forderungen auf diese begründet; die beiden Entgeltforderungen werden von vornherein aufgerechnet, so daß immer nur die Saldoforderung vorhanden ist. Die Eigenart des Kontokorrentvertrags besteht nicht in der Art der gegenseitigen Leistungen, sondern in der Art ihrer Vereinbarung. Man kann ihn als einen Blankovertrag bezeichnen, worin sich die Parteien gegenseitig gegen Entgelt zu Leistungen verpflichten, wobei die Leistungen und das Entgelt erst durch spätere unerzwingbare Vereinbarungen so genau bestimmt werden, daß eine Verwirklichung möglich ist; dazu tritt, daß die in ihrem Rechtsgrunde schon durch den Abschluß des Kontokorrentvertrags geschaffenen beiden Entgeltforderungen von vornherein aufgerechnet werden.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 751. Der Beklagte hat geltend gemacht, die im Kontokorrent gegebenen Akzepte seien ihm gutgeschrieben und könnten nicht gesondert eingeklagt werden; eventuell seien sie aber durch die gesamten gutgeschriebenen Zahlungen unter Berücksichtigung des § 366 BGB. getilgt. Beide Vorinstanzen haben diesen Einwand ohne Rechtsirrtum verworfen. Nach der rechtlichen Natur des Kontokorrents gelten Wechselakzepte, wenn nichts anderes vereinbart ist, nicht als Zahlungen, sondern als Leistungen zur Begründung eines Aktivpostens, können also bei Verfall besonders geltend gemacht werden. Im vorliegenden Falle haben beide Vorinstanzen festgestellt, daß Beklagter nichts dafür erwiesen habe, daß die gesonderte Geltendmachung der Wechsel ausgeschlossen sei, der Berufungsrichter hat zudem noch ausdrücklich festgestellt, daß nach den dem Beklagten bekannten Geschäftsbedingungen der Klägerin die gesonderte Einklagung der im Kontokorrent gutgebrachten Akzepte sogar vereinbart war.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 615—620, PosMSchr. **12** 42—44 über den Unterschied in der Behandlung des Kontokorrents beim Zusammentreffen der gültigen mit klaglosen, aber erfüllbaren Geschäften einerseits und dieser oder jener mit verbotenen — nichtigen — Börsentermingeschäften anderseits. Ersterenfalls sind die Aktivposten auf die gültigen und die klaglosen Schuldposten verhältnismäßig zu verrechnen (vgl. **RG. 56** 23), letzterenfalls sind die Posten aus den verbotenen Börsentermingeschäften aus dem Kontokorrente gänzlich auszuscheiden.

§ 356. I. Literatur. *Merckens, Ausfall-Sicherheiten im Bankverkehre, LeipzZ. **12** 801 ff. Bestellt ein Dritter eine Sicherheit für die Forderung einer Bank in laufender Rechnung, so ist diese Sicherheit eine Ausfallsicherheit, d. h. die Bank ist berechtigt, den Erlös daraus auf den Ausfall zu verrechnen, welchen sie beim Schuldner erleidet. Bestellt der Schuldner eine Sicherheit, so ist die Beschränkung des § 64 KO. zu beachten. Diese Beschränkung gilt für den absonderungsberechtigten Gläubiger, ebenso für den Aussonderungsberechtigten, der sein Aussonderungsrecht nur durch Sicherungsübereignung usw. erhalten hat, nicht aber für den aufrechnungsberechtigten Gläubiger. Mit Hilfe des Aufrechnungsrechts kann deshalb eine Ausfallsicherheit geschaffen werden (wird an verschiedenen Beispielen gezeigt; vgl. zu § 53 KO.).

II. Rechtsprechung. **RG.** SeuffA. **67** 414—417 Nr. 234. Der ausgeschiedene offene Handelsgesellschafter haftet für die damalige Saldoforderung eines Dritten auch nach Fortsetzung des Kontokorrentverhältnisses.

§ 357. *Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Ansprüche (1912). Die Pfändung eines Saldos aus einem Kontokorrentverhältnis erstreckt sich auch

auf den Betrag, um den sich das Guthaben des Vollstreckungsschuldners nach der Pfändung bis zum Rechnungsabschluß erhöht hat (209 ff.).

§§ 363—365. I. Literatur. 1. Oertelt, Einwendungen gegen das Anweisungsakzept wegen Ungültigkeit der Anweisung, HoldheimsMSchr. **12** 277—287. Der Verf. vertritt — gegen die herrschende Meinung und mit Oertmann und Planck — in eingehender Begründung die Ansicht, daß die Wirksamkeit der Annahme durch die Gültigkeit der Anweisung bedingt sei und demgemäß der Angewiesene im Falle der Ungültigkeit die Leistung verweigern bzw. — wenn sie bereits erfolgt — vom Anweisungsempfänger kondizieren könne.

2. Breit, Anweisung, Wechsel und Scheck, SeuffBl. **12** 379 ff. (383). Ist die Unterschrift des Ausstellers auf der Anweisung gefälscht, so wird hierdurch die Rechtswirksamkeit der Annahme nicht beeinträchtigt: der Annehmende kann dem gutgläubigen Anweisungsempfänger die Einwendung der Fälschung nicht entgegenhalten (§ 784 BGB., § 364 Abs. 2 HGB.). Die Annahmefähigkeit der Anweisung setzt nur den Schein einer Anweisung voraus.

3. Breit, Anweisung, Wechsel und Scheck, SeuffBl. **12** 379 ff. Scheck und Tratte sind Sonderfälle der Anweisung. Wenn eine Anweisung die im Art. 4 WO. aufgeführten Bestandteile enthält, so hat sie Wechselqualität. Besitzt sie die im § 1 ScheckG. aufgeführten Bestandteile, so kommt ihr Scheckqualität zu. (519): Weist aber sich eine ausdrücklich als Wechsel oder Scheck bezeichnende Urkunde Mängel auf, die ihr diese Eigenschaften nehmen, so kann sie als technische Anweisung nicht aufrechterhalten werden. Demgemäß ist eine solche Urkunde nicht akzeptabel. § 140 BGB. findet keine Anwendung. Nicht der ausgesprochene Wille des Ausstellers, sondern die objektive Beschaffenheit der Urkunde entscheidet.

II. Rechtsprechung. 1. LeipzZ. **12** 492 (Colmar). Wechsel als Anweisung? Der Wechsel gilt nicht zugleich als Anweisung, wenn es sich um einen formgerechten Wechsel handelt; denn seine urkundlichen Rechtswirkungen sind durch die Wechselordnung erschöpfend geregelt (Staub-Stranz Anm. 34 Art. 83 WO.; **RG. 48** 223 ff. [230])

2. **RG.** BankA. **11** 170, R. **12** Nr. 405. Ist ein Wertpapier auf „Inhaber oder Order" ausgestellt, so ist die Annahme, daß es ein Inhaberpapier ist, mit dem Zusatz „oder Order" nicht unvereinbar. Von einem Orderpapiere kann man nur dann sprechen, wenn in der Urkunde eine bestimmte Person als Gläubiger benannt ist, deren Order maßgebend sein soll.

3. HansGZ. **11** Hptbl. 75 (s. schon JDR. **10** 647 Nr. 6), bestätigt durch **RG.** HansGZ. **12** Hptbl. 179 f., BankA. **12** 121 f. Hat der Käufer von Waren entsprechend dem Kaufvertrage die ihm von der Bank des Verkäufers vorgelegten Wechsel gegen Aushändigung von sog. Konnossements-Teilscheinen, d. h. Anweisungen des Verkäufers an den Spediteur, dem Inhaber auf Grund des Konnossements das näher bezeichnete Quantum der Ware nach Ankunft zu den Bedingungen des Konnossements zu verabfolgen, akzeptiert und später eingelöst, so ist die Bank nicht ungerechtfertigt bereichert, wenn sich nachträglich die sog. Konnossements-Teilscheine als wertlos herausstellen, weil mangels Abladung ein Konnossement, auf das die Teilscheine sich beziehen, nicht vorhanden ist. Auch kann die Bank nicht wegen arglistiger Schädigung in Anspruch genommen werden, wenn sie keine besondere Veranlassung hatte, gegen die Redlichkeit ihres Kunden Argwohn zu hegen.

4. **RG. 78** 149—154, SeuffA. **67** 152 f. Nr. 83, HansGZ. **12** Hptbl. 141—144, Koresp. d. Ält. **35** 255. Ein von einem staatlich nicht dazu ermächtigten Lagerhalter über die Einlagerung von Waren ausgestellter Lagerschein „für Inhaber oder Ordre" stellt ein echtes Inhaberpapier dar, nicht ein sog. hinkendes, weil ein Gläubiger darin nicht „benannt" ist.

5. **RG. 78** 149—154, HansGZ. **12** Hptbl. 141—144, SeuffA. **67** 152 f. Nr. 83, Koresp. d. Ält. **35** 255. Ein von einem staatlich nicht dazu ermächtigten Lagerhalter über die Einlagerung von Waren ausgestellter Lagerschein „für Herrn C. P. oder Order" ist — bei einer Auslegung aus § 157 BGB. — als eine Urkunde anzusehen, die nach dem Willen der Kontrahenten in Verkehr gesetzt werden und im Verkehre die Ware selbst darstellen sollte. Hieraus folgt der übereinstimmende Vertragswille, daß die Waren nur gegen Rückgabe des Lagerscheins ausgeliefert werden und eine Auslieferung der Waren ohne Lagerschein den Lagerhalter nicht von einer Schuld gegenüber dem Erwerber des Lagerscheins befreien sollte (s. auch IDR. **10** 647, § 363 Ziff. 7—9).

§ 366. Ritter, Handelsrechtliche Rundschau, ABürgR. **37** 169—171 — unter Darlegung der Gründe und Erörterung der verschiedenen Ansichten —. Der gute Glaube des Erwerbers an die Zustimmung des Ehemanns kann den Mangel dieser Zustimmung nicht ersetzen. Der Ehemann kann sich auf die Vorschrift des § 1404 BGB. berufen.

§ 369. I. Literatur. 1. Hartmann, Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, DIZ. **12** 160. Ein Bankier kann wegen einer ihm gegen eine offene Handelsgesellschaft zustehenden Forderung das Zurückbehaltungsrecht des § 369 HGB. an dem bei ihm ruhenden Effektendepot eines Teilhabers der oHG. nicht ausüben. Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist die Identität der Parteien des Vertrags, aus dem die zu sichernde Forderung erwachsen ist, mit den Parteien des Zurückbehaltungsrechts, d. i. dem Zurückbehaltenden und dem Eigentümer der zurückbehaltenen Sachen. Diese Voraussetzung ist aber in dem gesetzten Falle nicht gegeben.

2. Haun, Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. (Leipzig 1908).

II. Rechtsprechung. 1. SächsOLG. **33** 478—480. Ausschließung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Nach § 369 Abs. 3 HGB. fällt das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers nicht schon dann weg, wenn die vom Schuldner vor oder bei der Übergabe der Sache dem Gläubiger erteilte Weisung oder die vom Gläubiger übernommene Verpflichtung nur überhaupt ein Rechtsverhältnis zur Entstehung bringt, zu dessen Folgen es an sich gehört, daß der Gläubiger die Sache zurückzugeben hat. Dagegen ist es ausgeschlossen, wenn die Weisung oder die übernommene Verpflichtung, in bestimmter Weise mit der Sache zu verfahren, so beschaffen ist, daß damit die Zurückbehaltung der Sache seitens des Gläubigers für seine Forderungen an den Schuldner unvereinbar ist, und sich darin der erkennbare Wille ausspricht, es solle ein Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers an der Sache durch deren Übergabe nicht begründet werden. Hat der Beklagte bei der Übergabe der Waren dem Kläger vorgeschrieben, dieser solle allerschnellstens die Bearbeitung der Waren ausführen und die Waren sodann an den Beklagten zurückliefern, und hat sich der Kläger mit dieser Vorschrift mindestens stillschweigend dadurch einverstanden erklärt, daß er die Waren ohne Widerspruch gegen die Vorschrift des Beklagten annahm, so geht die damit übernommene Verpflichtung über die gewöhnliche, aus der Übergabe der Waren sich ergebende Verpflichtung des Klägers zur Herausgabe der Waren hinaus. Sie enthält eine besondere vom Kläger übernommene Verpflichtung, mit der die Zurückbehaltung der Waren seitens des Klägers behufs Deckung für die ihm an den Beklagten zustehenden Forderungen, insbesondere für diejenigen Forderungen, die ihm bereits zur Zeit der Übergabe der Waren zustanden, unverträglich ist.

2. HansGZ. **12** Beibl. 216 (Hamburg). Hypothekenbriefe sind keine Wertpapiere im Sinne des § 369 HGB.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

§ 373. A. Literatur. 1. *Lesser, Einzelfragen zur Lehre von der Erfüllungsweigerung, PosMSchr. **11** 136—139. (Vgl. zu § 326 BGB.)

2. Adler, Der Annahmeverzug des Käufers beim Handelskaufe, GoldschmidtsZ. **71** 449—511. Der Verf. erörtert, nachdem er die in der herrschenden Meinung getroffene Unterscheidung zwischen „Annahme" und „Abnahme" als gegenstandslos abgelehnt, die Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Käufers, die er in absolute und relative einteilt, und sodann die handelsrechtlichen Folgen dieses Verzugs, und zwar die Hinterlegung und den Selbsthilfeverkauf nach § 373 HGB., deren Voraussetzungen und Wirkungen er alsdann wieder im einzelnen behandelt.

3. Adler, Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrechte, AZivPr. **109** 321—346 (339 ff.) über die Begriffe „Abnahme" und „Annahme".

4. Adler, Der Übergang der Gefahr beim Handelskaufe, GoldschmidtsZ. **72** 388—441. Der Verf. erörtert die Frage des Gefahrüberganges, der eintritt a) durch die Übergabe der Ware an den Käufer; b) durch die Auslieferung der Ware an die Transportperson; c) durch den Annahmeverzug des Käufers; — den Umfang der Gefahr des Käufers, insbesondere den Übergang von Lasten, Kosten, Nutzungen, — Handelsgebräuche und Klauseln über Gefahren, Nutzungen, Lasten, Transportkosten und Verpackung, und die hier in Frage stehenden Besonderheiten des Werklieferungsvertrags über unvertretbare Sachen.

5. Adler, Der Annahmeverzug des Käufers beim Handelskaufe, GoldschmidtsZ. **71** 449—511 (503). Beim Selbsthilfeverkaufe hat der Verkäufer die Ware einfach ohne besondere Bedingungen gegen Bezahlung zu verkaufen. Was der Verkäufer dadurch gewinnt oder verliert, ist zwischen Käufer und Verkäufer auszugleichen. Nur solche Bedingungen, mit Rücksicht auf die es einen besonderen laufenden Preis gibt, müssen vom Verkauf in den Selbsthilfeverkauf übertragen werden. So, wenn eine Ware je nach Verschiedenheit des Erfüllungsorts verschieden notiert. Nimmt sonst der Verkäufer Bedingungen auf, so muß er dies als ein utile gestum rechtfertigen, — wenn nicht, ist der Kauf nicht für Rechnung des Käufers.

6. Steffens, Die Abnahmepflicht des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung (Leipz. Diss., Cöln 1912). Begriff der Ablieferung (23—25). Die Abnahmepflicht ist selbständig klagbar und vollstreckbar (40—47). Die Abnahmepflicht ist von einem besonderen Interesse des Verkäufers nicht abhängig (48—52).

B. Rechtsprechung. I. Formalien. SeuffA. **67** 289 Nr. 162 (Darmstadt). Die unterbliebene Benachrichtigung vom Verkaufsergebnisse begründet lediglich einen Schadensersatzanspruch, ändert aber nichts an der Wirksamkeit des Selbsthilfeverkaufs.

II. Materielle Bedingungen des Selbsthilfeverkaufs. 1. **RG.** JW. **13** 47 f. Nr. 37. Der Selbsthilfeverkauf setzt Individualisierung der zu verkaufenden Ware voraus (**RG. 33** 96, **34** 3, **45** 30 f.).

2. PosMSchr. **12** 62 (Posen). Im Falle des Selbsthilfeverkaufs aus § 373 HGB. muß bei der Versteigerung die Ware effektiv vorhanden und für die Bietungslustigen hinreichend individualisiert sein; andernfalls braucht ihn der Käufer nicht für seine Rechnung gelten zu lassen.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 550 f. Selbsthilfeverkauf von Waren vertragswidriger Qualität. Der Käufer braucht nur einen derartigen Selbsthilfeverkauf im Sinne des § 373 HGB. gegen sich gelten zu lassen, bei dem die ihm geschuldete Ware versteigert wird, die insbesondere demnach von derselben Beschaffenheit wie die gekaufte ist.

4. SeuffA. **67** 287—289 Nr. 162, HessRspr. **13** 50—52 (Darmstadt). War aber die Bedingung der Gewährfreiheit — während im Hauptvertrage nach Probe und frostfrei verkauft war — erwiesenermaßen auf das Verkaufsergebnis ohne jeden Einfluß, so muß der Käufer diesen Selbsthilfeverkauf gegen sich gelten lassen.

§ 374. I. Verhältnis des Selbsthilfeverkaufs zu anderen Rechtsbehelfen des Verkäufers. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 550—553. Ein gemäß § 373 HGB. angedrohter Selbsthilfeverkauf ist zum Unterschied von einem Selbsthilfeverkaufe, der nach der gemäß § 326 Abs. 1 BGB. erfolgten Ablehnung der Vertragserfüllung des säumigen Käufers behufs Liquidierung des dem Verkäufer gemäß Satz 2 daselbst nach Ablauf der gesetzten Frist alternativ zustehenden Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung von ihm vorgenommen werden soll, als Vollziehung des ursprünglichen Kaufvertrags anzusehen, indem der Verkäufer die den Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs bildenden Waren auf Grund seiner ursprünglichen vertraglichen Lieferungsverpflichtung zum Selbsthilfeverkauf bringt und dieser überhaupt für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt, was das Fortbestehen der ursprünglichen Verpflichtung des letzteren zur Zahlung des zwischen ihm und dem Selbsthilfeverkäufer vereinbarten — wenn auch durch den Erlös des Selbsthilfeverkaufs modifizierten — Kaufpreises zur Voraussetzung hat (vgl. **RG. 53** 13).

2. Siehe auch OLG. **24** 184 f., SeuffA. **67** 287—289 Nr. 162 (Darmstadt).

3. **RG.** JW. **13** 47 f. Nr. 37, HoldheimsMSchr. **12** 126. Wird statt der aus einem Selbsthilfeverkaufe hervorgegangenen Ansprüche Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so liegt Klagänderung vor. Denn jener Anspruch geht auf Erfüllung des Kaufvertrags durch Zahlung des Kaufpreises, soweit er nicht durch den Erlös des Selbsthilfeverkaufs gedeckt ist; er hat also zur Grundlage das Fortbestehen des Vertrags.

II. Berechnung des Schadensersatzes. 1. HansGZ. **12** Hptbl. 116 (Hamburg). Dem zum Schadensersatze wegen Nichtlieferung berechtigten Käufer ist es nicht erlaubt, die Differenz zwischen Kaufpreis und Verkäuflichkeitswert der Ware geltend zu machen, wenn im konkreten Falle der wirkliche Schaden, den er infolge der Nichtlieferung erleidet, geringer war. Die Beweislast dafür trifft den Verkäufer.

2. WürttRpflZ. **12** 25 f. (Stuttgart). Vorteilsausgleichung bei der Feststellung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung eines Vertrags. Die Klägerin, welche einen Teil der von ihr an den Beklagten verkauften Ware selbst ersteigert und sofort zum selben Preise wie an den Beklagten weiterverkauft hat, muß sich den erzielten Überschuß bei Berechnung des ihr erwachsenen Schadens anrechnen lassen. Es handelt sich vorliegend nicht um den Erfüllungsanspruch des Verkäufers aus § 373 HGB., sondern um einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, auf den die Bestimmungen der §§ 249—252 BGB. Anwendung finden. Die Voraussetzung für die sog. Vorteilsausgleichung, daß der Vorteil aus derselben Wurzel oder demselben Ereignis erwachsen muß, woraus der geltend gemachte Schaden hergeleitet wird, ist bei Berücksichtigung der Natur der Sache und der Billigkeit vorliegend gegeben.

3. OLG. **25** 6 f. (Braunschweig). Will sich der schadensersatzberechtigte Käufer mit dem Ersatze des abstrakt berechneten Schadens nicht begnügen, so muß er den Schaden ganz nach den konkreten Verhältnissen berechnen. Er kann aber den Unterschied zwischen dem vereinbarten und dem Deckungspreise dann nicht verlangen, wenn er bei Vornahme des Deckungskaufs mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht verfahren ist.

§ 375. 1. OLG. **24** 185 f. (Stettin). Wahlschuldverhältnis oder Spezifikationskauf? Der Unterschied beider liegt nicht etwa darin, daß es sich beim Spezifikationskauf um eine Gattungssache handelt. Denn auch die Wahl-

schuld kann sich auf Gattungssachen beziehen; der Wortlaut des § 262 BGB. schließt dies nicht aus. Ebensowenig läßt sich aus § 375 HGB. herleiten, daß dort die Kaufsache erst, nach näherer Weisung des Käufers, herzustellen sei (Werklieferung), also noch nicht fertig am Lager sein dürfe. Diese Erwägungen können nur zu dem Ergebnisse führen, daß sich die Frage, wann ein Spezifikationskauf und wann nur ein Wahlkauf vorliegt, nicht nach einer abstrakten Formel im voraus beantworten läßt, daß vielmehr stets im einzelnen Falle geprüft werden muß, ob der Käufer lediglich zwischen mehreren Leistungen des Verkäufers wählen oder ob ihm innerhalb der im § 375 HGB. zugelassenen Grenzen vorbehalten sein sollte, die Leistung des Verkäufers näher zu gestalten. Die Abgrenzung beruht demnach im einzelnen Falle weniger auf objektiven Kennzeichen als vielmehr auf der subjektiven, durch wirtschaftliche Gründe geleiteten Auffassung der Parteien, ob sie die verschiedenen Leistungen des Verkäufers als von vornherein gegebene, bestimmt geartete angesehen haben, unter denen der Käufer zu wählen habe, oder ob sie den Inhalt der Leistung des Verkäufers bald vorerst unbestimmt und erst nach näherer Weisung des Käufers gemäß § 375 HGB. bestimmbar angesehen haben. Hier hat es sich nach dem Vergleiche, wie ihn der Kläger behauptet, nicht um ein Wahlschuldverhältnis, sondern um einen Spezifikationskauf gehandelt. Die Gattungssache, innerhalb deren der Beklagten die nähere Bestimmung überlassen war, war Faßwein des Klägers. Die nähere Bestimmung der Weinsorten fällt bei der allgemeinen Fassung des § 375 HGB. unbedenklich in den vom Gesetze zugelassenen Rahmen. Nicht unwesentlich mag auch erscheinen, daß der Lagerbestand des Klägers naturgemäß wechselte und daß schon aus diesem Grunde die Vorstellung der Parteien von einer Gestaltung der Leistung des Verkäufers durch den Käufer im Sinne des § 375 HGB. nahelag. Die gesetzlichen Merkmale des Spezifikationskaufs sind also gegeben.

2. HansGZ. 12 Hptbl. 258—260 (Hamburg). Ist keine Frist bestimmt, so hat der Verkäufer *sofort* nach Spezifikation zu leisten (§ 271 BGB.); eine angemessene Frist *zur Ausführung der Lieferung* aber muß der Käufer dem Verkäufer lassen (§ 375 HGB.). Welche Frist hierfür als angemessen anzusehen ist, richtet sich nach den Umständen des Falles, und zwar ist nur mit dem im *gewöhnlichen Geschäftsgange* üblichen Verfahren zu rechnen.

§ 376. 1. **RG.** R. 12 Nr. 1234. Das nachgewiesene Interesse des einen Vertragsteils an einem Fixgeschäfte berechtigt noch nicht zur Annahme, daß ein solches Geschäft stillschweigend vereinbart wurde. Die von der Beklagten hervorgehobenen Umstände, nämlich die erheblichen Preisschwankungen bei den fraglichen Fässern und die Schwierigkeit ihrer längeren Lagerung, ergeben nicht mehr als ein erhebliches Interesse der Beklagten an rechtzeitigem Abruf und damit eine ausreichende Veranlassung für sie, das Verlangen nach Abschluß eines Fixgeschäfts zu stellen, die stillschweigende Vereinbarung einer solchen ist aber aus den erwähnten Umständen nicht zu entnehmen.

2. LeipzZ. 12 706—709 (Colmar). Der Charakter als *Fixgeschäft* muß sich aus dem Vertrage klar ergeben, entweder aus der Hervorhebung der Erfüllungszeit in dem Wortlaute des Vertrags wie „genau, prompt u. dgl." oder aus dem Vertragsinhalte, den begleitenden Umständen oder der Natur des Geschäfts, die eine andere, spätere Leistung als dem Vertragszwecke zuwiderlaufend und deshalb unter keinen Umständen als gewollt erscheinen läßt.

3. HansGZ. 12 Hptbl. 257 (Hamburg). Bei einem *Lieferungsgeschäfte mit bestimmten Abladungsfristen* liegt *kein Fixgeschäft* vor (s. ferner zu § 346 C).

§ 377. I. *Ablieferung.* 1. **RG.** LeipzZ. 12 82 f. Der *Ablieferungsort* ist dort, wo von dem Spediteur der Käuferin die Ware übernommen und von ihm auf die von der Käuferin gestellten Dampfer verladen worden ist.

2. SächsOLG. **33** 362—368. Beim Tabakshandel gilt die Ablieferung im Sinne des § 377 HGB. mit der Einlagerung der Tabaksballen bei der Verkäuferin und der Anzeige hiervon an die Käuferin als erfolgt; denn durch sie erlangte die Käuferin den Besitz der Ware und die Möglichkeit, sich den tatsächlichen Gewahrsam jederzeit sofort zu verschaffen, während die Verkäuferin von da an den Besitz nur noch wie ein Lagerhalter für die Käuferin ausübte.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 319 f., HoldheimsMSchr. **12** 26 f. Ist die Ware dem Käufer bei einem Dritten vom Verkäufer zur Verfügung gestellt worden und hat der Käufer die Verfügungsstellung angenommen und dem Dritten Weisungen bezüglich der Ware erteilt, so ist jener Ort als Ablieferungsort, an dem die Untersuchung vorzunehmen war, anzusehen. Daß der Käufer an jenem Orte keine Handelsniederlassung hatte und ihm dort eine zur Untersuchung geeignete Persönlichkeit nicht zur Verfügung stand, ist hierbei ohne Bedeutung.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 554 f., EisenbE. **28** 427, SächsRpflA. **12** 107. Aus der Vertragsbestimmung, daß der Käufer die Waren am ausländischen Bestimmungsort abzunehmen habe, folgt nicht, daß auch für den Verkäufer der Bestimmungsort der Ware der Erfüllungsort der ihm obliegenden Leistung sein solle. Aus der Vertragsbestimmung, daß der Verkäufer nur frei Bord des Schiffes in Hamburg zu liefern gehabt und der Käufer die Kosten des Transports von Hamburg an sowie die Kosten der Seeversicherung getragen habe, konnte im Gegenteil ohne Rechtsirrtum gefolgert werden, daß Hamburg der Erfüllungsort für den Verkäufer habe sein sollen (s. ferner zu §§ 346 C, 373).

II. Untersuchungs- und Rügepflicht. 1. LeipzZ. **12** 413—416 (LG. Dresden). Die Pflichten aus § 377 HGB. treffen nicht bloß denjenigen, der tatsächlich Kaufmann ist, sondern auch den, der — ohne es zu sein — wie ein solcher im Verkehr auftritt.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 101 f. Mißbräuchliche Handelsübungen beseitigen die Pflicht aus § 377 Abs. 1 HGB. nicht.

3. OLG. **24** 191 (KG.). Handelsbrauch gegen die unverzügliche Mängelanzeige. Eine sofortige Untersuchung der dem Beklagten gelieferten Stempel war sowohl auf die Härte wie auf den verwendeten Stoff durch die einfache Feilprobe ohne Verwendung einer Stanzmaschine mühe- und kostenlos möglich. Der Beklagte behauptet aber einen Handelsbrauch dahin, daß der Käufer, welcher Waren von einer Werkzeugfabrik beziehe, die Rügen seines Abnehmers abwarten dürfe, falls sie binnen 2—4 Wochen vorgenommen würden. Ein solcher Brauch würde jedoch nicht geeignet sein, den § 377 zu beseitigen. Denn, da die sofortige Untersuchung der Ware leicht möglich ist, so würde er, zumal auch den weiteren Abnehmern noch eine wenig bestimmte Frist zur Untersuchung freistünde, die durch § 377 bezweckte Rechtssicherheit vereiteln und sich daher in Wirklichkeit als ein Mißbrauch darstellen, dem sich ohne besondere Vereinbarung zu fügen niemand gezwungen werden kann (JW. **00** 857, **07** 60).

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 178 f. Der Umstand, daß die Untersuchung den Verbrauch oder die Unbrauchbarmachung eines Teiles der Ware erfordert, befreit den Käufer dann nicht von der Untersuchungspflicht, wenn jener Teil nach Umfang und Wert nicht außer Verhältnis zur ganzen Sendung steht.

5. HansGZ. **13** Hptbl. 24 (Hamburg). Die Schwierigkeit der Untersuchung genügt nicht, um diese unterlassen zu dürfen. Unter besonderen Umständen ist der Käufer sogar verpflichtet, Waren zwecks Untersuchung zu zerstören, z. B. bei größeren Mengen von Flaschenweinen, Konserven usw. Stichproben zu machen und den Inhalt durch Schmecken oder chemisch zu untersuchen. Bei kleineren Mengen, bei denen eine derartige Untersuchung schon den Wert der Lieferung beeinflussen würde, kann von einer solchen Untersuchung Abstand genommen werden.

6. OLG. **24** 188 f. (Braunschweig). Untersuchung bei Lieferung von Konserven. Am 2. September hat der Kläger der Beklagten, und zwar auf ihre Anweisung unmittelbar an X., 2500 kg Schnittbohnen in Kisten zu je 50 kg zum Preise von $23^1/_2$ Pfg. für 1 kg geliefert. Erst am 20. November haben X. und die Beklagte die Bohnen als strohig und fleischlos beanstandet. Diese Bemängelung ist an sich verspätet. Unerheblich ist, wenn in dem Schlußschein über den Kauf keine Frist für die Rüge gesetzt ist. Derartige Unterlassungen sind nicht geeignet, die gesetzlichen Vorschriften abzuändern. Die gesetzliche Frist kann durch Parteivereinbarung verlängert werden. Wenn dies nicht ausdrücklich verabredet ist, müssen aber besondere Umstände vorliegen, aus denen auf die Vereinbarung geschlossen werden kann; lediglich das Stillschweigen reicht dazu nicht aus. Die Behauptung der Beklagten, daß bei Postenkäufen im Großverkehre des Konservenhandels nach Handelsgebrauch noch innerhalb 6 Monaten gerügt werden darf, hat das LG. widerlegt, indem es mit Bezug auf **RG. 57** 8 und die Zeitschr. für die Konservenindustrie **05** 7 Nr. 11 ausführt, daß, wie der Kammer für Handelssachen bekannt sei, ein Rügerecht innerhalb längerer Zeit nur im Kleinverkehre zulässig sei, wo Stichproben im Vergleiche zu der Gesamtlieferung unverhältnismäßige Kosten verursachen würden. Dem ist beizutreten (**RG. 2** 384, **59** 125, SeuffA. **44** 124).

7. ElsLothJZ. **12** 5—10 (Colmar). Auch wenn es sich um „in verlöteten Blechbüchsen verpackte Ölsardinen" handelt, ist der Käufer von der sofortigen Untersuchungspflicht nicht allgemein befreit, sondern muß sich durch Öffnen einiger Büchsen und Vornahme von Stichproben aus ihnen ein Urteil über die Beschaffenheit der Waren bilden. Handelt es sich — wie hier — um Herstellung eines Massenprodukts, das in den einzelnen kleinen Dosen gewöhnlich ganz gleichwertig ausfällt, so kann sich der Käufer auf sehr wenige Stichproben beschränken und dies ganz besonders, wenn — wie hier — nach einem übergebenen Muster verkauft ist. Es genügte, wenn er aus der Lieferung von 500 Büchsen zwei Büchsen herausgeonmmen, — auch wenn die beiden aus derselben Kiste entnommen waren.

8. HansGZ. **13** Hptbl. 24 (Hamburg). Es ist unrichtig, daß bei Vereinbarung eines Sachverständigengutachtens (Survey Report) die Rüge vor Erstattung des Gutachtens nicht nötig sei, nur braucht die zu erstattende Mängelanzeige nicht so genau begründet zu werden wie im Regelfall, es genügt vielmehr eine allgemeine Mitteilung von den Mängeln, und es bleibt die genaue Spezifizierung bis zur Begutachtung vorbehalten (s. ferner zu § 346 C).

III. Art der Untersuchung. **RG.** LeipzZ. **12** 323 f. Unterschied von Kauf- und Ausfallmuster. Das Kaufmuster dient dazu, daß sich der Käufer über den Abschluß des Kaufes einer noch zu liefernden bestimmten Ware schlüssig mache, und es wird ihm deshalb vor dem Kaufabschluß gegeben; dieses soll die Beschaffenheit der bereits fest gekauften, aber noch nicht gelieferten Waren ausweisen und die an sich erst nach der gesamten Ablieferung bestehende Untersuchungspflicht gemäß § 377 Abs. 1 HGB. schon an dem Muster ermöglichen, das die Ware zu diesem Behufe zu vertreten hat (**RG. 63** 221, Gareis, Das Stellen zur Disposition [1870] 53, Hanausek, Die Haftung des Verkäufers **2** 74). (S. ferner zu II.)

IV. Ort und Zeit der Untersuchung. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 82 f. Selbst wenn eine Übereinkunft der Parteien dahin besteht, daß die Ware nicht am Ablieferungsorte, sondern erst später nach ihrer Ankunft am überseeischen Bestimmungsorte zu untersuchen und hinsichtlich fehlerhafter Beschaffenheit zu rügen war, würde gleichwohl die Verjährung ihren Lauf mit der Ablieferung beginnen. Um einen späteren Zeitpunkt als denjenigen der Ablieferung zum Anfangspunkte der Verjährung des § 477 BGB. zu machen, bedarf es besonderer Umstände, die mindestens auf eine stillschweigende Willenseinigung der Parteien nach dieser

Richtung schließen lassen (vgl. **RG.** II. 4. 1. 07, LeipzZ. **07** 289, jetzt auch Staub [8] § 377 Anm. 137, 144, 190).

2. OLG. **24** 194 (Hamburg). Vereinbarung, die Ware schon vor Absendung nach dem überseeischen Ablieferungsorte zu untersuchen. Der Kläger hat die zuletzt gelieferten 5000 Rollen nicht nach der Andienung in Hamburg, sondern erst nach ihrer Ankunft in Tientsin untersucht und sofort gerügt. Hierdurch hat er nicht dem § 377 zuwidergehandelt. Jene 5000 Rollen sind auf Grund des ursprünglichen Kaufgeschäfts geliefert und unterstehen daher den für dieses maßgeblichen Bedingungen. Daran hat der zwischen den Parteien abgeschlossene Vergleich nichts geändert. Auch die letzten Rollen waren zur Verschiffung nach Tientsin bestimmt. Der Kaufvertrag bestimmt aber, daß als Ablieferungsort und Erfüllungsort im Sinne des Gesetzes Tientsin zu gelten habe. Nun hat sich zwar der Kläger aus Vorsicht, d. h. um nicht wiederum eine Zurückweisung der Ware am überseeischen Bestimmungsorte zu gewärtigen, ausbedungen, daß die 5000 Rollen nicht unmittelbar nach Tientsin verschifft werden dürften, sondern zunächst nach Hamburg zu senden seien, um hier untersucht werden zu können. Es leuchtet aber ein, daß er damit nicht seine vertraglichen Rechte einschränken, sondern im Gegenteil eine besondere Vergünstigung hat schaffen wollen. Es kommt hinzu, daß diese Vergünstigung sogar im Kaufvertrage vorgesehen war, wo es heißt: Untersuchung und Reklamationsrecht in Hamburg behalten wir uns vor. Da dieser Satz unmittelbar der Klausel über den Ablieferungsort folgt, so kann nicht angenommen werden, daß die Bestimmung Tientsins zum Ablieferungsort im Sinne des Gesetzes für den Fall aufgehoben sein sollte, daß der Käufer das ihm vorbehaltene Recht gebrauchte. Hieraus folgt, daß er bei Prüfung der ihm angedienten Ware nicht zur Befolgung des § 377 verpflichtet war.

3. OLG. **24** 189 f. (Hamburg). Untersuchung bei Lieferung der zum überseeischen Transporte bestimmten Waren. In Fällen, wo wie hier, Waren an einen in Deutschland wohnenden Käufer zur Verschickung nach einem überseeischen Platze verkauft sind und am Verschiffungsplatze geliefert werden, muß in Ermangelung abweichender Vereinbarungen als äußerster Termin für die Mängeluntersuchung die Ankunft am überseeischen Bestimmungsort angesehen werden. Hier würde die Untersuchung auch in Chile erfolgt sein, wenn nicht infolge eines Versehens des Klägers (Käufers) für den hier fraglichen Teil der Eisenbleche falsche Maße aufgegeben gewesen wären, dieserhalb der Käufer in Chile die Ware abgelehnt und man infolgedessen die Bleche, ohne sie weiter zu untersuchen, zur Rückbeförderung nach Bremen im Schiffe belassen hätte. Die Untersuchung unterblieb also auf Grund eines Umstandes, der die Beklagte nichts angeht. Sie konnte aber verlangen, daß spätestens in Chile untersucht wurde. Sie kann nicht darunter leiden, daß infolge eines Versehens des Klägers die Untersuchung in Chile unterblieben und erst erheblich später bei Rückkunft der Ware in Bremen vorgenommen ist. Der Kläger hätte zur Wahrung seines Rügerechts die Ware in Chile ausladen und auf ihre vertragliche Beschaffenheit untersuchen lassen müssen, insoweit eine Untersuchung im Schiffe nicht ausführbar war.

4. HansGZ. **12** Hptbl. 275 f. (Hamburg). Die Untersuchungspflicht hat nicht stets dann als hinausgeschoben zu gelten, wenn an Bord eines Seedampfers geliefert wird, es sei denn, daß bei einer für einen überseeischen Platz bestimmten Ware eine Lösung der Fastage im europäischen Versandplatze tatsächlich nicht möglich oder doch mit so großer Schwierigkeit oder so hohen Kosten verknüpft ist, daß vernünftigerweise niemand an derartige Untersuchung am inländischen Abgangsplatze denken wird.

5. **RG.** LeipzZ. **12** 323. Ist aus den Umständen zu entnehmen, daß die Pflicht zur Untersuchung der Ware am Ablieferungsorte zwischen den Parteien ausgeschlossen

werden sollte, so ist die am Bestimmungsorte vorgenommene Untersuchung und demnächstige Mängelanzeige rechtzeitig erfolgt. Ein solcher Abschluß wird noch nicht daraus entnommen werden können, daß die Ware vom Orte, wo sie lagerte, sofort weiter versandt werden sollte, wohl aber daraus, daß am Orte der Ablieferung der Spediteur des Käufers die Untersuchung hätte vornehmen müssen und dieser die Untersuchung nicht anders vorgenommen hätte, als durch Entnahme von Stichproben, nachdem er zuvor als Spediteur des Verkäufers von der bei ihm lagernden Ware dem Käufer Stichproben als Kaufproben übermittelt.

6. **RG.** BayerZ. **19** 115 f. Wird im Falle eines Distanzkaufs vereinbarungsgemäß die Ware am Sitze des Verkäufers durch einen Spediteur des Käufers übernommen, so hat dieser dort unverzüglich die Ware untersuchen zu lassen. Die Angabe eines Bestimmungsorts ändert daran nichts, insbesondere dann, wenn die Ware nach verschiedenen Bestimmungsorten gehen soll.

7. OLG. **24** 190 f. (Hamburg). Die Frist, was „ordnungsmäßig" ist, richtet sich nach objektiven Regeln, d. h. nach der Übung, wie sie allgemein in dem Geschäftszweige besteht, mag ihre Befolgung im Einzelfalle Schwierigkeiten oder unverhältnismäßig unnütze Kosten verursachen. Die gegenteilige Auffassung des Käufers würde zu unhaltbaren Folgen führen. Je nachdem es sich handelt um eine zur Ausfuhr oder zum Platzkonsum bestimmte Ware, würde die Rügefrist ganz verschieden sein. Genau derselbe Grund, aus dem der Beklagte die Hinausschiebung der Frist um 4—5 Tage rechtfertigen will, würde auch Hinausschiebung um einen viel längeren Zeitraum rechtfertigen, wenn zwischen Ankunft der Ware am hiesigen Platze und dem Abgange des Dampfers Wochen liegen sollten. Es ist klar, daß diese Folge für den Verkäufer, der über die Verhältnisse des Käufers und die von diesem beabsichtigte Maßnahme nicht unterrichtet sein kann, völlig unleidlich wäre. Der Verkäufer soll nach dem Zwecke des § 377 annehmen dürfen, daß das Geschäft sich glatt erledigt, wenn nicht in geschäftsüblicher Zeit gerügt wird, und demgemäß verfügen können. Dies würde unmöglich gemacht werden, wenn er nicht bloß den allgemein üblichen Geschäftsgang, sondern ihm auch unbekannte Verhältnisse des Käufers in Betracht ziehen müßte.

8. HansGZ. **12** Hptbl. 73—75 (Hamburg). Dafür, ob die gewählte Art der Untersuchung der Ware genügt oder nicht, ist zwar die in dem betreffenden Geschäftszweige geltende Übung nicht schlechthin ausschlaggebend, es wird ihr aber, stellt sie sich nicht offensichtlich als Mißbrauch dar, die erheblichste Bedeutung nicht abgesprochen werden können. Hier wurde eine erst 4 Monate nach Lieferung erfolgte Mängelrüge für rechtzeitig erachtet.

9. OLG. **24** 187 f. (KG.). Untersuchung beim Kaufe gebrauchter Maschinen. Die Maschinen sind am 27. eingetroffen und nicht vor 29. März auf die Fabrik angefahren worden. Ist die Beklagte sofort vom Eintreffen durch die Bahnverwaltung benachrichtigt worden, so wäre sie in der Lage gewesen, die Maschinen statt am 29. bereits am 28. abfahren zu lassen. Das RG. hat allerdings (Gruchots Beitr. **43** 703) die Ablieferung als den für die Untersuchungs- und Rügepflicht maßgebenden Zeitpunkt schon in der Mitteilung von dem Eintreffen der Ware gesehen. Indessen handelte es sich damals um Bretter, deren alsbaldige Untersuchung auf dem Bahnhof augenscheinlich keine Schwierigkeiten bereiten konnte und daher vom Empfänger vorgenommen werden mußte.

V. Inhalt der Mängelrüge. **RG.** LeipzZ. **12** 323. Wird der Verkäufer auch ohne eingehende Bezeichnung der Mängel aufgeklärt, so genügt das (vgl. **RG. 47** 12).

VI. Zeit der Mängelrüge. 1. HansGZ. **12** Hptbl. 309 f. (Hamburg). Gibt der Käufer, der die im Juli 1909 bezogene Ware am 21. Juli 1909 weiterveräußert hat, den ihm am 30. Juli 1909 von seinen Abnehmern mitgeteilten Mangel

(Giftigkeit der als Viehfutter verkauften Weizenkleie) an demselben Tage seinem Verkäufer weiter, so ist der Gesetzesvorschrift genügt; einer früheren Anzeige bedurfte es nicht, da es sich um einen verborgenen Mangel handelt.

2. BadRpr. **12** 139 (Karlsruhe). Die Beklagte verkaufte und übergab am 29. Mai 1911 dem Kläger ein gebrauchtes Lastautomobil mit der Zusicherung einer Zugfähigkeit von 20—25 Ztr. In der Zeit vom 29. Mai bis 25. Juni 1911 schickte die Beklagte ihren Chauffeur mehrmals, darunter einmal 3 Tage lang, zum Kläger, um den Wagen auszubessern. Während dieser Zeit war sonach eine sichere Feststellung der Zugfähigkeit des Wagens für den Kläger nicht möglich und es erscheint daher die Anzeige vom 25. Juni, daß der Wagen die zugesicherte Zugfähigkeit nicht besitze, als rechtzeitig. Jedenfalls muß aber in dem geschilderten Verhalten der Beklagten ein Verzicht auf die Geltendmachung der Verspätung der Mängelrüge erblickt werden.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 76 f., BauersZ. **19** 92, DJZ. **12** 221 f. Die Rügefrist aus § 377 HGB. wird durch den Fakturenvermerk „Ausstellungen können nur 8 Tage nach Empfang der Ware berücksichtigt werden" nicht erstreckt. Die Verkäuferin hat so offenkundig mit diesem Vermerk ausschließlich ihre eigene Rechtslage verbessern, nicht die Rechte des Klägers erweitern wollen, daß dies auch diesem nicht hat entgehen können. Die Rügefrist für sofort entdeckte Mängel ist also nicht erweitert.

VII. Arglistiges Verschweigen. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 198 f. Eine Pflicht des Käufers, den Verkäufer über alle diejenigen ihm bekannten, dem Verkäufer aber, wie der Käufer weiß, unbekannten Umstände aufzuklären, die geeignet sein könnten, ihn vom Abschlusse des Vertrags abzuhalten, kann im allgemeinen nicht anerkannt werden. Daß für den Verkäufer eine solche allgemeine Offenbarungspflicht dem Käufer gegenüber nach der Verkehrsauffassung nicht besteht, ist bereits in dem Urt. des erk. Sen. vom 27. März 1906 (**RG. 62** 149) ausgeführt. Noch weniger kann auf Grund der Verkehrsauffassung eine derartige Pflicht des Käufers gegenüber dem Verkäufer angenommen werden. Es ist vielmehr nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob und inwieweit der Verkäufer vom Käufer nach der Verkaufsauffassung Aufklärung erwarten darf. Das Berufungsgericht hätte deshalb darlegen müssen, aus welchem besonderen Grunde im vorliegenden Falle die Beklagte von dem Kläger noch weitere als die von ihm als gemacht unterstellten Mitteilungen über sein Verkaufssystem ohne weitere Anregung ihrerseits zu erwarten berechtigt war. Es hätte dabei insbesondere in Erwägung ziehen müssen, ob nicht der Kläger angesichts der Tatsache, daß ihm die nach den Gepflogenheiten des Zigarrenhandels durchaus vertrauten und sachkundigen Leiter einer Großfirma als Vertragschließende gegenüberstanden, annehmen konnte und durfte, daß diese bei Anwendung hinreichender Aufmerksamkeit aus den von ihm gemachten Mitteilungen die möglichen Folgen des von ihm beabsichtigten Verkaufssystems für ihre Beziehungen zu ihren Abnehmern selbständig zu erkennen und danach ihren Entschluß zu fassen in der Lage seien.

2. SächsOLG. **53** 362. Ein arglistiges Verschweigen im Sinne von § 377 Abs. 5 HGB. liegt nicht schon dann vor, wenn wissentlich fehlerhafte Ware geliefert wird; es müssen vielmehr noch weitere Umstände hinzukommen, die darauf hinweisen, daß der Verkäufer damit gerechnet habe, der Käufer werde die rechtzeitige Untersuchung und Rüge versäumen. Auch die Tatsache der Zusicherung probegemäßer Ware genügt nicht, wenn nicht anzunehmen ist, daß die Verkäuferin damit gerechnet habe, die Käuferin werde infolge dieser Zusicherung die Untersuchung und Rüge versäumen.

VIII. Verlust der Rechte. 1. ElsLothJZ. **12** 5—10 (Colmar). Handelt es sich um einen Gattungskauf und um eine teilbare Lieferung, so ist der Käufer

befugt, den fehlerfreien Teil der Lieferung als Erfüllung anzunehmen und nur den fehlerhaften Teil dem Verkäufer zur Verfügung zu stellen; es liegt insbesondere in dem Behalten des fehlerfreien Teiles und Weiterverkaufe an Kunden keine Genehmigung der ganzen Lieferung (**RG. 43** 69 ff.).

2. R. **12** Nr. 1683 (Stuttgart). Es ist Tatfrage, ob Genehmigung vorliegt, wenn in Abwesenheit des Geschäftsherrn ein Teil der gelieferten Ware verbraucht wird.

3. R. **12** Nr. 1682 (Stuttgart). Verbrauch eines Teiles der gelieferten Ware gilt als Billigung des Restes, wenn der Teilverbrauch den Willen erkennen läßt, das Ganze zu behalten.

4. **RG.** LeipzZ. **12** 672 f., HoldheimsMSchr. **12** 222. Im Falle der Versäumung der rechtzeitigen Untersuchung und Anzeige können auch auf Grund einer Garantieübernahme des Verkäufers für eine über die Untersuchungs- und Anzeigefrist hinausgehende Garantiefrist keine Ansprüche mehr erhoben werden, sofern bei rechtzeitiger und ordnungsmäßiger Untersuchung der Mangel erkennbar gewesen wäre, da die Ware insoweit als genehmigt zu gelten hat. Damit sind aber nicht nur Wandelungs- oder Minderungsansprüche, sondern auch Ansprüche auf Vertragsstrafe wegen solcher Mängel ausgeschlossen.

5. SchlHolstAnz. **12** 280 (Kiel). Bei Sukzessivgeschäften hat die Unterlassung der Rüge einer Teillieferung an sich nur die Wirkung, daß die nicht gerügte Teillieferung als genehmigt gilt, und es erstreckt sich das Präjudiz der Genehmigung nicht auf die späteren Lieferungen (**RG.** JW. **00** 394). Es kann aber ferner aus der unbeanstandeten Annahme früherer mangelhafter Lieferungen auch nur unter ganz besonderen Umständen geschlossen werden, daß der Käufer auch in Zukunft solche mangelhafte Ware als Vertragserfüllung gelten lassen will.

§ 378. 1. HansGZ. **12** Hptbl. 239 f. (Hamburg). Die Vorschrift des § 377 HGB. hat an sich mit dem Gewährleistungsrechte nichts zu tun. Sie regelt ausschließlich einen für den Handelsverkehr wichtigen Punkt: die Genehmigung der Ware durch Unterlassung sofortiger Rüge. § 378 HGB. hat die Anwendbarkeit des § 377 auf diejenigen Fälle erstreckt, wo eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist. Mit dieser Erweiterung des § 377 sollten aber nicht die dort gar nicht behandelten rechtlichen Folgen einer mangelhaften Lieferung an die Lieferung eines sog. „aliud“, eines Zuviel oder Zuwenig geknüpft werden. Für eine solche Regelung wäre nicht das HGB., sondern das BGB. der Platz gewesen.

2. HansGZ. **12** Hptbl. 239 f. (Hamburg). Wird dem Käufer mehr als die gekaufte Menge der Ware geliefert, so kann er die gesamte Ware zurückweisen und ist nicht verpflichtet, mindestens die gekaufte Menge zu behalten, wenn hierzu eine Aussonderung erforderlich war, die Zeit und Kosten verlangte und den Keim zu neuen Meinungsverschiedenheiten in sich barg. Dagegen stellt die Lieferung eines Zuviel oder Zuwenig regelmäßig nicht die Lieferung einer mangelhaften Ware dar, die die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften, insbesondere die Wandelung ohne weiteres rechtfertigt. Der Käufer kann also, nachdem er die zuviel gelieferte Menge der Ware zurückgewiesen, die ihm alsdann angediente vertragsmäßige Menge nicht zurückweisen, wenn nicht die Voraussetzungen des § 326 BGB. vorgelegen haben.

3. OLG. **24** 191 f. (Hamburg). Fehlerhafte oder andere Ware? Der Kläger ist für die Ausnahme des § 378 „sofern nicht die gelieferte Ware offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht“ beweispflichtig geblieben. War vertragswidrig geliefert, so handelte es sich um die vertragswidrige Beimischung fremder Stoffe. Wenn dadurch das Ganze zu einer Sache anderer Gattung gemacht wird, so kommt es doch nicht auf den Umfang der Beimischung, auch nicht auf die dadurch bewirkte Wertminderung der gelieferten Ware im Verhältnisse zur

vertragsmäßigen an. Es ist vielmehr nur entscheidend, ob die Verwendung der Ware zu ihrem vertraglichen Zwecke unmöglich gemacht wird (S t a u b 4 zu § 378). Dafür aber, daß der Vertragszweck vereitelt wurde, bietet sich kein Anhalt. Der Kläger hatte nach Hummelwachs gefragt, also, wenn man dies überhaupt noch als tierisches Produkt bezeichnen kann, nach einem gegenüber reinem Bienenwachs unter allen Umständen minderwertigen Produkte. Wo aber Hummelwachs verwendet werden kann, da läßt sich, wie anzunehmen ist, auch die von der Beklagten gelieferte Ware verwenden. Der Kläger selbst hat auch in dieser Beziehung keinerlei Anhalte dafür vorgetragen, daß die Ware nicht als Ersatz für Hummelwachs verwendet werden kann. Unter diesen Umständen läßt sich nicht sagen, daß die Beklagte die Genehmigung der Ware als ausgeschlossen betrachten mußte.

4. OLG. 24 192 f. (Naumburg). Die dem Beklagten gelieferten Drahtgeflechte hatten eine Stärke von nur 1,9 und 2,3 mm, während sie nach der Vereinbarung 2 und 2,5 mm stark sein sollten und solche in Rechnung gestellt sind. Gleichwohl ist bei der unterbliebenen Mängelrüge der Minderungsanspruch des Beklagten unbegründet. Denn, da die in der Preisliste verzeichneten nächstschwächeren Drahtstärken 1,8 und 2,2 mm betragen, ist dem Beklagten nicht diese schwächere Sorte geliefert worden, sondern Draht, dessen Stärken zwischen den bestellten und den nächst niedrigen Stärken ungefähr die Mitte halten. Berücksichtigt man, daß sich die Preise der Geflechte nach den in der Preisliste enthaltenen Drahtstärken richten, so ist in der Lieferung von Stärken, die zwischen den in der Preisliste enthaltenen Nummern stehen, die Lieferung mangelhafter Ware (§ 377) zu erblicken. Die Lieferung einer anderen Sache als der bedungenen könnte nur in Frage kommen, wenn in der Preisliste enthaltene entsprechend billigere, schwächere Sorten geliefert worden wären.

5. **RG.** LeipzZ. 12 751, HoldheimsMSchr. 12 272 f. B e d e u t u n g d e s A u s d r u c k s „o f f e n s i c h t l i c h" i m § 378 H G B. Die Revision entnimmt den in dem Gesetze gebrauchten Ausdruck „offensichtlich", daß im Falle der Lieferung einer anderen Ware, die Unanwendbarkeit der Vorschriften des § 377 eine den menschlichen Sinnen sofort wahrnehmbare Abweichung erfordere. Der Ausdruck „offensichtlich" hat aber in dem Gesetz eine ganz andere Beziehung und Bedeutung. Auf die äußere Wahrnehmbarkeit hat er überhaupt keinen Bezug. Vielmehr besagt er in Verbindung mit dem folgenden, daß eine besonders erhebliche, nach verständiger Anschauung die Brauchbarkeit des Gelieferten zur Vertragserfüllung ausschließende Verschiedenheit vorliegen muß.

6. OLG. 24 193 f. (Dresden). Den Preis der in verpackten Ballen gelieferten Waren hat der Kläger unter Zugrundelegung eines Preises für eine Gewichtseinheit nach dem gelieferten Gesamtgewichte berechnet und in den mit den Waren zugesandten Rechnungen angegeben. Daß der Preis nach dem Gesamtgewicht einschließlich der Verpackung berechnet worden, war aus den Rechnungen und Frachtbriefen für die Beklagte deutlich erkennbar. Wollte sie die Lieferungen als nicht vollständig geschehen bemängeln, so hatte sie dies dem Kläger unverzüglich anzuzeigen. Da eine solche Anzeige unterblieb, gelten die gelieferten Waren auch bezüglich des berechneten Gewichts als genehmigt (§ 377 Abs. 2), d. h. die Beklagte muß gegen sich gelten lassen, daß sie jene Mengen erhalten habe. Infolge dieser Genehmigung fällt, wie nach § 377 jeder Anspruch wegen gesetz- oder vertragswidriger Beschaffenheit der Ware, so hier nach § 378 jeder Anspruch wegen fehlenden Gewichts, also auch wegen Bereicherung (§ 812 BGB.), da die Genehmigung den rechtlichen Grund für die Erlangung des Anspruchs auf die Bezahlung der vollen, berechneten Warenmenge enthält. Diese Folge ergibt sich aus dem Zwecke und Sinne des § 378 HGB. Ohne solche Auslegung wäre die Gegenleistung des Verkäufers wieder in Frage gestellt und müßte trotz des Verlustes des Rügerechts durch Nachweis dessen, was der Verkäufer in Wahrheit der Menge nach geliefert hat, ermittelt werden.

7. BadRpr. **12** 85 f. (Karlsruhe). Durch Unterlassung der unverzüglichen Mängelrüge, zu der die Käuferin um so mehr Anlaß hatte, als sie nach ihrer monatlichen Ausbuchung über das Vorhandensein eines Mindergewichts trotz des amtlichen Verwiegungsstempels auf den Frachtbriefen nicht im Zweifel sein konnte, gilt das Manko als genehmigt. Die nicht rechtzeitige Anzeige des Quantitätsmangels bei jeder einzelnen Lieferung hat nicht bloß die Wirkung, daß der Käufer die Lieferung wegen Unvollständigkeit nicht mehr zurückweisen oder etwa auf Grund des § 320 BGB. die Gegenleistung nicht verweigern darf, sondern der Käufer wird dadurch zur Zahlung des Mankos verpflichtet.

8. OLG. **24** 193 (Hamburg). § 378 ist auf Spezieskäufe begrifflich überhaupt unanwendbar, wie auch die Ausdrücke des Gesetzes „bedungene Ware", „gelieferte Ware" und „Bestellung" nur auf den Gattungs-, nicht aber auf den Spezieskauf passen.

§ 381. I. Abs. 1. Adler, Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrechte, ACivPr. **109** 321—346 (327 f.). Das Handelsgewerbe als Ganzes, Rektapapiere und Anteilscheine von GmbH. sind nie Waren, die beiden letzteren auch nicht Wertpapiere, bilden also nicht den Gegenstand eines Handelskaufs, und es ist die Anwendbarkeit des § 377 HGB. ausgeschlossen, — dagegen können sowohl die emptio rei speratae wie auch die emptio spei Handelskauf sein.

II. Abs. 2. 1. Adler, Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrechte, ACivPr. **109** 321—346 (330). Jeder Werklieferungsvertrag ist Kauf, daher (also wegen § 651 BGB., nicht wegen § 381 Abs. 2 HGB., der nur gezählte Vorschriften des Rechtes des Handelskaufs auf den Werklieferungsvertrag im engeren Sinne anwendbar erklärt) auch Handelskauf, wenn er Handelsgeschäft über Waren ist.

2. Adler, Kaufbegriff und Werklieferungsvertrag im Handelsrechte, ACivPr. **109** 321—346 (337 ff.). Der Verf. erörtert im einzelnen, welche Bestimmungen des Kaufrechts und Werkrechts auf den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag im engeren Sinne, d. h. denjenigen, dessen Gegenstand unvertretbare Sachen bilden, Anwendung finden (s. auch zu § 377).

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 383. HansGZ. **12** Hptbl. 43 (Hamburg). Über den Unterschied zwischen einem sog. Verkaufs- und Exportkommissionär.

§§ 384, 385. I. Literatur. Loewenberg, Der Bankier als Interessenwahrer, HoldheimsMSchr. **12** 144—146. Der Verf. erörtert die dem mit Ankauf oder Verkauf von Effekten betrauten Bankier durch § 384 HGB. auferlegten Pflichten und die Lösung dieser Frage in Kollisionsfällen — unter Heranziehung einer Verkehrssitte, der sich jeder durch seine Beteiligung im Verkehrsleben stillschweigend unterwirft (**RG. 42** 146).

II. Rechtsprechung. 1. SeuffA. **67** 290—293 Nr. 164, HansGZ. **12** Hptbl. 43 f. (Hamburg). Der Exportkommissionär haftet dem Kommittenten für den Verlust, den dieser durch die Lieferung der Ware ins Ausland erleidet, wenn er nicht nachweist, daß er die übernommene Exportkommission mit Sorgfalt im Interesse des Kommittenten ausgeführt, — also wie ein ordentlicher Kaufmann den Verkaufskommissionär ausgesucht und überwacht und von allem, was ihm wichtig erscheinen mußte, dem Kommittenten Kunde gegeben hat. Das folgt aus der Rechenschaftspflicht.

2. **RG. 78** 310—315, JW. **12** 531 Nr. 8. Hat der Kommissionär ohne Erlaubnis des Kommittenten einen Unterkommissionär zugezogen, so haftet er für den dem Kommittenten durch diesen bewirkten Schaden ohne weiteres aus §§ 249

276 BGB., n i c h t aus § 278 BGB.; hat er ihn mit Erlaubnis zugezogen, so haftet er nur nach § 664 Abs. 1 BGB., wenn er nicht nach dem mit dem Kommittenten getroffenen Abkommen eine Pflicht zur Überwachung des Unterkommissionärs übernommen und diese schuldhaft verletzt hat.

3. OLG. **24** 196 (Hamm). Auslegung des dem Verkaufskommissionär gesetzten Preises, wenn inzwischen der Dividendenabschlag eintritt.

4. **RG. 78** 91—95 (unter Heranziehung der Literatur). Durch den Konkurs des Kommissionärs wird der Kommissionsvertrag n i c h t von selbst aufgelöst, dieser Vertrag unterliegt vielmehr als zweiseitiger Vertrag der allgemeinen Regel des § 17 KO.: Lehnt der Konkursverwalter die weitere Erfüllung des Vertrags ab, so kann der Kommittent seine Ansprüche wegen Nichterfüllung gemäß § 26 KO. geltend machen.

5. BankA. **11** 63—65 (Hamburg). Ebensowenig wie nach auftragsmäßig erfolgter Wiederveräußerung der eingekauften Stücke kann der Kommittent nachträglich die Übersendung eines Stückeverzeichnisses in dem Falle verlangen, daß der Kommissionär die Stücke inzwischen, in Gemäßheit seiner Geschäftsbedingungen, im Exekutionswege verkauft hatte.

§ 400. I. L i t e r a t u r. 1. *N u ß b a u m, Der Handel in englischen Minenshares nach deutschem Rechte, DJZ. **11** 1252. Bei Geschäften nach Londoner Usance steht dem Bankier das Selbsteintrittsrecht nicht zu, falls nicht das Gegenteil ausdrücklich ausbedungen ist.

2. *N u ß b a u m, Der Selbsteintritt des deutschen Bankiers bei Geschäften an ausländischen Börsen, HoldheimsMSchr. **12** 19 ff. Auch bei Geschäften an der New Yorker Börse steht dem deutschen Bankier gesetzlich der Selbsteintritt nicht zu. Der Selbsteintritt kann jedoch vertraglich ausbedungen werden, birgt dann aber erhebliche Gefahren für den Kunden in sich.

3. H e r r m a n n, Die Rechte des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft, die ihm eigene Aktien betrügerisch verkauft hat, HoldheimsMSchr. **12** 203—219. Die mit der Kommission, eigene Aktien einzukaufen, betraute AG. kann die Einkaufskommission durch S e l b s t e i n t r i t t auch d a n n ausführen, wenn es sich um n i c h t v o l l b e z a h l t e Aktien handelt (218 f. — gegen S t a u b zu § 226).

4. H e r r m a n n, Die Rechte des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft, die ihm eigene Aktien betrügerisch verkauft hat, HoldheimsMSchr. **12** 203—219 (217—219). Hat eine AG. die Kommission erhalten, eigene Aktien einzukaufen, und hat die Gesellschaft die Erteilung der Kommission dadurch widerrechtlich herbeigeführt, daß sie dem Kommittenten falsche Angaben über den Stand des von ihr betriebenen Unternehmens, mithin auch falsche Angaben über den Wert der zu erwerbenden Aktien machte, so ist sie zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet. Ob die Kommission durch „Selbsteintritt" ausgeführt wird oder nicht, ist für die genannten Konsequenzen gleichgültig.

II. R e c h t s p r e c h u n g. 1. HansGZ. **13** Hptbl. 9—11, BankA. **12** 140 f. (Hamburg). Mag auch der Einkaufskommissionär, der als Selbstkontrahent eintritt, damit nicht eine ihm gleichzeitig mit dem Auftrage gestellte Kaufofferte annehmen, sondern durch den Selbsteintritt den ihm gewordenen Auftrag „in sich selbst" ausführen, so tritt er doch dadurch, daß er ihn ausführt, also mit der Anzeige seines Selbsteintritts zu dem Kommittenten in das unmittelbare Verhältnis des Verkäufers zum Käufer. Er hat demgemäß Rechte und Pflichten aus dem K a u f v e r t r a g e.

2. **RG.** BankA. **11** 263 f. Damit, daß dem Kommissionär Auftrag zum Abschlusse von Börsengeschäften betreffend den Handel in Shares an der Pariser und Londoner Börse und damit als Börsentermingeschäfte nach § 48 BörsG. sich darstellenden Geschäften gegeben worden ist, steht noch nicht fest, daß der K o m m i s s i o n s-

auftrag ein Auftrag zum Abschluß von Börsentermingeschäften war; vielmehr kommt es darauf an, welchen Inhalt der Auftrag im übrigen hatte.

Die Redaktion billigt diese Entscheidung und erachtet den gegenteiligen von Nußbaum, Kommissionsgeschäfte an ausländischen Terminbörsen, LeipzZ. **12** 337—346, in Polemik gegen **RG.** I. BankA. **10** 317 vertretenen Standpunkt für unzutreffend.

Ihn rechtfertigt nochmals gegen diese Polemik und die vorstehende Entsch. **RG.** II. BankA. **11** 263 f. Nußbaum, Nochmals die Kommissionsgeschäfte an ausländischen Terminbörsen, LeipzZ. **12** 834—836.

3. **RG.** BankA. **11** 62 f. Anteile von GmbH. sind im Sinne des § 400 HGB. weder Waren noch Wertpapiere. Ein auf Beschaffung des Verfügungsrechts über solche Anteile gerichteter Kommissionsauftrag kann daher mit Zustimmung des Kommittenten durch Selbsteintritt auch dann ausgeführt werden, wenn die Anteile einen Börsen- oder Marktpreis nicht haben. Der Formvorschrift des § 15 GmbHG. ist ein solcher Auftrag auch beim Selbsteintritte des Kommissionärs nicht unterworfen.

§ 406. **RG. 78** 298—302, JW. **12** 545 f. Nr. 26. Der sog. Aufführungsagenturvertrag, der sich dadurch vom Verlagsvertrag unterscheidet, daß bei diesem die Vervielfältigung, Vertreibung und Verwertung des Werkes für Rechnung des Verlegers, bei ersterem dagegen für Rechnung des Autors erfolgt, unterliegt dem Rechte des handelsrechtlichen Kommissionsgeschäfts (§ 406 Abs. 1 HGB.). Für ihn sind hiernach die Vorschriften des HGB. und subsidiär die des BGB. maßgebend. Die in einem derartigen Vertrag enthaltene Bestimmung, wonach Vertragsverletzungen des einen Teiles den anderen nur zu einer Vertragsstrafe berechtigen, während der Vertrag für die ganze Dauer des urheberrechtlichen Schutzes fortzubestehen hat, ist als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 407. Marcus, Zur rechtlichen Natur des Speditionsvertrags, HoldheimsMSchr. **11** 243. Wie das Lager- und Frachtgeschäft fällt auch der Speditionsvertrag unter die Kategorie der handelsrechtlichen Werkverträge. Unrichtig ist die Auffassung von Ritter in seinem Kommentar, daß das Speditionsgeschäft als Dienstmiete anzusehen sei. Auch eine Vertragsverbindung im Sinne der Lehre von Enneccerus kann nicht in Frage kommen.

§ 408. 1, **RG.** LeipzZ. **11** 703, EisenbE. **28** 220. Der Spediteur hat seiner Sorgfaltspflicht genügt, wenn er das ihm zur möglichst schleunigen Spedition über See übergebene Gut mit einem Dampfer verfrachtet hat, bei dem eine Verzögerung der Abfahrt sich nicht erwarten ließ. Er ist nicht verpflichtet, sich besondere Sicherheiten gewähren zu lassen.

2. **RG.** JW. **12** 804. Eine Mitverantwortung für Versehen, deren sich der Frachtführer oder Verfrachter bei der Ausführung der Beförderung schuldig macht, trifft den Spediteur — abgesehen von dem Falle des § 413 HGB. — nicht. Von Unterspedition kann man nur sprechen, wenn der Spediteur die Besorgung der ihm aufgetragenen Versendung einem anderen Spediteur überträgt. Der Verfrachter wird dadurch, daß er einen Teil der Beförderung von einem anderen bewirken läßt, nicht Unterspediteur.

3. EisenbE. **28** 100 (ÖstVerwaltGG.). Eine Überwälzung der dem Spediteur auferlegten Zollstrafe auf den Versender kann mit Berechtigung nur dann stattfinden, wenn dieser nach den gesetzlichen Bestimmungen zum Ersatze des dem Spediteur durch die Bezahlung der Zollstrafe erwachsenen Schadens verpflichtet wäre. Es müßte also in erster Reihe vorliegen, daß der Versender den Schaden irgendwie

verschuldet hat. Ein Verschulden des Versenders ist aber ausgeschlossen, da die Deklarierung der Ware Sache des Spediteurs war. Dagegen Senckpiehl, EisenbE. 28 375. Vgl. auch **RG.** JDR. **10** 655.

§ 410. OLG. **24** 197, HansGZ. **11** Hptbl. 309 (Hamburg). Wenn ein Spediteur infolge Ausführung der für die Verzollung notwendigen Handlung eine Zollstrafe bezahlen muß, so kann er von seinem Auftraggeber deren Erstattung verlangen, es sei denn, daß er selbst durch Vernachlässigung der Pflichten eines ordentlichen Spediteurs die Strafe verwirkt hätte. Eine solche Vernachlässigung ist aber nicht anzunehmen, wenn er die Ware unter der Bezeichnung zur Verzollung anmeldet, unter der sie ihm übersandt worden ist. Wenn ihm auch bekannt geworden ist, daß sein Auftraggeber noch keine Erfahrung über die Verzollung der betreffenden Ware besitzt, so braucht er hieraus doch, wenn sonst keine Zweifel an der Richtigkeit der Warenbezeichnung bestehen, keinen Anlaß zu nehmen, die Ware als Akzidenzien, d. h. als Ware unbekannter Qualität und unbekannten Gewichts zu deklarieren.

§ 414. Abs. 2. Gorden, EisenbE. 28 134. Aus der Normierung des Beginns der Verjährung bei Verlust des Gutes mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen, kann nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß die einjährige Verjährungsfrist nur dann in Betracht komme, wenn das Gut auf dem Transport in Verlust geraten ist, nicht aber dann, wenn bei Ablieferungshindernissen das Gut erst nach dem vorbezeichneten Tage in Verlust gerät.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

Literatur: Marcus, Neue Geschäftsbedingungen im Lagerungsgeschäft, HoldheimsMSchr. **12** 14. — Senckpiehl, Der Verkehr mit dem Lagerhaus und die dabei üblichen Urkunden, GoldschmidtsZtschr. **69** 461. — Derselbe, Aufbewahrung und Erhaltung des Lagergutes, EisenbE. **28** 142.

1. Marcus aaO. teilt den vom Vereine deutscher Spediteure E. V. aufgestellten Normallagerschein nebst allgemeinen Lagerbedingungen unter Anschließung einer kurzen Besprechung mit.

2. Senckpiehl, GoldschmidtsZ. **69** 461, erörtert die rechtliche Bedeutung der im Verkehre mit dem Lagerhaus üblichen Urkunden, des Anmeldescheins, des Lagerempfangsscheins und der mit ihm verwandten Urkunden, des Lagerempfangsscheins mit der Präsentationsklausel und mit der hinkenden Inhaberklausel sowie weiterer Abarten des Lagerempfangsscheins, der Lagerscheine und der Lagerschuldscheine sowie der Lagerscheine nach § 363 Abs. 1 HGB., des Arbeitsauftrags und des Bestands- und Kostenverzeichnisses, ferner die Übertragung des Besitzes am Lagergute sowie die Bedeutung der Abmeldescheine und Bezugsscheine.

§ 416. OLG. **24** 201, BreslauAK. **12** 4 (Breslau). Ein Lagervertrag im Sinne des § 416 liegt nur dann vor, wenn „Lagerung und Aufbewahrung" von Gütern übernommen wird. Wird nur ein Raum zur Verfügung gestellt, die Sorge für die Aufbewahrung aber nicht übernommen, so kommt ein Lagervertrag nicht zustande. Voraussetzung ist also, daß der Besitzer des Lagerraums auch unmittelbarer Besitzer der eingebrachten Waren wird; denn nur, wenn ihm die Verfügungsgewalt über das eingelagerte Gut zusteht, rechtfertigt sich seine weitgehende Haftung für dessen Beschädigung und Verlust.

§ 417. 1. Senckpiehl, EisenbE. 28 142. Die Aufbewahrungspflicht des Lagerhalters bedeutet, dem Gute einen Schutz gegen äußere Einflüsse gewähren, soweit nach guter Geschäftsübung allgemein ein solcher Schutz für ein Gut als erforderlich erachtet wird, also vor allem Schutz gegen Feuers- und Diebstahlsgefahr sowie gegen Einflüsse der atmosphärischen Feuchtigkeit. Sie begreift dagegen nicht die „Erhaltung" des Gutes, d. h. den Schutz des Gutes gegen die in seiner Natur selbst begründeten Gefahren, z. B. gegen inneren Verderb, Schwund, Verdunstung,

Selbstentzündung usw., wozu nicht ein bloßes Aufbewahren genügt, sondern eine besondere sachkundige Tätigkeit erforderlich ist, die bei jeder Ware ihrer besonderen Natur entsprechend verschieden ist.

2. EisenbE. **28** 429 (Hamburg). Die Haftung des Lagerhalters erstreckt sich auch auf wertvolle zum Umzugsgut gehörige Gegenstände, wenn der Lagerhalter aus den Umständen entnehmen mußte, daß es sich bei den eingelagerten Sachen um Umzugsgut handelte. Dagegen umfaßt seine Haftung nicht dem Umzugsgute beigepackte Schmucksachen und besondere Kostbarkeiten, da solche nach den Regeln des Verkehrs nicht mit anderen Hausstandssachen allgemein verpackt zu werden pflegen, sondern unter besonderen Verschluß genommen werden.

§ 424. **RG. 78** 149, SeuffA. **67** 152, HansGZ. **12** Hptbl. 141. Ein auf den „Inhaber oder Ordre" ausgestellter Lagerschein ist als Schuldverschreibung auf den Inhaber anzusehen. Der Zusatz „oder Ordre" steht dem nicht entgegen. Das Indossament auf einem Lagerscheine, der nicht von einer staatlich zur Ausgabe von Lagerscheinen ermächtigten Anstalt ausgegeben wurde, hat die Bedeutung einer Zession des Anspruchs. Die Ausstellung eines derartigen Lagerscheins ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin auszulegen, daß übereinstimmender Vertragswille dahin bestand, die Ware sollte nur gegen Rückgabe des Lagerscheins ausgehändigt werden (vgl. JDR. **12** 657).

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Literatur: Gordan, Verjährung der Ansprüche des Absenders aus dem Frachtvertrage, EisenbE, **28** 134. — Gutschow, Verhältnis der Deliktshaftung zur Vertragshaftung im Frachtverkehr, HoldheimsMSchr. **12** 164. — Reichel, Eintritt des Empfängers in die Frachtlohnschuld, R. **11** 574. — Schleyer, Ist für das Frachtrecht zwischen frankierten und unfrankierten Sendungen zu unterscheiden? HoldheimsMSchr. **12** 172.

§ 425. SeuffA. **67** 157 (Kiel). Ein Vertrag, in dem sich ein Fuhrunternehmer verpflichtet, gegen einen bestimmten, nach der Stunde zu berechnenden Preis dem Vertragsgegner sein Fuhrmaterial für die Zeit, für welche er davon Gebrauch machen will, zur freien Verfügung zu stellen, ist kein Frachtvertrag, sondern ein aus Sachmiete und Dienstvertrag gemischtes Geschäft.

§ 429. 1. Gutschow, HoldheimsMSchr. **12** 164. Soweit ein Anspruch aus dem Frachtvertrage besteht, beseitigt er einen konkurrierenden Deliktsanspruch (ebenso OLG. Hamburg, aM. **RG.** HansGZ. **12** Nr. 22). Der von unerlaubten Handlungen handelnde 25. Titel des BGB. will, wie alle analogen Gesetzesbestimmungen nur da zur Anwendung kommen, wo es sich um den Schutz der Rechtssphäre außerhalb eines Vertragsverhältnisses handelt. Wo aber ein Vertragsverhältnis besteht, da regeln sich die Rechtsverhältnisse der an ihm Beteiligten, der Vertragschließenden selbst wie ihrer Auftraggeber oder Erfüllungsgehilfen zueinander ausschließlich nach den für das betreffende Vertragsverhältnis geltenden gesetzlichen oder vereinbarten Bestimmungen.

2. **RG.** JW. **12** 250, HansGZ. **12** Hptbl. 129. Dem Frachtführer, dem irgendwo auf der Reise ein Unfall zustößt, kann nicht allemal auch der Beweis aufgebürdet werden, daß er sich ohne Schuld an der Unfallstelle befand. Hierzu kann höchstens Anlaß vorliegen, wenn eine Abweichung von dem normalen Reiseweg in Frage steht, nicht aber, wenn die vereinbarte Frachtreise auf dem gewöhnlichen Wege zurückgelegt worden ist.

§ 431. **RG. 78** 380, JW. **12** 582. Der Kahneigner hat dem Befrachter gegenüber für ein Verschulden des Schleppers, in dessen Schleppzug er sich eingestellt hat, nicht aufzukommen; denn der Schlepper ist nach § 431 ebenso wie nach § 278 BGB. nicht zu den Leuten zu rechnen, deren sich der Kahneigner bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Nicht der Schlepper tritt in den Machtbereich und unter die

Aufsicht des Kahneigners, sondern umgekehrt dieser unter das Kommando des Schleppers.

§ 436. *Reichel, R. **11** 574. § 436 statuiert eine gesetzliche Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme) in Ansehung der Frachtlohnschuld. Folge: Anwendbarkeit der §§ 422—426 BGB. (Anders § 625 HGB.).

§ 437. Abs. 2. Gordan, EisenbE. **28** 134. Die Worte des Gesetzes „oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen" gestatten dem Frachtführer nicht, das Gut durch Abschließung eines selbständigen Lagerungs- oder Aufbewahrungsvertrags mit sich selbst bei sich zur Aufbewahrung zu bringen. Aber selbst wenn man ihm die Befugnis der Lagerung bei sich selbst zugesteht, so geschieht diese noch auf Grund des ursprünglichen Frachtvertrags.

§ 438. Schleyer, HoldheimsMSchr. **12** 172. Die bei Frankosendungen im voraus geleisteten Zahlungen reichen nicht aus, um im Verein mit der Abnahme die Ansprüche aus dem Frachtvertrage zum Erlöschen zu bringen. Die Vorschrift des § 438 findet somit auf Frankosendungen keine Anwendung.

§ 439 vergl. § 414.

§ 442. EisenbE. **28** 66 (KG.). In dem rechtzeitigen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist eine gerichtliche Geltendmachung des Pfandrechts im Sinne des § 442 HGB. zu sehen, jedenfalls dann, wenn daraufhin die einstweilige Verfügung ergeht.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf Eisenbahnen.

Literatur: Bäseler, Die rechtliche Natur der Eisenbahnverkehrsordnung. — Blindow, Die Giltigkeit der Bestimmungen der vom Bundesrate beschlossenen Verkehrsordnung für die deutschen Eisenbahnen. — Boethke, Die Haftung der Eisenbahn für Reisegepäck, GesuR. **13** 466. — Brünell, Verzinsung der zu viel erhobenen Fracht im Falle eines ausländischen Transports, LeipzZ. **11** 694. — Calmar, Der Artikel 41 des Int. Üb. im Lichte der französischen Rechtsprechung, Eisenb. E. **28** 263. — Derselbe, Die totgeborenen Institutionen des Int. Üb. über den Eisenbahnfrachtverkehr, LeipzZtschr. **12** 177. — Eger, Die Beschränkung der Höhe des Schadensersatzes durch den Tarif nach § 89 der deutschen Eisenbahn-Verkehrsordnung (§ 89 des österr. Eisenbahn-Betriebsreglements), EisenbE. 28 14. — Derselbe, Die Haftung des Absenders für die Angaben im Frachtbriefe nach § 57 der deutschen Eisenbahn-Verkehrsordnung (§ 57 des Österr. und Ungar. Eisenbahn-Betriebsreglements), EisenbE. **28** 144. — Grünebaum, Privatanschlüsse an Eisenbahnen und die Rechtsprechung des Reichsgerichts hierüber, EisenbE. **28** 1. — Hellmann, Die Haftung der Eisenbahn für Kostbarkeiten in Gepäckstücken, die den eisenbahnseitig bestellten Gepäckträgern übergeben worden sind, EisenbE. 28 8. — Koban, Die Haftung der Schlafwagenunternehmungen nach österreichischem und deutschem Recht. — Krieger, Die Haftpflicht der Eisenbahn bei Bruchschäden an Dachziegeln und Dränröhren. — Sauter, Die Rechtsfolgen bei Überschreitung des zulässigen festen Radstandes und Raddrucks des Querschnitts und Lademaßes bei Güterwagen, EisenbE. **28** 378. — Schleyer, Ist für das Frachtrecht zwischen frankiertem und unfrankiertem Gut zu unterscheiden? HoldheimsMSchr. **12** 172. — Vollrath, Die Haftung der Eisenbahn für Fehler im Fahrplan, EisenbE. **28** 23. — Winkler, Internationale Transporte mit vorschriftswidrigen Frachtbriefen, ZtschrfdInt. EisenbTr. **12** 102.

§ 453. Grünebaum, EisenbE. **28** 1 führt gegen **RG. 58** 264 und Laband aus, daß der Vertragszwang auch bei Bestehen eines Anschlußgleises sich nur auf die Station bezieht. Alles weitere, sei es die Beförderung und Abholung der Wagen zum und vom Werkhofe, sei es die Duldung der Weiterführung der Wagen und ihre Be- und Entladung auf dem Werkhofe, beruht auf dem rein privatrechtlichen Anschlußgleisvertrag, der auch gegen die Bahn fortwährend Einzelansprüche erzeugt. Dies gilt sowohl für den Fall, daß der Anschlußinhaber selbst den Anschluß betreibt als auch für den, daß die Bahn der Betriebsführer auf dem Anschluß ist. Deshalb können auch für die Ansprüche aus dem Vertrage, Schadensersatz wegen

Nichterfüllung nicht die §§ 453 ff. HGB. maßgebend sein, sondern abgesehen von den Vereinbarungen die Bestimmungen des HGB. insbesondere über das Frachtgeschäft §§ 425 ff. und sonst das BGB.

§ 456. 1. **RG.** SeuffBl. **12** 287. Allein entscheidend für die Vollendung der Ablieferung ist, daß die Eisenbahn den Gewahrsam über das Gut (die custodia), die mit der Pflicht der Beförderung den wesentlichsten Inhalt des Frachtvertrags ausmacht, aufgegeben hatte. Wo die Aufgabe vor sich geht, ist gleichgültig. Bei Wagenladungsgütern erfolgt sie in der Regel auf den Entladeplätzen und in den Abfertigungsräumen, also innerhalb des dem Bahnverkehr dienenden Rayons. Unerheblich für den Begriff der Ablieferung ist die Aushändigung oder Nichtaushändigung des Frachtbriefs. Seine Aushändigung ersetzt weder für sich allein die Ablieferung, noch bildet sie deren notwendige Voraussetzung.

2. **RG.** EisenbA. **12** 1623. Wenn der Transport nach dem Bestimmungsort eine Beschädigung oder Entwertung des Gutes zur Folge hat, indem z. B. Vieh in den Verdacht der Verseuchung gerät, so ist es Sache der Beteiligten, ihre Interessen rechtzeitig wahrzunehmen und der Eisenbahn entsprechende Anweisung zu erteilen. Für die Eisenbahn kann aus § 456 nicht die Verpflichtung hergeleitet werden, die Interessen der Beteiligten im Widerspruch mit dem erhaltenen Transportauftrag wahrzunehmen und sich dabei auf unbeglaubigte Angaben hin der Gefahr auszusetzen, für eine auftragswidrige Auslieferung des Gutes oder für eine Überschreitung der Lieferfrist verantwortlich gemacht zu werden.

3. EisenbE. **28** 59 (BezGfHandelsf. Wien). Die für die Eisenbahn allgemein bestehende Verpflichtung zur Reinigung der zur Verladung bereitzustellenden Wagen kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung vom Absender selbst übernommen werden. Eine solche stillschweigende Vereinbarung ist als vorliegend anzusehen, wenn der Absender in den bisherigen Fällen regelmäßig gegen die Bereitstellung ungereinigter Wagen keinen Einspruch erhoben, sondern die Wagen durch seine eigenen Leute hatte reinigen lassen. Wenn er entgegen dieser stillschweigenden Vereinbarung die Reinigung unterläßt und das Gut durch die Rückstände im Wagen Schaden erleidet, so fällt dem Absender ein Verschulden zur Last, das die Eisenbahn von der Haftung befreit.

§ 458. RG. JW. **12** 686. Um einen Zusammenstoß bei der Kreuzung von Zügen zu verhüten, reicht es nicht aus, daß das Dienstpersonal des einen Zuges, in dem sich der Reisende befindet, vorschriftsmäßig verfährt. Auch das Personal des anderen Zuges und die weiteren, mit Obliegenheiten dabei betrauten Personen haben hierzu mitzuwirken und gelten als Erfüllungsgehilfen des Unternehmers.

§ 459. Abs. 3. **RG.** LeipzZ. **12** 77, EisenbE. **28** 324, EisenbVereinsZ. **12** 1464. Die Eisenbahn haftet für das mangelhafte Ablöschen eines im Eisenbahnwagen ausgebrochenen Brandes, wenn sie auch für die Entstehung des Brandes nicht verantwortlich ist und für den ersten Brandschaden nicht aufzukommen hat.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 105 (Cassel). Wenn die Verladung von Stückgütern ohne in den Frachtbrief aufgenommene Vereinbarung von dem Absender selbst besorgt wird, so ist die Eisenbahn dadurch nicht der Verpflichtung überhoben, die Ordnungsmäßigkeit dieser Verladung zu überwachen und nachzuprüfen.

§ 465. Abs. 3. *Koban, Die Haftung der Schlafwagenunternehmungen nach österreichischem und deutschem Rechte s. bei § 701 Ziff. 5 BGB. Vgl. § 43 EisenbVerkO.

§ 466. PosMSchr. **11** 115 (Königsberg). Unzutreffend ist die Auffassung, daß die Bahn die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers niemals verletzt, wenn sie die Lieferfrist ausnutzt, und erst im letzten Augenblicke liefert. Ob die Bahn hierzu befugt ist oder ob ihr im Einzelfall eine schnellere Beförderung obliegt, ist vielmehr stets auf Grund der besonderen Umstände des Falles zu entscheiden. Die Bahn haftet, wenn die Verzögerung auf grober Fahrlässigkeit beruht. Ähnlich OLG.

Breslau, aM. Rundnagel und AppH. Amsterdam (s. zu Art. 39 IntÜb.). ➻ Letztere Auffassung ist zutreffend. Red. ➻

§ 471. EisenbVereinsZ. **12** 479 (LG. Nürnberg). Für Nichtbeachtung einer auf dem Frachtgut angebrachten Aufschrift „Nicht stürzen" ist die Eisenbahn nicht haftbar. Die Auffassung, daß die Eisenbahn durch die Annahme des Gutes sich dem Vermerk als einer Vertragsbestimmung unterworfen habe, ist nicht zutreffend. Die Aufschrift will nicht die Rechtsbeziehungen zwischen Verfrachter und Eisenbahn berühren, nicht die Haftung der letzteren erweitern, sondern stellt lediglich einen Wunsch an die Eisenbahn und ihr Personal dar, mit dem Gut schonend zu verfahren. Eine derartige Vertragsbestimmung würde überdies, da sie die Haftung der Bahn über die §§ 85—87 VerkO. hinaus erweitern würde, ungültig sein. Ob ein Schaden von dem Verfrachter oder von der Eisenbahn zu tragen ist, bestimmt sich unter Ausschluß des Parteiwillens nach den zwingenden Normen der Verkehrsordnung.

Eisenbahnverkehrsordnung.

Literatur: vgl. zu Absch. 7 HGB.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 5. EisenbVereinsZ. **12** 430 (ÖstObG.). Die Eisenbahn haftet für die unrichtige Auskunft eines ihrer Beamten, insbesondere dann, wenn diese darauf zurückzuführen ist, daß die Eisenbahnverwaltung die betreffende Station nicht mit einem neueren, der Sicherheit des Verkehrs entsprechenden Stationsverzeichnis ausgerüstet hatte.

§ 10. Vollrath, EisenbE. **28** 23. Die Eisenbahn haftet auf Grund von § 278 BGB., § 5 EisenbVerkO. für jeden Schaden, der durch schuldhafte Verletzung der Pflicht zur Veröffentlichung des Fahrplans entsteht.

II. Beförderung von Personen.

§ 15. EisenbE. **28** 166, EisenbA. **12** 505 (ÖstObG.). Die Schlafwagengesellschaft ist nicht befugt, im Falle der zur Schlafwagenbenutzung Berechtigte nicht schon auf der Abgangsstation, sondern erst unterwegs die Benutzung in Anspruch nimmt, den verkauften und reservierten Schlafwagenplatz beliebig weiter zu vergeben.

§ 26. Abs. 2. EisenbVereinsZ. **12** 510 (LG. Bromberg). Der Reisende hat gegen die Eisenbahn keinen Anspruch auf Schadensersatz, wenn er infolge eines, sei es auch durch Verschulden von Eisenbahnbediensteten herbeigeführten Zusammenstoßes, sein Reiseziel nicht rechtzeitig erreicht. Dies gilt auch für eine Kleinbahn, wenn nach deren Tarif die Eisenbahnverkehrsordnung für die Personenbeförderung gelten soll. Die Bestimmung des BGB. ist dann nicht anwendbar.

§ 28. Abs. 4. *Koban, Die Haftung der Schlafwagenunternehmungen nach österreichischem und deutschem Rechte s. bei § 701 BGB. Ziff. 5.

IV. Beförderung von Reisegepäck.

§ 35. Hellmann, EisenbE. **28** 8. Die Eisenbahn haftet für Kostbarkeiten in Gepäckstücken, die den eisenbahnseitig bestellten Gepäckträgern übergeben worden sind, nur unter den gleichen Voraussetzungen und in gleichem Umfange, wie bei aufgegebenem Reisegepäck, und demgemäß nur nach den einschränkenden Bestimmungen der §§ 456 ff. HGB., §§ 84 ff., 36, 37 EisenbVerkO. Der Reisende hat also auch dem Gepäckträger gegenüber alle für die Beförderung vorgeschriebenen Voraussetzungen zu erfüllen, um sich die Haftung der Eisenbahnverwaltung zu sichern. Er hat also insbesondere bei Gepäckstücken mit wertvollem Inhalte den Gepäckträger ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen.

§ 37. EisenbA. 12 1091 (Hamburg). Der durch Verspätung seines Gepäcks geschädigte Reisende hat die Pflicht, den Schaden gemäß § 254 Abs. 2 BGB. soweit als möglich zu mindern.

V. Beförderung von Expreßgut.

§ 43. EisenbVereinsZ. 12 429, EisenbE. 28 430 (LG. Karlsruhe). Die Vorschrift in Ziff. 4 der AllgAusfBest. zu § 43, wonach die Eisenbahn von jeder Haftung für den Verlust von Expreßgut befreit ist, wenn es nicht binnen 8 Tagen nach Ankunft des Zuges, womit die Beförderung erfolgt ist, auf der Bestimmungsstation abgefordert wird, ist rechtsungültig. Denn die Sondervorschrift des § 465 Abs. 1 HGB. ist nur für Reisegepäck festgesetzt, und ihre entsprechende Anwendung auf Expreßgut würde nur dann zulässig sein, wenn sie mit den Grundsätzen vereinbar wäre, die überhaupt für die Anwendung derartiger Sondervorschriften gelten. Demgemäß müßten die besonderen Umstände, auf denen gerade diese für Reisegepäck gegebene Sonderbestimmung beruht (Absender und Empfänger dieselbe Person, Kenntnis von Zeit des Abganges und der Ankunft usw.) in gleichartiger Weise auch bei Expreßgut vorliegen, was nicht zutrifft. Vgl. auch Reindl, EisenbE. **27** 259 ff. (JDR. **10** 661).

VIII. Beförderung von Gütern.

§ 54. 1. PosMSchr. **12** 41 (Königsberg). Ein Gegenstand, der nur für eine gewisse Zeit Ausbeutungswert hat, kann an und für sich als „Kostbarkeit" angesehen werden, wenn der Ausbeutungswert während der Beförderung vorhanden ist und auch die übrigen Begriffsmerkmale der Kostbarkeit vorliegen. Diese Voraussetzung trifft nicht zu bei Kinematographenfilms von 12 036 m Länge und 134 kg Gewicht im Werte von 10 300 M., da im Verhältnisse zu Umfang und Gewicht das Gut nicht besonders wertvoll ist. Auch als Kunstgegenstände sind sie nicht anzusehen, wenn nicht feststeht, daß die Photographien eine besonders künstlerische Behandlung erfahren haben.

2. EisenbE. 28 162 (OLG. Wien, bestätigt vom ÖstOG.). In Theorie und Praxis geht zwar die allgemeine Ansicht dahin, daß unter Kostbarkeiten solche Sachen zu verstehen sind, die im Verhältnisse zu ihrem Umfang oder Gewicht einen außerordentlichen und ungewöhnlich hohen Wert haben. Allein schon der gewöhnliche Sprachgebrauch spricht dagegen, jede Sache deswegen als Kostbarkeit anzusehen, weil sie teuer ist. Namentlich muß dieser Unterschied bei gewöhnlichen Handelswaren festgehalten werden, als welche Schmuckfedern jeder Art bezeichnet werden müssen, wenn sie nicht etwa mit Gold und Edelsteinen oder sonstigen edlen Metallen oder Perlen durchwirkt sind.

§ 60. EisenbE. 28 114 (UngTafel Budapest). Die bei Handelsgeschäften erforderliche Gutgläubigkeit verlangt, daß, wenn der Absender die Ausfolgung des Frachtbriefs fordert, um eine irrige Angabe richtig zu stellen, aus der für ihn ein Nachteil entstehen könnte, die Eisenbahn diesem Wunsche entspricht, wenn der Ausfolgung des Frachtbriefs keine größeren Schwierigkeiten entgegenstehen. Wenn also der Absender das Zurückfordern des Frachtbriefs damit begründet, daß er irrigerweise ein geringeres Gewicht als das wirkliche angegeben habe, und wenn er diese Erklärung vor Beginn des Transports und vor Aufdeckung der Unrichtigkeit der Gewichtsangabe durch die Eisenbahn abgab, so darf die Bahn einen Frachtzuschlag nicht berechnen.

§ 64. EisenbE. 28 325 (UngTafel Budapest). Ist das Gut zur Beförderung angenommen, aber nach Vereinbarung vorläufig eingelagert worden, so haftet die Eisenbahn auch hinsichtlich des während der Einlagerung entstandenen Schadens nach den Grundsätzen des Frachtvertrags. Eine Vereinbarung über den Beginn

der Lieferfrist nach Abs. 2 berechtigt die Bahn nicht, die Beförderung solange hinauszuschieben, daß das Gut während der Lagerung zugrunde geht; denn auch bei dieser Vereinbarung haftet die Bahn für die Sorgfalt des ordentlichen Frachtführers. Für den während der Beförderung erfolgten weiteren Verderb haftet die Bahn dann, wenn die Verladung in offenen Wagen den Verderb, der auch bei Beförderung in einem bedeckten Wagen eintreten kann, steigerte.

§ 66. Abs. 3. EisenbE. 28 188 (HanduWechsG. Budapest). Bei Gütern, die zwar im offenen Wagen, jedoch unter Decken zu befördern sind, kann die Eisenbahn für die von ihr beigestellten Decken die tarifmäßige Gebühr auch beanspruchen, wenn die Verwendung der Decken im Frachtbriefe nicht beantragt war.

§ 67. Ziff. 3. EisenbVereinsZ. **12** 1009 (ÖstObG.). Die Bestimmung betrifft lediglich diejenigen Güter, deren sofortige Abbeförderung möglich ist. Güter, die die Bahn in Ausübung des ihr eingeräumten Rechtes freiwillig zum Transport annimmt, obwohl deren sofortige Beförderung nicht möglich ist, sind von der Bestimmung solange ausgeschlossen, als die Beförderungsmöglichkeit fehlt.

§ 70. 1. EisenbE. 28 307 (BezGfHandelss. Wien). Ansprüche auf Rückerstattung zuviel erhobener Fracht haben nicht den Charakter einer condictio indebiti. Ein solcher Anspruch kann infolgedessen auch dann erhoben werden, wenn der die Mehrfracht Bezahlende die Unrichtigkeit der von der Bahn vorgenommenen Frachtberechnung erkannt hat.

2. EisenbE. 28 118, 403, EisenbVereinsZ. **12** 1573 (BezGfHandelss. Wien). Zinsen von reklamierten Mehrfrachtbeträgen beginnen keinesfalls später als vom Tage der Reklamation an, die als Mahnung anzusehen ist, zu laufen. Da die Empfangnahme der Fracht im Betriebe des Frachtgeschäfts der Bahn geschieht und dieses ein Handelsgeschäft ist, so ist auch die Empfangnahme der Fracht selbst Handelsgeschäft, und die Höhe der Zinsen richtet sich daher nach den handelsrechtlichen Bestimmungen.

§ 71. Abs. 1. EisenbE. 28 60 (HanduWechsG. Budapest). Die einjährige Verjährungsfrist läuft nicht von dem Tage der auf dem Frachtbrief erfolgten letzten Zahlung, sondern vom Tage derjenigen Zahlung ab, deren Rückerstattung im Reklamationswege verlangt wird.

§ 72. EisenbE. 28 62 (ÖstObG.). Der Absender einer mit Nachnahme belasteten Sendung ist nach bahnseitiger Auszahlung des Nachnahmebetrags berechtigt, die Einlagerung des Gutes auf Gefahr und Kosten des Empfängers zu vermuten, wenn er die Benachrichtigung erhält, daß der Empfänger das Gut nicht abgenommen habe, ohne daß erwähnt wird, daß ihm die Nachricht über den Eingang des Gutes nicht zugestellt werden konnte. Wird der bahnseitige Irrtum nicht richtig gestellt, das Gut aber veräußert, so hat die Bahn keinerlei Anspruch gegen den Absender,

§ 73. RG. EisenbA. **12** 1623. Viehbegleitern steht ohne besondere Vollmacht nicht die Befugnis zu, nachträgliche Verfügungen über die von ihnen begleitete Sendung zu treffen. Die Eisenbahn darf solche Verfügungen nicht beachten, da die Pflicht zur Obhut des ihr zum Zwecke des Transports anvertrauten Gutes insbesondere auch die Pflicht der Eisenbahn einschließt, Verfügungen Unberechtigter über das Gut nicht zuzulassen. Es ist auch nicht Sache der Eisenbahn, sondern Sache der Leute des Absenders oder des Empfängers, eine Weisung des Verfügungsberechtigten einzuholen.

§ 75. Abs. 7. EisenbE. 28 105 (HG. Wien). Wenn die Eisenbahn behauptet, daß für die Dauer einer ohne ihr Verschulden eingetretenen Betriebsstörung der Lauf der Lieferfrist ruhte, so muß sie beweisen, daß und inwiefern gerade der Transport des fraglichen Gutes von der Betriebsstörung beeinflußt wurde, und daß die Verspätung in dem tatsächlich eingetretenen Ausmaße nicht vermieden werden konnte.

§ 76. Abs. 1. 1. **RG.** EisenbE. 28 425, EisenbVereinsZ. **12** 1464. Wenn die Leute des Empfängers einer von der Eisenbahn geduldeten Gepflogenheit ent-

sprechend einen Teil der Sendung bereits abgeladen haben, bevor die Nachzählung der Stücke und die Quittierung des Frachtbriefs erfolgt ist, so ist gleichwohl die Ablieferung als geschehen anzusehen. Denn die tatsächliche Gewalt, der Gewahrsam über das Gut, ist damit von der Eisenbahn auf den Empfänger übergegangen.

2. EisenbE. **28** 285, EisenbVereinsZ. **12** 714 (HanduWechsG. Budapest). Der Eisenbahn fällt keine Ersatzpflicht zur Last, wenn sie dem Empfänger am Bestimmungsort vor Einlösung des Frachtbriefs die Besichtigung des Gutes gestattet und dieser infolgedessen die Abnahme verweigert. Die Verkehrsordnung enthält ein diesbezügliches Verbot nicht.

3. Abs. 4. SächsRpflA. **11** 158, EisenbE. **28** 69 (LG. Dresden). Der Empfänger einer Bahnfrachtsendung, der vor Aushändigung der Sendung und des Frachtbriefs an ihn die Bahn anweist, die Sendung an einen anderen Ort weiter zu befördern, dort aber die Annahme der Sendung ablehnt, hat die durch den gesamten Transport erwachsenen Frachtkosten der Bahn gegenüber zu tragen. Denn wenn im Abs. 4 § 76 der Empfänger durch die Annahme des Gutes und des Frachtbriefs für verpflichtet erklärt wird, nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten, so ist damit nicht gesagt, daß nur unter diesen Voraussetzungen eine Zahlungspflicht des Empfängers gegenüber der Eisenbahn begründet sei. Solche kann vielmehr auch aus sonstigen Rechtsbeziehungen des Empfängers zur Eisenbahn hergeleitet werden, insbesondere aus Anweisungen des Empfängers, die dahin gedeutet werden müssen, daß er den Frachtbrief als abgeliefert und das Gut als übergeben gelten lassen wolle, obwohl die Eisenbahn an beiden Gegenständen tatsächlich noch den Gewahrsam hat.

§ 81. Abs. 3. 1. EisenbE. **28** 411 (ÖstObG.). Solange das nicht abgenommene Gut nicht tatsächlich verkauft ist, ist die Eisenbahn verpflichtet, alle in ordnungsmäßiger Form erfolgten nachträglichen Verfügungen des Absenders zu vollziehen.

2. EisenbVereinsZ. **12** 935 (UngTafel Budapest). Die Eisenbahn ist nicht berechtigt, bei Beförderungshindernissen und mangelnder Verfügung der Beteiligten Wagenstandgeld zu erheben, wenn sie das Gut, anstatt es einzulagern, im Wagen beläßt.

3. Abs. 4. SeuffA. **66** 329, EisenbE. **28** 186 (München). Jedes der unter a und b normierten Verkaufsrechte ist nach seinen Voraussetzungen selbständig zu beurteilen. Das Verlangen, daß die Eisenbahn wegen der Möglichkeit der Einlagerung bei einem Spediteur den Verkauf hätte unterlassen sollen, ist somit hinfällig, wenn die Voraussetzungen unter b vorliegen. Die Möglichkeit der Vermeidung eines Wertverlustes durch besonders qualifizierte Lagerung schließt nicht aus, das Erfordernis einer Wertminderung durch längeres Lagern als gegeben anzusehen. Denn die Herbeiführung der besonders qualifizierten Lagerung kann der Bahn nicht zugemutet werden. Das Verlangen, eigene berechtigte Interessen hintanzusetzen oder im Interesse des Verfrachters Nachforschungen nach einem geeigneten Raume anzustellen, die weder einfach noch schlechterdings erfolgversprechend wären, enthält eine Überspannung der Vertragspflichten der Eisenbahn.

4. Abs. 6. Vgl. § 72.

§ 82. EisenbE. **28** 345, EisenbVereinsZ. **12** 641 (Ung. Kurie). Durch den Unterschied des Gewichts bei der Verwiegung auf der Versand- und Empfangsstation ist der Verlust festgestellt, es sei denn, daß eine Verwiegung nachweislich unrichtig war. Durch die Unterzeichnung des Tatbestandsprotokolls erkennt der Empfänger nur die Feststellung des Mankos, nicht die Schadensursache an.

§ 84. 1. EisenbE. **28** 391, EisenbVereinsZ. **12** 1512 (Dresden). Für die Beschädigung des Frachtguts durch Funkenflug während der Verladung durch den Absender ist die Eisenbahn haftpflichtig, wenn sie ihre Verpflichtung, die Verladeeinrichtungen, soweit es nach den Bahnverhältnissen üblichermaßen geschehen und

billigerweise erwartet werden kann, in zweckentsprechender Art zu gewähren, verletzt hat. Dies muß der Reklamant beweisen.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 321 (HanduWechsG. Budapest). Die Haftung der Eisenbahn für das Gut endet mit dem Zeitpunkte der Ablieferung. Diese erfolgt bei Wagenladungsgütern mit der Zurverfügungstellung des Wagens an den Empfänger. Dadurch, daß die Partei das nicht ausgeladene Gut zurückläßt, ohne daß von der Bahn irgendeine Erklärung erfolgt oder ein Verhalten gezeigt worden wäre, woraus auf eine Absicht auf Übernahme oder Bewachung gefolgert werden könnte, kommt ein Verwahrungsvertrag nicht zustande.

§ 86. 1. Abs. 1 Ziff. 2 u. 4. EisenbE. 28 52 (LG. Schwerin). Gußeiserne Fenster fallen unter den Begriff der eine Verpackung bedürfenden und zerbrechlichen Güter im Sinne von § 86 Abs. 1 Ziff. 2 u. 4 EisenbVerkO.

2. Ziff. 3. EisenbE. 28 185 (KG.). Die Vereinbarung, daß die Verladung des Gutes durch den Absender besorgt werden solle, liegt in einem Vermerke des Frachtbriefs „Im offenen Wagen mit Decke verladen". Dies gilt insbesondere dann, wenn der Absender vor der Anlieferung des Gutes bei der Eisenbahn einen zu seiner Aufnahme geeigneten Wagen bestellt. Die Erklärung „Beiladung gestattet" dient lediglich dazu, die Anwendung des Stückgutsatzes zu sichern.

3. Ziff. 4. EisenbE. 28 46 (ÖstObG.). Glaszifferblätter gehören auch bei vollständig sachgemäßer Verpackung zu den vermöge ihrer eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr des Bruches ausgesetzten Gütern. Bei der Beurteilung, ob der Schade aus dieser besonderen Gefahr entstanden sein kann, ist zwar auf ganz entfernte, außerhalb des Bereichs aller Wahrscheinlichkeit liegende Möglichkeiten kein Bedacht zu nehmen. Die Voraussetzungen der im § 86 Abs. 2 aufgestellten Vermutung liegen aber beispielsweise auch dann schon vor, wenn ein ordnungsmäßig verpacktes Gut der in Rede stehenden Art zwar regelmäßig etwa in 95 pCt. aller Fälle den Transport gut besteht, möglicherweise aber doch in einzelnen Fällen durch die Erschütterung beim normalen Transport, insbesondere beim An- und Abfahren, bei Kurven und Wechseln, Schaden nimmt.

4. Ziff. 5. **RG.** LeipzZ. **5** 390, EisenbE. 28 67, HoldheimsMSchr. **11** 102. Die Behauptung, bei der Beförderung von Pferden, Schweinen und Hunden bestehe keine besondere Transportgefahr, steht im Widerspruche mit der Grundanschauung, von der § 86 Abs. 1 Ziff. 5 EVO. ausgeht. Der Nachweis eines Verschuldens der Eisenbahn kann nicht ohne weiteres aus der Tatsache hergeleitet werden, daß die Verletzung der Tiere durch Rangierstöße verursacht worden ist.

5. Ziff. 6. EisenbE. 28 202 (ÖstObG.). Die Bahn haftet nicht für solche Transportgefahren, die mit der Beförderung von Tieren infolge von in diesen selbst gelegenen Gefahrelementen verbunden sind. Der Drang in die Freiheit ist ein solches Ge far-element. Wenn ein ungenügend verwahrter Hund von den Bahnbediensteten in fohe anderweiter Inanspruchnahme einige Minuten außer unmittelbarer Obacht gelassen wurde, so liegt darin keine Außerachtlassung der der Bahn als Frachtführer obliegend en Sorgfalt.

6. EisenbE. 28 163 (ÖstObG.). Ist der Schaden an den beförderten unbegleiteten Tieren durch Verschulden der Eisenbahnbediensteten entstanden, so ist die Eisenbahn haftpflichtig. Es kommt nicht darauf an, daß unter Umständen vielleicht ein tüchtiger, erfahrener vorsichtiger Begleiter das ungeschickte, sachwidrige Verhalten der Bahnbediensteten hätte verhindern können, sondern maßgebend bleibt, daß Handlungen und Unterlassungen vorgefallen sind, die auch ohne Begleitung der Tiere vermieden werden konnten und daher trotz des Mangels der Begleitung nicht vorkommen durften. ➸ Die Entscheidung kann unter der Voraussetzung als zutreffend bezeichnet werden, daß nicht jedes sachwidrige Verhalten der Bahnbediensteten als schuldhaft gelten darf. Denn das Erfordernis der Begleitung soll gerade die Bahn von der Verpflich-

tung befreien, selbst unterwegs entscheiden zu müssen, welche Maßnahme sachdienlich ist, was selbst für Personen, die regelmäßig mit Tieren umgehen, oft sehr schwer ist. Red. ←

7. Abs. 2. OLG. **24** 203, PosMSchr. **11** 156 (Königsberg). Die Haftbefreiungsgründe nach Ziff. 1 können beseitigt werden entweder durch den Nachweis, daß nach den Umständen des Falles der Schaden aus der betreffenden Gefahr nicht entstehen konnte, oder durch den Nachweis, daß der Schaden durch Verschulden der Eisenbahn entstanden ist.

8. EisenbE. **28** 107, EisenbVereinsZ. **12** 696 (ÖstObG.). In dem Ausschlusse des eigenen Verschuldens der Partei und in der allgemeinen Zurückführung der Beschädigung auf eine Unvorsichtigkeit oder Böswilligkeit, ohne daß konkret diese die Beschädigung bewirkende Handlung und die Person des Beschädigers bezeichnet wird, kann eine Widerlegung der Vermutung nicht erblickt werden. Die Vermutung greift nur dann nicht Platz, wenn durch Konkretisierung der Beschädigung nach ihrem Grunde und nach der Person des Schädigers das Verschulden der Eisenbahn an dem Schaden nachgewiesen ist.

9. Ziff. 3. EisenbE. **28** 435 (UngTafel Budapest). Die Eisenbahn kann nicht ständig solche Einrichtungen bereit halten, die ermöglichen, daß der Bahntransport auf jeder einzelnen Station auch unter außergewöhnlichen Verkehrsverhältnissen in derselben Weise und geradeso ungehindert ausgeführt werden kann, wie es unter normalen Zuständen geschieht. Eine Unterlassung in dieser Hinsicht ist der Bahn nicht ohne weiteres als Verschulden anzurechnen.

10. EisenbE. **28** 343 (ÖstObG.). Bei unbegleiteten Tiersendungen hat die Eisenbahn neben der Verpflichtung, die Tiere gegen tarifmäßige Gebühr zu tränken, noch weiterhin bei außerordentlichen, vom Absender nicht voraussehbaren Vorkommnissen dem Gute die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns insoweit angedeihen zu lassen, als unter normalen Verhältnissen der Absender gegen die Transportgefahren Vorsorge zu treffen gehabt hätte.

11. EisenbE. **28** 73 (HG. Wien). Die Verwendung eines sog. Kastenwagens für die Beförderung von lebendem Geflügel in Kisten stellt sich nicht als Verschulden der Eisenbahn dar.

12. EisenbE. **28** 63, EisenbVereinsZ. **12** 696 (HanduWechsG. Budapest). Das Öffnen der Fenster des Eisenbahnwagens, der eine vom Absender verladene Mostsendung enthält, obliegt dem Absender. Der Bahn fällt mithin kein Verschulden zur Last, wenn sie das Gut mit geschlossenen Fenstern beförderte und dies das Bersten eines Mostfasses zur Folge hatte.

§ 89. Abs. 2. Eger, EisenbE. **28** 14, führt aus, daß die Bestimmung im Abs. 2 nicht der Absicht und dem Wortlaute des zugrunde liegenden § 462 Abs. 1 HGB. entspreche. Denn in unverkennbarem Gegensatze zu § 461 Abs. 1 HGB., der den Eisenbahnen die Festsetzung eines Höchstbetrags in Ausnahmetarifen bei Gütern im allgemeinen überläßt, verordne § 462 Satz 1 ausdrücklich, daß die EisenbVerkO. selbst zu bestimmen habe, inwieweit die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden könne. Die Eisenb. VerkO. begnüge sich jedoch damit, diese Bestimmung den Eisenbahnen in ihren Tarifen zu überlassen. Eine derartige Delegation einer der EisenbVerkO. selbst eingeräumten Befugnis auf die Eisenbahnen erscheine nicht statthaft. Übereinstimmend Hertzer, Komm. z. EisenbVerkO.; aM. Rundnagel, Haftung d. Eisenb. (2) 207, Makower, HGB. 1600.

§ 90. EisenbE. **28** 395 (ÖstObG.). Nach Ablauf der 30 tägigen Frist können die Interessenten das Gut unter allen Umständen als verloren betrachten und die Annahme bei nachträglicher Auffindung verweigern.

§ 94. EisenbE. 28 207 (HG. Wien). Die Eisenbahn ist als ordentlicher Frachtführer verpflichtet, alles aufzuwenden, um die Güter, insbesondere solche, die leicht dem Verderben unterliegen, unbeschädigt an den Bestimmungsort gelangen zu lassen. Liegt ein Verschulden ihrer Organe vor, so haftet sie nach § 86 Abs. 3 für den kausalen Sachschaden, ohne Rücksicht darauf, ob die Lieferfrist eingehalten wurde oder nicht. ➠ Den Ausführungen des Erkenntnisses kann nicht beigetreten werden. Die Eisenbahn haftet in solchen Fällen vielmehr nur dann, wenn das Verschulden ihrer Organe in anderen Tatsachen als lediglich der Verzögerung des Transports besteht, z. B. wenn eine Buttersendung verzögert und dabei schuldhaft den Strahlen der Sonne ausgesetzt wird und hierdurch verdirbt. Ist die Lieferfrist innegehalten, so ist kein Ersatzanspruch gegeben, auch wenn die Beförderung durch Verschulden der Bahn länger dauerte als gewöhnlich. Red. ⟵

§ 95. EisenbE. 28 171 (ÖstObG.). In dem Außerachtlassen der durch die Bahnvorschriften ausdrücklich eingeschärften Vorsicht bei Aufstellung und Verschiebung der Wagen liegt ein grobes, von der Eisenbahn zu vertretendes Verschulden ihrer Organe. Gemäß § 5 kann eine Beschränkung der Haftung der Bahn auf culpa in eligendo nicht in Frage kommen.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr.

Literatur: Vgl. zu Abschnitt 7 HGB.

1. H. W., ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 151, führt aus, daß der Inhalt aller im IntÜ. ohne Verweisung auf das Landesrecht enthaltenen Rechtsbegriffe auf dem Wege der Auslegung vom Richter zu bestimmen ist. Unzutreffend sei die Auffassung des RG., daß hierfür die Grundsätze des Internationalen Privatrechts zur Anwendung zu kommen hätten, wonach für die Bestimmung des Rechtsbegriffs maßgebend sei das Recht des Staates, in welchem sich der den Klaganspruch erzeugende Tatbestand abgespielt habe.

2. Calmar, LeipzZ. **12** 177, führt aus, daß gewisse Bestimmungen des IntÜb. infolge ihrer Unanwendbarkeit nicht zur Geltung gelangen können. Als solche „totgeborene Institutionen" zählt er auf: 1. das Instradierungsrecht des Absenders und das Recht der Eisenbahnen, die Sendungen über einen anderen Weg als den vom Absender vorgeschriebenen zu leiten (Art. 6 Abs. 1), 2. die Intervention des Verfügungsberechtigten bei der unterwegs vorgenommenen Zollbehandlung (Art. 10 Abs. 3 und 4), 3. die Anwendung der Tarifvorschriften des IntÜb. im Binnenverkehr (Art. 11), 4. die Feststellung der in Anspruch genommenen Zuschlagsfristen zu den Lieferfristen (AusfBest. § 6), 5. Spezialtarife mit ermäßigten Preisen und herabgesetzter Haftung (Art. 35).

3. SeuffA. **66** 329, EisenbE. **28** 186 (München). Der Grundsatz des § 254 BGB. findet auch im internationalen Eisenbahnfrachtrecht Anwendung.

Art. 1. R., ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 3 ff., erörtert die Rechtslage bei internationalen Transporten mit vorschriftswidrigen Frachtbriefen. Gegen AppH. Brüssel (ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 330, IDR. **10** 669) wird ausgeführt, daß bei Auflieferung einer Sendung von Bulgarien (das damals dem IntÜb. noch nicht beigetreten war) nach Belgien mit direktem Frachtbriefe bulgarischen Musters ein Frachtvertrag zunächst nur von Bulgarien bis zur deutsch-belgischen Grenze für das Gebiet des Tarifverbandes zustande komme und dann ein neuer selbständiger für die Strecke von der deutsch-belgischen Grenze bis zur Bestimmungsstation. Diese sei deshalb nicht nach bulgarischem, sondern nach belgischem Rechte zu beurteilen. Die Ansicht des AppH. Brüssel, daß die belgische Bahn als Unterfrachtführer in die Rechte und Pflichten der bulgarischen Bahn eingetreten sei, treffe nicht zu, weil es an jedem Rechtsverhältnisse zwischen den beiden Bahnen fehle, auf Grund dessen eine Über-

nahme der Rechte und Pflichten hätte stattfinden können. Es wird weiter ausgeführt, daß bei derartigen Frachtverträgen die Geltendmachung von Ansprüchen der Interessenten in den meisten Fällen daran scheitern müsse, daß bei solchen Transporten jede Verwaltung oder Gruppe von Verwaltungen als selbständiger Frachtführer auftritt, der einen neuen Frachtvertrag schließt und nur für die auf seiner Strecke entstandenen Beschädigungen haftet, wobei sich nicht oder doch nur selten nachweisen läßt, auf welchem Teil der Beförderungsstrecke ein schädigendes Ereignis eingetreten ist. Anders liegen die Verhältnisse bei Transporten zwischen Bahnen, die dem IntÜb. angehören, da sie für jede unterwegs entstehende Beschädigung nach den Grundsätzen der Artt. 30 ff. gemeinsam haften.

Art. 5. ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 111 (AppH. Caen). Die Bestimmung setzt Sendungen verschiedener Absender voraus, da sie den Zweck hat, Begünstigungen zu untersagen, welche die Eisenbahn einzelnen Versendern zum Nachteile der anderen gewähren könnte. Sie ist daher nicht anzuwenden in dem Falle, wo ein einziger Absender verschiedene Sendungen zur Beförderung aufgegeben hat.

Art. 8. Abs. 3. PosMSchr. **12** 14 (Königsberg). Der Aufdrückung des Datumsstempels durch die Versandstation wohnt die Eigenschaft einer Beurkundung des Annahmewillens der Eisenbahn im Rechtssinne bei, so daß nach erfolgter bahnseitiger Abstempelung eine von beiden Parteien — dem Absender und dem Frachtführer — gezeichnete Urkunde über den Frachtvertrag vorliegt. Trifft dies aber zu, so kann auch bei Mitberücksichtigung des Umstandes, daß die Abstempelung erst nach vollständiger Auflieferung des im Frachtbriefe verzeichneten Gutes erfolgt, die Vorschrift des Abs. 3 nur dahin verstanden werden, daß die Stempelung vermöge der darin enthaltenen vorbehaltlosen Annahme des durch den Frachtbrief beurkundeten Beförderungsauftrags sich regelmäßig zugleich als ein ausdrückliches, nur durch Gegenbeweis zu entkräftendes Anerkenntnis der Eisenbahn über alle Frachtbriefangaben darstellt und demgemäß außer bei selbstverladenen Gütern die Eisenbahn die das Gut betreffenden Angaben des Frachtbriefs als richtig gegen sich gelten lassen muß, solange sie nicht im Gegenbeweise Momente erbringt, aus denen die Unrichtigkeit dieser Angaben mit Sicherheit folgt. Diese Auslegung widerspricht nicht den Vorschriften im Art. 7 Abs. 1 und 2.

Art. 10. Vgl. Art. 44.

Art. 12. Brünnel, LeipzZ. **11** 694. Die Frage, ob für die nach Art. 12 dem Interessenten gegen die Eisenbahn zustehenden Forderungen Zinsen zu zahlen sind, ist nach dem Rechte des betreffenden Staates zu beurteilen.

Art. 14. 1. EisenbE. **28** 295 (ÖstObG.). Wenn bei Abschluß des Frachtvertrags eine besondere Lieferfrist nicht bedungen wurde und der Frachtvertrag auf Grund des IntÜb. zustande kam, so ist als die vertragsmäßige Lieferfrist, in der die Lieferung ausgeführt werden soll, die im Art. 14 bestimmte Maximallieferfrist anzusehen. Wenn die Bahn innerhalb dieser Frist liefert, so ist sie nicht im Verzuge. Dadurch, daß die Bahn in einigen Fällen oder sogar gewöhnlich schneller geliefert hat, kann sie des Rechtes, innerhalb der reglementsmäßigen Lieferfrist zu liefern, nicht verlustig gehen.

2. AusfBest. § 6 (7). ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 318 (ÖstObG.). Wenn die Zollmanipulation mit Rücksicht auf ihre Kompliziertheit zwei Werktage in Anspruch nimmt, so ist ein zwischen diese beiden Werktage fallender Sonntag in die Dauer der zollamtlichen Abfertigung miteinzurechnen, und der Lauf der Lieferfrist ruht somit um drei Tage.

Art. 16. Abs. 2. LeipzZ. **12** 2 49 (Colmar). Der Art. 16 Abs. 2 IntÜb. ist in derselben Weise auszulegen wie der fast wörtlich gleichlautende § 435 HGB. Danach umfaßt der Ausdruck „die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte" auch

die Entschädigungsansprüche aus dem Frachtvertrag, und der Empfänger kann seinen eigenen Schaden geltend machen.

Art. 19. ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 323 (Trib. d. Seine). Nach französischem Rechte endet die Geltung der internationalen Bestimmungen des Berner Frachtübereinkommens mit der Ankunft des Gutes auf dem Bahnhofe. Die Abfuhr ist Gegenstand eines besonderen, dem allgemeinen Rechte unterstellten Vertrags.

Artt. 26—28. EisenbE. **28** 335 (BezG. UngBrod). Da das IntÜb. über die Aktivlegitimation der beteiligten Bahnen bei Verfolgung von Ansprüchen aus dem internationalen Frachtvertrage keine besondere Bestimmung trifft und der Art. 28 die Geltendmachung solcher Ansprüche auch gegen eine andere als die im Art. 27 Abs. 3 bezeichneten Bahnen durch Widerklage oder Einrede für zulässig erklärt, so ergibt sich hieraus, daß jede der am Vertrage beteiligten Bahnen gegen den Absender oder Empfänger Ansprüche aus dem Frachtvertrage, z. B. wegen Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht u. dgl., im Prozeßwege geltend machen kann.

Art. 27. ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 236 (ÖstObG.). Übernimmt eine Bahn das Gut mit einem von der Versandbahn ausgestellten Ersatzfrachtbrief, so ist anzunehmen, daß sie in den Frachtvertrag eintreten wollte. Das Erfordernis der Ursprünglichkeit des Frachtbriefs ist nicht wörtlich zu nehmen; denn solange nicht ein neuer Frachtvertrag zustande gekommen ist — und durch die Übergabe und Annahme von bloßen Frachtbriefabschriften konnte ein neuer selbständiger Frachtvertrag nicht entstehen —, kann die Weiterbeförderung des Gutes auch bei Verlust des ursprünglichen Frachtbriefs nur auf Grund des ursprünglichen Frachtvertrags geschehen, mag derselbe auch nur durch eine Abschrift des ursprünglichen Frachtbriefs beurkundet sein, wenn nur nach der Absicht der Beteiligten die Abschrift den Frachtbrief darstellen soll.

Art. 29. PosMSchr. **12** 42 (Königsberg). Die Eisenbahn haftet für Übereinstimmung der von ihren Bediensteten in dem Frachtbrief und in dem Duplikat angebrachten bahnamtlichen Vermerke, z. B. der Positionsnummer. Der Einwand, daß diese lediglich für den inneren Dienst bestimmt sei, ist hinfällig, da die Positionsnummern auch im geschäftlichen Verkehre nach außen hin eine wesentliche Bedeutung haben, vor allem dadurch, daß die Bahn selbst in Schreiben an das Publikum die Frachtsendungen nach ihnen bezeichnet.

Art. 31. Abs. 1 Ziff. 1. 1. EisenbE. **28** 41, ElsLothJZ. **36** 189 (Colmar). Die Haftbeschränkung der Eisenbahn bei Beförderung in offenen Wagen tritt nur ein, wenn die Vereinbarung in den Frachtbrief selbst aufgenommen ist. Die bloße Eintragung des gewünschten Tarifs, der nur bei einer Ladung mit einem Minimalgewichte von 10 000 kg gewährt wird, ist auch in Verbindung mit der Tatsache, daß die Versandbahn nicht über gedeckte Wagen verfügt, in denen 10 000 kg des betr. Gutes untergebracht werden können, nicht als eine solche Vereinbarung anzusehen. Die Haftbeschränkung kann auch nicht aus der Bestimmung des deutsch-französischen Tarifs gefolgert werden, wonach es als vereinbart gilt, daß für den Versand aus Frankreich Güter, die in offenen Wagen übergehen, als in offenen Wagen aufgegeben zu betrachten sind. Denn wenn man diese Bestimmung so auslegen würde, so wäre sie als der Vorschrift im Art. 31 Abs. 1 Ziff. 1 widersprechend nichtig.

2. Abs. 2. EisenbE. **28** 308 (ÖstObG.). Die Rechtsvermutung greift nicht schon bei Bestand einer abstrakten Möglichkeit Platz, sondern nur dann, wenn der eingetretene Schaden nach den Umständen des Falles aus einer der bezeichneten Gefahren entstehen konnte. Es müssen sonach diese konkreten Umstände feststehen, um den Richter in die Lage zu versetzen, die Möglichkeit der Brandentstehung nach den Umständen des Falles beurteilen zu können. Das Vorliegen dieser konkreten Umstände hat die Bahn zu beweisen.

Art. 39. 1. ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 109, EisenbE. **28** 398 (AppG. Amsterdam). Die Eisenbahn hat das Recht, die vereinbarte Lieferfrist für den Transport zu benutzen, und ist somit nicht verpflichtet, die Güter eher auszuliefern. Der Umstand, daß Eisenbahnbeamte einen Wagen unnötig vier Tage stehen lassen, kann, selbst wenn durch die Verzögerung der Verderb des Gutes tatsächlich verursacht worden ist, der Eisenbahn bei Einhaltung der Lieferfrist nicht als Verschulden oder gar als grobes angerechnet werden. Die Eisenbahn hat keinerlei Verpflichtung, das Gut, wenn es auch vermöge seiner Natur der Gefahr eines baldigen Verderbes ausgesetzt ist, besonders schnell zu befördern, sondern hat lediglich die Lieferfrist einzuhalten.

2. BreslauAK. **12** 29 (Breslau). Eine Sendung Zitronen war mehrere Tage stehengeblieben und, wie das OLG. annimmt, infolge dieser Verzögerung erfroren. In dem Erkenntnis ist folgendes ausgeführt: Die Frage, ob die Lieferfrist überschritten ist oder nicht, ist hier ohne Bedeutung. Denn der Schaden ist nicht durch die verspätete Ablieferung, sondern durch die dem Gute auf dem Transporte zugefügte Beschädigung erwachsen. Aus diesem Grunde kommt es nicht darauf an, ob der Wagen hätte schneller ans Ziel gebracht werden können und ob die Verzögerung auf ein Verschulden der Eisenbahn zurückzuführen ist. Es ist vielmehr nur zu prüfen, ob die Zitronen durch ein schuldhaftes Verhalten der Bahn auf dem Transporte beschädigt worden sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieses Verhalten gleichzeitig auch eine Verzögerung zur Folge hatte. Nach Lage des Falles ist das tagelange Herumstehen des Wagens auf ein Verschulden der Eisenbahn zurückzuführen, und dieses Verschulden ist als ein grobes anzusehen. Die Eisenbahn haftet deshalb für den vollen Schaden. — Das Erkenntnis steht hiernach auf dem entgegengesetzten Standpunkte wie das obige (Ziff. 1) des AppH. Amsterdam. Die Ansicht des letzteren ist aber zutreffend. Die Ausführungen des OLG. Breslau würden nur dann zutreffen, wenn neben der Verzögerung noch eine schuldhafte Behandlung des Gutes durch die Bahn festgestellt wäre, die im Verein mit der Verzögerung den Schaden herbeigeführt hätte, wenn in dem fraglichen Falle also z. B. die Türe des Wagens sich geöffnet und infolge Verschuldens eines Bahnbediensteten nicht wieder geschlossen worden wäre und nun infolge der Verzögerung die Zitronen zu lange der durch die offene Türe eindringenden Kälte ausgesetzt gewesen wären. Für eine Verzögerung innerhalb der Lieferfrist allein haftet die Eisenbahn nicht. ➠ Vgl. auch zu § 456 HGB. § 94 EisenbVerkO. und Art. 14 IntÜb. Red. ⟵

Art. 41. 1. Calmar, EisenbE. **28** 263, faßt die Grundsätze der französischen Rechtsprechung zu Art. 41 folgendermaßen zusammen: 1. Die Gerichte behindern das stark ausgesprochene Bestreben der Eisenbahnverwaltungen, die Vergütung des vollen Schadens nicht zur Geltung kommen zu lassen. 2. Der Kassationshof bezieht die Verpflichtung der Eisenbahn, in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit Vergütung des vollen Schadens zu leisten, nicht bloß auf Nachteile, die den Parteien aus Verlust, Beschädigung und Verspätung der Güter erwachsen, sondern auf sämtliche Nachteile, die den Parteien überhaupt durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit verursacht werden. 3. Die Gerichte betrachten überwiegend jede längere Lieferfristüberschreitung als grobe Fahrlässigkeit, ohne die Ursache der Transportverzögerung und das subjektive Moment der Fahrlässigkeit einer Erörterung zu unterziehen. Diese verkehrsfreundliche Auffassung wird jedoch zumeist durch eine ziemlich karge Bemessung der zugesprochenen Entschädigungen sehr beeinträchtigt.

2. EisenbE. **28** 295 (ÖstObG.). Der Umstand allein, daß eine Sendung nicht in der Zeit angekommen ist, in der ähnliche Transporte gewöhnlich anlangen, begründet kein Verschulden und noch viel weniger ein grobes Verschulden der Eisenbahn. Es müssen vielmehr Tatsachen behauptet und nachgewiesen werden, aus denen sich das subjektive Moment der groben Fahrlässigkeit der Bahn ergibt.

3. ZtschrfdIntEisenbTr. 12 236 (ÖstObG.). In dem Verluste des Frachtbriefs und der mangelhaften Herstellung des Ersatzfrachtbriefs ist grobes Verschulden der Eisenbahn zu erblicken. Denn nach Art. 16 hat die Bahn am Bestimmungsorte dem Empfänger den Frachtbrief zu übergeben, sie hat also zweifellos auch die Verpflichtung, den Frachtbrief bis zur Übergabe an den Empfänger sorgfältig aufzubewahren, und mangels jeder Rechtfertigung kann der Verlust nur als auf Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt, also auf einer groben Pflichtverletzung beruhend, angesehen werden. ➠ Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Wer den regelmäßigen Beförderungsdienst der Eisenbahn kennt, weiß, daß ein Frachtbrief oft durch viele Hände geht, meist mit einer großen Anzahl anderer Frachtbriefe zusammen, und an den verschiedensten Stellen niedergelegt und aufbewahrt werden muß, so daß er sehr wohl ohne grobes Verschulden eines Bediensteten abhanden kommen kann. Grobes Verschulden kann nur angenommen werden, wenn bestimmte Tatsachen erwiesen sind, in denen eine schwere Fahrlässigkeit zu erblicken ist. Red. ←

Art. 43. (AusfBest. § 1.) ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 181 (SchweizBundesG.). Die Eisenbahn haftet nicht für die Beschädigung von Kunstgegenständen, die im Frachtbriefe nur als „Gegenstände aus Marmor" (marbres) bezeichnet sind. Der Gesetzgeber hat für Kunstgegenstände mehr als die Bezeichnung der Sendung nach ihrem Inhalt verlangen wollen und die Anwendung einer bestimmten Formel vorgeschrieben. Der Art. 43 setzt weder ein Verschulden des Absenders noch die Unkenntnis der Eisenbahn voraus und ist anwendbar, selbst wenn die Eisenbahn wußte, daß die Deklaration unrichtig war, und wenn sie die Möglichkeit hatte, sie zu berichtigen. Ferner befreit der Art. 43 die Eisenbahn von ihrer Verantwortlichkeit selbst in dem Falle, daß ein Kausalzusammenhang zwischen der unrichtigen oder ungenauen Bezeichnung und dem Schaden nicht besteht.

Art. 44. 1. LeipzZ. **12** 250 (Colmar). Der Art. 44 hat fast genau denselben Wortlaut wie § 438 Abs. 1 HGB. Hieraus folgt, daß die Bezahlung der Fracht und die Annahme des Gutes in beiden Fällen die gleichen Wirkungen haben soll. Hinsichtlich des § 438 Abs. 1 HGB. ist aber in Theorie und Praxis anerkannt, daß nur die Ansprüche gegen den Frachtführer erlöschen, die Ansprüche gegen andere Personen — Spediteur, Kommissionär, Versicherer usw. — bestehen bleiben. Soweit die Eisenbahn nach Art. 10 Abs. 3 verpflichtet ist, während der Beförderung die Zollvorschriften zu erfüllen, haftet sie als Kommissionär, und diese Haftung wird durch Art. 44 nicht berührt. Unter Kommissionär ist der „Transportkommissionär", also der Spediteur, zu verstehen. Da die Pflichten eines solchen durch das IntÜb. nicht geregelt sind, greift das Landesrecht Platz.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 111, EisenbE. 28 400 (AppH. Caen). Ansprüche, die auf vor dem Abschlusse des Frachtvertrags liegende Tatsachen (z. B. daß die Eisenbahn einen zur Beladung gestellten Wagen zu spät gestellt hat) gestützt werden, unterliegen nicht der Vorschrift des Art. 44.

3. ZtschrfdIntEisenbTr. **12** 7 (ÖstObG.). Die vorbehaltlose Annahme eines vertauschten Gutes hat nicht den Verlust des Anspruchs auf Schadensersatz zur Folge; denn nur in der Annahme des vom Absender aufgegebenen im Frachtbriefe näher bezeichneten Gutes kann eine stillschweigende Genehmigung des in bezug auf dieses Gut mit der Eisenbahn als Frachtführer abgeschlossenen Frachtvertrags erblickt werden.

Art. 45. Abs. 4. EisenbE. 28 413 (BezG. f. Handelss. Wien). Eine nicht mit den erforderlichen Belegen versehene Reklamation ist entweder sofort abzuweisen, oder die Belege sind nachzuverlangen. Werden sie dann nicht binnen angemessener Frist nachgeliefert, so kann die Eisenbahn die Reklamation ebenfalls abweisen. Dagegen berechtigt der Mangel der Belege die Eisenbahn nicht, die Reklamation als überhaupt nicht angebracht zu behandeln. Auch eine ohne Belege eingereichte Reklamation hemmt die Verjährung, bis sie formell erledigt ist.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Die nunmehr ratifizierten Übereinkommen zur einheitlichen Feststellung von Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen und über die Hilfsleistung und Bergung in Seenot vom 23. Sept. 1910 sind im RGBl. **1913** 49 ff. und 66 ff. veröffentlicht; sie haben Gesetzeskraft vom **1.** März **1913**. Sie bedeuten einen Markstein in der Geschichte des deutschen Seerechts. Mit ihnen zugleich ist in Kraft getreten das Gesetz über den Zusammenstoß von Schiffen sowie über die Bergung und Hilfsleistung in Seenot vom 7. Januar 1913 (RGBl. **1913** 90 ff.). — In Brüssel soll sich im Frühjahre 1913 eine neue diplomatische Konferenz mit der Reederhaftung beschäftigen. — Eine Kommission des Vereins Hamburger Reeder hat unter Mitarbeit von Vertretern der Bremer Linienreedereien den Entwurf eines Einheitskonnossements („Allgemeine Regeln für Dampferkonnossemente, ausgehend") aufgestellt, der die Genehmigung des Verbandes Deutscher Exporteure und des Vereins Hamburger Assekuradeure gefunden hat. Kritische Bemerkungen dazu bei Wüstendörfer, Handelszeitung des Berliner Tageblatts Nr. 258 vom 22. Mai 1912, Abendausgabe.

Literatur: Leo, Das deutsche private Seerecht, im Jahrb. f. d. intern. Rechtsverkehr. 1912/1913.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 481. Hansa **12** 472, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 128 (Hamburg). Auf dem Schiffe angestellte Personen, also zur Schiffsbesatzung gehörig, sind auch Leute, die engagiert sind, um ein Schiff, das keine reguläre Besatzung hat, im Hafen von einem Platze zum anderen oder aber nach dem Trockendocke bzw. von diesem zurück zu schaffen. In diesem Falle ist es unerheblich, ob sie vom Reeder oder vom Dockbesitzer, zu dessen Obliegenheiten das Hereinholen ins Dock oder das Wiederherausbringen gehört, engagiert sind. Denn der Dockbesitzer, der derartiges übernimmt, wird durch den Abschluß des Vertrags zur Anstellung der für das Ein- und Ausdocken des Schiffes erforderlichen Personen ermächtigt.

§§ 481, 485. 1. *Gütschow, ZVersWes. **12** 433 ff. Kollisionshaftung der Schleppzüge. Nach feststehender Praxis hafteten aus einer durch Verschulden der Besatzung des Schleppers oder des geschleppten Schiffes entstandenen Kollision beide Schiffe, sowohl in der Seeschiffahrt, wie in der Binnenschiffahrt. §§ 4, 3 BinnenSchG. wurden nicht als entgegenstehend angesehen. Für die Binnenschiffahrt wurde diese Praxis durch **RG.** vom 28. März 1907 (HansGZ. **07** Nr. 27) beseitigt. HansOLG. vom 25. Januar 1911 (HansGZ. **11** Nr. 33), bestätigt durch **RG.** vom 13. Januar 1912 (Hansa **12** 237), beseitigt sie auch für den Seeleichterverkehr, hält sie aber für den Fall der gewöhnlichen Schleppung eines Seeschiffs aufrecht. Verf. hält diese Unterscheidung für unbegründet und empfiehlt allgemeine Beseitigung der Haftung eines Schiffes für das Verschulden eines anderen, was auch dem Gesetz allein entspreche.

2. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 75 (LG. Hamburg). Der hamburgische Hafenlotse ist kein Zwangslotse. Er ist einmal Beamter, sodann aber, wenn er zur Navigierung an Bord eines Schiffes genommen ist, ist er temporärer Angehöriger von dessen Besatzung und untersteht als solcher während dieser Zeit dessen Führer; für sein Verschulden hat der Reeder einzutreten.

3. **RG. 78** 177 ff. Der Seeleichter dient der Seefahrt, ist also ein Seeschiff. Es sind die Verhältnisse, wie sie tatsächlich im Betriebe der Schiffahrt liegen, die aus technischen Gründen der Nautik sich ergebende Stellung des Seeschiffs zu seinem Schlepper, welche die Annahme begründen, daß während des Schleppens die Mannschaft des Schleppers den Angestellten des Seeschiffs zuzurechnen ist. Wenn in neuerer

Zeit der Verkehr im Seeleichter einen Typus der Seeschiffe geschaffen hat, bei welchem jene Verhältnisse ganz anders liegen, so entfällt diesen gegenüber die Grundlage, die jene Annahme rechtfertigt. Es entfällt ihm gegenüber zugleich die einzige Grundlage für den Rechtssatz, wonach der geschleppte Seeleichter ohne weiteres für Verschulden seines Schleppers aufzukommen hätte. Damit allein, daß die Besatzung eines Schleppers eine Dienstverrichtung ausführt, die dem geschleppten Schiffe dient, ist diese Grundlage nicht gegeben. ➠ Das Urt. bestätigt das JDR. **10** 677 zitierte Urt. des HansOLG. Red. ⟵

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 484. Passivlegitimation des Reeders und Ausrüsters s. zu § 761.

§ 485. 1. **RG. 77** 318 ff. Wer zur Erfüllung eines Frachtvertrags seinerseits einen Frachtvertrag mit einem Frachtführer abgeschlossen hat, haftet, wenn durch Verschulden des zweiten Frachtführers die Ladung beschädigt ist, solidarisch mit diesem dem Ladungseigner. Er kann, wenn er in Anspruch genommen ist, von dem zweiten Frachtführer nach § 426 Abs. 2 BGB. Ausgleich verlangen, ohne daß dieser, der dem Eigner ex delicto verpflichtet gewesen ist (➠ so auch HansOLG., HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 27, ZVersWes. **12** 205, **RG.** HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 73 77 Red. ⟵), sich auf das Vertragsverhältnis berufen kann.

2. Gütschow, Die Haftung des Reeders bei Schiffsunfällen, JW. **12** 566 ff. a) Wo es sich um Ausführung eines Frachtvertrags handelt, kommt unter den Beteiligten lediglich das Vertragsrecht in Frage: die Deliktsklage aus § 485 greift nur da Platz, wo es sich um den Schutz der Rechtssphäre Dritter, außerhalb eines Vertragsverhältnisses Stehender, handelt (näher ausgeführt bei Gütschow, Verhältnis der Deliktshaftung zur Vertragshaftung im Frachtverkehr, Holdheims MSchr. **12** 164 ff.). Zustimmend Gerlach, JW. **12** 719. b) Erörterung der Ansprüche der Passagiere und Ladungsbeteiligten für Schädigungen bei Schiffsunfällen, unter Berücksichtigung der Verkehrsentwickelung sowie der Verhandlungen des Comité Maritime International und der Brüsseler diplomatischen Konferenzen. Die Entwickelung geht dahin, die Haftung des Reeders des eigenen Schiffes für das bei Schiffsunfällen in Frage kommende nautische Verschulden seiner Angestellten zu beseitigen (so auch Gütschow, EisenbE. **29** 13). Dagegen Gerlach, JW. **12** 717 ff.) Der Reeder des fremden Schiffes, der den Unfall verschuldet hat, haftet für den vollen Schaden bis zu einem Höchstbetrage, für den in den erwähnten Verhandlungen eine einheitliche Normierung angestrebt wird. Trifft beide Schiffe ein Verschulden, so haftet nach der (jetzt ratifizierten) Vereinbarung von 1910 jedes Schiff nach dem Grade seines Verschuldens, wobei, im Gegensatze zu § 735 HGB., für Sachschäden keine Solidarhaft der beiden Reeder besteht.

§ 486. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 5 (Hamburg). Der Frachtführer, der ohne Ausrüster (➠ oder Unterverfrachter: Red. ⟵) zu sein, sich zur Ausführung des Frachtvertrags eines fremden Schiffes bedient, haftet nicht nur mit Schiff und Fracht, sondern persönlich. ➠ Ebenso Schaps 532. Red. ⟵

§ 489. 1. Burchard, GoldschmidtsZ. **71** 409, spricht sich (gegenüber Cosack) gegen das Vorhandensein eines Reedereivermögens und gegen die Zulässigkeit eines Reedereikonkurses aus.

2. **RG.** Hansa **12** 651, LeipzZ. **12** 926, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 119. Die Zurückweisung des Einwandes der mangelnden Parteifähigkeit der Reederei unter Hinweis auf die feststehende Praxis und darauf, daß in concreto die Mitreeder obendrein in der Klageschrift namhaft gemacht sind, erscheint frei von Rechtsirrtum. ➠ Vgl. auch SchlHolstAnz. **12** 212 (Kiel). Red. ⟵

3. SchlHolstAnz. **12** 212 ff. (Kiel). Wenn die Gründer einer Reederei in den behufs Zeichnung von Parten versandten Zirkularen nicht den wirklichen Anschaffungs-

preis des Schiffes angeben, sondern eine von ihnen beanspruchte Provision dazuschlagen, ohne daß dies den Zeichnern erkennbar ist, so verstößt solches Verfahren gegen die guten Sitten: der Überschuß gehört zum Reedereivermögen; dieser darf von den Gründern nicht entnommen werden.

§ 493. 1. **RG.** Hansa **12** 651, LeipzZ. **12** 926, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 119, DJZ. **12** 866. Wenn die Mitreeder dadurch, daß sie die Eintragung des Korrespondentreeders als Alleinreeders im Schiffsregister stehen lassen, den Anschein einer nicht bestehenden Verfügungsberechtigung des Korrespondentreeders hervorrufen (vgl. JDR. **9** 623, **10** 674), so handeln sie auf eigene Gefahr: mit Rücksicht auf den Schutz des redlichen Verkehrs kann das Recht nicht zulassen, daß sie bald die getroffene Verfügung genehmigen, bald die Genehmigung ablehnen können. Der Gegenkontrahent ist bösgläubig, wenn er gewußt hat, daß die Eintragung des Korrespondentreeders ins Schiffsregister der wahren Rechtslage nicht entsprach.

2. R. **12** Nr. 1235 (Hamburg). Hat der Korrespondentreeder mit einer Bank einen Vertrag dahin geschlossen, daß die Einnahmen und die Ausgaben des Schiffes durch die Bank besorgt werden (Kontoeröffnungsvertrag), so sind die Vorschüsse, welche die Bank leistet, nicht als Darlehen aufzufassen, zu denen der Korrespondentreeder einer besonderen Vollmacht bedarf.

§ 499. RG. R. **12** Nr. 3237. Der Korrespondentreeder hat nicht jedem einzelnen Mitgliede, sondern der Reederei Rechnung zu legen.

§ 510. 1. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 57 (LG. Hamburg). Durch die Miete eines Schiffes mit Schiffer wird der Mieter nicht Ausrüster. Beim Dienstverschaffungsvertrage handelt der, der die Dienste leistet, in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vermieters; er ist daher dessen Erfüllungsgehilfe, und der Vermieter haftet für sein Verschulden (Dalberg, JW. **11** 140 ff.).

2. Passivlegitimation des Ausrüsters und des Reeders für die Pfandklage s. zu § 761.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

Zusatz zu § 511. Schiffsmakler. (Literatur: Hasselmann, Der Schiffsmakler in Hamburg, Rostocker Diss. 1913). HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 127, SeuffA. **68** 74 ff. In Hamburg wird die Abstempelung des Konnossements durch den Schiffsmakler als Vereinbarung dahin betrachtet, daß der Schiffsmakler (als Vertreter des Verfrachters) nur den Präsentanten des Konnossements als Empfänger betrachten und jeden späteren Konnossementsinhaber (sei er Vertreter oder Rechtsnachfolger des Präsentanten) die Ladung gegen Aushändigung des Konnossements bedingungslos ausliefern wolle.

§ 552. RG. R. **12** Nr. 1236. Durch das Übernahmeverlangen des Schiffers kommen die Mitreeder mit der Zahlung nicht in Verzug, solange der Schätzungswert der Schiffsparten noch nicht feststeht. Die Zinspflicht seit dem Tage des rechtzeitig gestellten Verlangens folgt aber aus dem Gesetze.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 556. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 80 (Hamburg). Das Versprechen des Verfrachters, die Reise nach Möglichkeit zu beschleunigen, läßt sich nicht dahin auslegen, daß er verpflichtet sein solle, um der Beschleunigung willen das Schiff verlustbringend fahren zu lassen.

Zusatz zu § 556. Schleppvertrag. 1. **RG.** Hansa **12** 371, LeipzZ. **12** 678, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 77. a) Für die Beurteilung des internen Verhältnisses zwischen Schlepper und geschlepptem Schiffe, namentlich für die Frage, wem die Frage für die Navigierung zufällt und wie weit dem anderen Teile eine Kontrollpflicht obliegt, sind allgemeine Regeln nicht aufzustellen; vielmehr ist nach Maßgabe

des Verhältnisses des Einzelfalls zu entscheiden. b) Bei Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsansprüchen ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Verjährung des einen Anspruchs nicht auch die des anderen herbeiführt. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß die Bestimmung einer Verjährungsfrist von kurzer Dauer, die zunächst für die Vertragsklage gegeben ist, dahin ausgelegt wird, daß sie zugleich auf konkurrierende Ansprüche aus dem Eigentum oder aus unrechter Tat erstreckt wird.

2. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 36 (Hamburg). Eine Usance, daß der Schlepper nur die motive power stelle und sonst für nichts verantwortlich sei, kann nicht anerkannt werden. Da der Schlepper nach den Regeln des Dienstvertrags (?) zur Sorgfaltspräftierung verpflichtet war, ist die Unterlassung des Lotens seitens des Schleppers eine schuldhafte Verfehlung dem geschleppten Schiffe gegenüber, während andererseits das geschleppte Schiff eine solche Verpflichtung dem Schlepper gegenüber nicht hatte.

3. **RG.** HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 74. Die Schleppung ist nach § 242 BGB. auszuführen. Nachträgliches Abbrechen einer bei gutem Wetter begonnenen Schleppfahrt kann eine positive Vertragsverletzung bedeuten, für deren voraussehbare oder adäquate Folgen der Schlepper verantwortlich ist.

§ 557. RG. LeipzZ. **12** 548, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 107. Eine in Hamburg unter deutschen Vermittlern abgeschlossene, als „Hamburg Nitrate Charter Party" bezeichnete Charter, die dem deutschen Befrachter die Befugnis gibt, innerhalb gewisser Grenzen den Bestimmungshafen festzusetzen, ist nach deutschem Rechte zu beurteilen.

§ 559. 1. OLG. **24** 205, ZVersWiss. **12** 1278, LeipzZ. **12** 246, Hansa **12** 59 (Hamburg). Wenn der Verfrachter sich im Irrtume befunden hat über den Wert oder Unwert von Konstruktionen, die jetzt als Seeuntüchtigkeitsgrund hingestellt werden, über deren Eigenschaft als solche aber die Sachverständigen noch heute verschiedener Ansicht sind, so ist dieser Irrtum, der die Ursache der Nichtentdeckung des mangelhaften Zustandes darstellt, nicht schuldhaft. Strenger als die technischen Beamten der für die Beurteilung der Seetüchtigkeitsfrage besonders kompetenten Seeberufsgenossenschaft braucht der Verfrachter nicht zu sein. Der ihm nach § 559 Abs. 2 obliegende Exkulpationsbeweis ist somit geführt.

2. Hansa **12** 218 ff., ZVersWiss. **12** 1279, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 50. (Hamburg.) Die Worte „in seetüchtigem Zustande" beziehen sich nicht nur auf die Fähigkeit des Schiffes, den speziellen Gefahren der See zu trotzen und die Ladung gerade vor der See zu schützen, sondern überhaupt auf die Fähigkeit, die Ladung unbeschädigt über See nach dem Löschungshafen zu bringen.

§ 567. RG. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 107, Hansa **12** 691 hebt die JDR. **10** 676 mitgeteilte Entsch. des HansOLG. auf. Die Charter sei dahin auszulegen, daß das Schiff als ladebereit zu gelten habe, sobald mit der Einnahme von stiffening cargo begonnen werden kann, daß dagegen die Liegetage erst laufen, wenn alle frühere Ladung und etwa zu löschender Ballast aus dem Schiffe entfernt und nachdem diese Ladebereitschaft vom Schiffer tags vorher angezeigt worden ist.

§ 578. MecklZ. **31** 33, 34 (Rostock). 1. Da für die Ladefähigkeit eines Schiffes nicht nur das Gewicht der Ladung in Betracht kommt, sondern auch ihre äußere Beschaffenheit, indem namentlich Gegenstände von geringeren Maßen eine bessere Ausnutzung des Raumes ermöglichen als umfangreiche und sperrige Gegenstände, so sind die Bestimmungen der Charterpartie über die Länge der zu verstauenden Hölzer ein wesentlicher Bestandteil des Frachtvertrags, welcher in der voraufgehenden Klausel „eine volle und bequeme Ladung" gerade darauf gerichtet ist, die Ladefähigkeit des Schiffes tunlichst auszunutzen. 2. Die „Zirka-Klausel" ist im Holzhandel zwischen Ostseehäfen im alleinigen Interesse des Verfrachters üblich, dergestalt, daß er, soweit sein Schiff noch mehr tragen kann, auch die Abladung von mehr als

der ziffernmäßig bezeichneten Ladung verlangen kann, so daß die „Zirka-Klausel" zu seinen Gunsten einen freien Spielraum von 10 pCt. nach beiden Seiten bedeutet.

§ 588. HansGZ. 12 Hptbl. Nr. 29 (Hamburg). Telephonische Kundgebung der Erhebung des Fautfrachtanspruchs.

§ 592. HansGZ. 12 Hptbl. Nr. 72 (Hamburg). Enthalten die Konnossemente die Klausel „and deliver the same .... at any usual discharging place for such cargo, provided that, if the Charterers or their agents shall, on the steamers arrival at the port of discharge, direct her to proceed to any ready available berth, warf, dock, she shall proceed thereto and deliver the cargo there ....", so steht es dem Schiffe frei, sich den Löschplatz auszusuchen, es sei denn, daß bis zu seiner Ankunft der Charterer oder sein Agent den Löschplatz bestimmt. Nicht jedem einzelnen Stückgutsempfänger kann das Recht zugestanden werden, daß er als Charterer's agent für sich den Löschplatz besonders anweisen darf. In solchen Fällen pflegt der Makler des Schiffes den Löschplatz zu bestimmen und die Zustimmung der Empfänger einzuholen, indem er den bekannten Empfängern eine entsprechende Mitteilung macht und für die unbekannten eine die Ankunft des Schiffes und den Löschplatz anzeigende Zeitungsannonce erläßt. Er handelt insofern als „Charterers' agent", da nach verkehrsüblicher Auffassung seine Mitteilungen an die Empfänger nicht den Sinn einer bloßen Anzeige von der Absicht des Schiffes mit Bezug auf den Löschplatz haben, sondern die Einholung einer Vollmacht, für die Gesamtheit der Empfänger deren Wahlrecht auszuüben, bezwecken.

§ 601. **RG.** JW. **12** 804, LeipzZ. 12 654, R. **12** Nr. 1936. Wer aus der Hinterlegung nach § 601 Abs. 2 Rechte, namentlich das Recht auf Rückgabe der Güter, erlangt, ist im Gesetze nicht bestimmt. Das nächstliegende würde sein, denjenigen als den Berechtigten anzusehen, in dessen Namen die Hinterlegung vorgenommen wird, also den Verfrachter, zumal dieser wegen seines Pfandrechts ein eigenes Interesse an der Erhaltung der Güter hat. Es kommt aber außerdem in Betracht, daß die Hinterlegung zwecks Erfüllung der dem Schiffer bzw. dem Verfrachter obliegenden Verpflichtung erfolgt, dem ordnungsmäßig legitimierten Inhaber des Konnossements die Güter auszuliefern (§ 645). Die Hinterlegung zwecks Erfüllung einer Verbindlichkeit ist aber allgemein schon im BGB. geregelt (§ 372). Wie sich aus den §§ 376 Abs. 2 Ziff. 2, 380, 382 ergibt und wie auch allgemein anerkannt ist, erlangt bei einer solchen Hinterlegung der Gläubiger regelmäßig unmittelbar einen Herausgabeanspruch gegen die Hinterlegungsstelle. Es scheint demnach der Sachlage am meisten zu entsprechen, im Falle des § 601 nicht nur einen Herausgabeanspruch des Verfrachters, sondern auch einen solchen des Empfängers anzunehmen, dergestalt, daß der Verwahrer die Güter nur an beide gemeinschaftlich herauszugeben hat. ➠ Diese Lösung würde es dem Verfrachter unmöglich machen, ohne Einverständnis des Empfängers oder ein dasselbe ersetzendes Urteil sein Pfandrecht zu realisieren: sie läßt sich also mit § 623 HGB., §§ 1228 ff. BGB. kaum vereinbaren. §§ 372 ff. BGB. kämen überdies nur in Frage, wenn „für den Gläubiger", hier also für den Empfänger, hinterlegt ist. Berechtigt aus dem Einlagerungsvertrag erscheint nur der Verfrachter, der aber verpflichtet ist, dem Empfangsberechtigten gegen Erfüllung der Verpflichtungen desselben seine Rechte gegen den Lagerhalter abzutreten: Schaps 368. Red. ⟵

§ 604. OLG. **24** 200 (Hamburg). Eine Säumnis des Empfängers im Sinne von § 604 Abs. 3 setzt voraus, daß der Schiffer löschbereit ist, d. h. daß er den im § 592 bezeichneten Platz eingenommen hat und daß die Löschbereitschaft erklärt ist.

§ 606. 1. **RG.** JW. **12** 250, LeipzZ. **12** 224, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 60, R. **12** Nr. 2098. Wenn nach Klarstellung der Unfallsursache behauptet wird, daß Umstände vorgelegen hätten, die einen sorgfältigen Frachtführer abgehalten haben würden, die betreffende Strecke der Frachtreise in dem Augenblicke des Unfalls zu

passieren, so kann insoweit eine Exkulpation des Verfrachters nicht verlangt werden. Es würde zu widersinnigen Ergebnissen führen, wollte man dem Frachtführer, dem irgendwo auf der Reise ein Unfall zustößt, allemal den Beweis aufbürden, daß er sich ohne Schuld an dieser Stelle befand. Hierzu kann höchstens Anlaß vorliegen, wenn eine Abweichung von dem normalen Reiseweg in Frage steht.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 674, R. **12** Nr. 3140. Der aus § 606 Ersatzberechtigte hat zu beweisen, daß das Gut bei der Einladung die jetzt vorliegende Beschädigung nicht hatte.

§ 609. Rudorff, Die Übernahme seewärts angebrachter Güter zu Wasser, wendet sich gegen Schaps' (442) Auslegung des § 8 HambAGHGB., daß bei Empfang zu Wasser in Hamburg die Ansprüche des Empfängers nur dann nicht erlöschen, wenn sie in einer Quittung tunlichst genau bezeichnet und vorbehalten sind. Der Fall, daß überhaupt keine Quittung erteilt sei, sei im Gesetze nicht geregelt (8); Quittungen mit ungenauem Vorbehalte seien vorbehaltslosen Quittungen gleichzustellen (11). Vorbehalte außerhalb der Quittung seien bedeutungslos (5). Bei Quittierung über ein geringeres als das konnossementsmäßige Quantum sei nur über das angegebene Quantum quittiert; über das Mehr liege keine Quittung vor, dieses sei vielmehr mit der Quittung über das geringere Quantum implicite genau genug vorbehalten (12).

§ 614. 1. LeipzZ. **12** 784 (Hamburg). Ein Verfrachter, der den Transport durch ein ihm nicht gehöriges Schiff ausführen läßt, hat dem Umstande Rechnung zu tragen, daß durch solche Ausführung des Frachtvertrags ein direktes Verpflichtungsverhältnis des Empfängers zum Reeder mittels der Annahme des Gutes begründet wird, und so hat er sich mit dem Reeder wegen der von dessen Schiffer Zug um Zug einkassierten Fracht zu verrechnen. Aus dem Frachtvertrage kann er sie vom Empfänger nicht noch einmal fordern.

2. Hansa **12** 632, SpeduSchiffZtg. **12** 515, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 101 (Hamburg). Der Empfänger braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß die sich aus dem Konnossement ergebende Fracht nach oben abgerundet wird.

3. Abstempelung des Konnossements s. Zusatz zu § 511.

§ 621. Literatur: Herner, Hafenabgaben und Schiffsvermessung (Problem der Weltwirtschaft herausgeg. v. B. Harms, Bd. **11**). HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 31 (Hamburg). Zu den übernommenen Hafenkosten gehören auch die Lotsenkosten.

§ 640. Pappenheim, LeipzZ. **12** 417 ff. Der dritte Satz des § 640 ist in zweifacher Hinsicht anders zu verstehen, als dies auf Grund seines Wortlauts seitens der herrschenden Meinung geschieht. Er hat lediglich den Fall im Auge, daß der Vertrag nach Erreichung des Abladehafens, aber vor dem Antritte der Reise aus demselben aufgelöst wird. Und er gewährt für diesen Fall dem Verfrachter den Anspruch auf eine Entschädigung für die Zureise, die nach den Grundsätzen der Distanzfracht nicht nur zu bemessen, sondern auch im übrigen zu behandeln ist.

§ 642. *Schminke, Das Konnossement, seine Bedeutung und Verwendung im internationalen Seefrachtverkehr. In dem Konnossementsanteilscheine hat der Verkehr ein Mittel geschaffen, das dem Kaufmanne die Möglichkeit gewährt, seine Abnehmer in eine unmittelbare Beziehung zu dem Ladungsgute zu setzen. Ein solcher Teilschein ist zwar kein selbständiger Verfügungsschein; er verbrieft nur das obligatorische Recht des Erwerbers auf Herausgabe der darin verzeichneten Waren. Mit der Übergabe kann indes die Abtretung des Herausgabeanspruchs verbunden sein und somit die Übereignung der Ladung bewirkt werden. In jedem Falle ist in dem Anteilschein eine vom Konnossementsinhaber dem Schiffer erteilte Anweisung oder Ermächtigung zur unmittelbaren Auslieferung an den Erwerber zu erblicken. Vgl. § 8 HambBetriebsO. für die Benutzung der Kaianlagen (5, 6). Die Vorbedingungen für die Zeichnung von Konnossementen sind nach dem Rechte des Abladungshafens

zu beurteilen; nach ihm richtet sich also die Verpflichtung zur Ausstellung überhaupt ihr Zeitpunkt und die Zahl der Exemplare (12). Die Form des Konnossements bestimmt sich nach dem Rechte des Bestimmungshafens; dies gilt auch dann, wenn ihn das Schiff nicht erreicht. Sind mehrere Häfen zur Wahl gestellt oder ist ein Orderhafen angegeben, so ist derjenige Hafen maßgebend, den das Schiff tatsächlich anläuft. Kann der endgültige Hafen aber nicht beordert werden, so entscheidet das Recht der Flagge. Indes genügt stets die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem der Konnossement ausgestellt ist (17, 18, 20). Die Befugnis zur Ausstellung von Konnossementen ist nach dem Rechte der Flagge zu beurteilen. Beruht sie auf einer Bevollmächtigung, so ist das Recht der Flagge ebenfalls maßgebend; soweit jedoch der Reeder eine Vollmacht erteilen wollte, richtet sich ihr Bestand nach dem Rechte des Bestimmungshafens (22). Durch die Übertragung der an sich dem Kapitäne zustehenden Befugnisse gibt der Reeder zu erkennen, daß die Ausübung dieser Befugnisse dieselbe Wirkung haben soll wie die durch den Schiffer; er beschränkt also die Vollmacht derart, daß er ebenso wie bei Zeichnung des Schiffers nur mit beschränkter Haftung verpflichtet werden kann (24, 25).

§ 643. 1. **RG.** R. 12 Nr. 2704. Das Konnossement ist nicht ein durch die Beobachtung der vorgeschriebenen Form bedingter Formalakt; es ist vielmehr, auch wenn es an dem einen oder anderen Erfordernisse fehlt, aus dem sonstigen Inhalte der Urkunde zu entnehmen, ob sie vom Aussteller als Konnossement gewollt und ob mit Rücksicht auf ihren übrigen Inhalt auch hieran nicht zu zweifeln ist. Allerdings entscheidet nicht lediglich der Wille des Ausstellers. Es muß vielmehr auch objektiv der Inhalt der Urkunde ein solcher sein, daß sie vom Verkehre als Konnossement angesehen wird.

2. *Schminke 26. Der Inhalt des Konnossements bestimmt sich nach dem Rechte des Bestimmungsorts und in Ermangelung eines solchen nach dem der Flagge.

§ 644. *Schminke 7. Inhaberkonnossemente, deren Zulässigkeit sich aus § 793 BGB. ergibt, sind im deutschen Seefrachtverkehre nicht gebräuchlich; ihre Ausstellung kann nur im Einverständnisse mit dem Ablader erfolgen.

§ 645. *Schminke 28. Die Übertragung des Namenkonnossements ist nach dem Rechte des Bestimmungsorts und, wo ein solcher nicht gegeben, nach dem der Flagge zu beurteilen. Jedes Indossament auf dem Konnossement muß nach den Gesetzen seines Ausstellungsorts beurteilt werden; wird jedoch ein Konnossement das ein am Ausstellungsort ungültiges Indossament trägt, im deutschen Rechtsgebiete weiter indossiert, so ist die Ungültigkeit des früheren Indossaments bedeutungslos, wenn es den deutschen Gesetzen entspricht (29, 30). Die Entscheidung aller Fragen, die sich auf die Erfüllung des Konnossements beziehen, muß nach dem Rechte getroffen werden, welches am Bestimmungsorte gilt; ist ein solcher nicht gegeben, so ist das Recht der Flagge zur Anwendung zu bringen (53).

§ 647. *Schminke 34/35. Die Frage, in welcher Weise der Besitz an den im Konnossemente verbrieften Waren erlangt wird, und ob die Übergabe der Urkunde diejenige des Ladungsguts ersetzen kann, ist grundsätzlich nach dem Sachstatute zu entscheiden. Ein solches ist aber nicht gegeben, wenn die Ladung auf staatenlosem Gebiete, der hohen See, schwimmt; in solchen Fällen muß das Recht der Flagge angewendet werden. Der Übergang des mittelbaren Besitzes infolge der Konnossementsübergabe ist nicht Voraussetzung für die Traditionswirkung (38). Wird ein abhanden gekommenes Konnossement zum Zwecke der Übereignung übergeben, so erlangt der gutgläubige Erwerber das Eigentum am Papiere, nicht aber an der Ware; er muß demnach die Ware, die er zu fordern berechtigt ist, dem Eigentümer herausgeben (41).

Zusatz zu § 651. Durchkonnossement. Literatur: Jacobsen, Das Durchkonnossement und dessen Freizeichnungen. (Erlanger Dissertation

1912.) **RG.** JW. **12** 804 Nr. 24, LeipzZ. **12** 852. Wer einen Frachtvertrag über die Beförderung eines Gutes von Bremen nach Progreso schließt und ein auf den Namen des Empfängers lautendes Durchkonnossement zeichnet, ist, auch wenn von vornherein klar ist, daß er zum ersten Teile der Reise nicht eigene Schiffe benutzen, sondern die Teilbeförderung durch einen mit dem Norddeutschen Lloyd abzuschließenden Frachtvertrag bewirken werde, Verfrachter, nicht Spediteur.

§ 652. *Schminke. (65): Der Reeder haftet auch für die Richtigkeit der Konnossementsangaben bezüglich des Abladeorts, der Abladezeit und des zur Beförderung benutzten Frachtschiffs. (70): Bei unrichtiger Angabe von Ort und Zeit muß er den Unterschied ersetzen, der zwischen der gelieferten und zu liefernden Ware besteht; bei unrichtiger Bezeichnung des Schiffes bestimmt sich der Umfang der Ersatzpflicht nach den Vorschriften des BGB.; die Beschränkung des § 611 BGB. findet keine Anwendung.

§ 658. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 133, Hansa **13** 138 (Hamburg). Der Ablader kann, wenn auch im Besitze des Konnossements, Ansprüche aus § 658 nicht erheben; er kann nur das ausgeliefert verlangen, was er hingegeben hat.

§ 662. LeipzZ. **12** 574 ff. (LG. Hamburg). Auf Frachtverträge dessen, der ein Schiff mit der Besatzung gemietet hat, ist § 662 Abs. 1 aus dem Bedürfnisse des Verkehrs heraus analog anzuwenden. Es ist für den Verkehr nicht erträglich, daß der Empfänger einer zu Schiffe ihm angebrachten Ware für das Bestehen von Ansprüchen gegen das Schiff, die regelmäßig die einzigen ihm sofort greifbaren sind, von dem für ihn nicht erkennbaren Umstand abhängig sein soll, ob das Schiff sich in richtiger Charter oder in Zeitcharter befindet. Der Sinn des § 662 ist ja auch, daß es für ihn ohne Bedeutung sein soll, ob das Schiff für den Reeder oder für einen Charterer fährt. ➠ Das Urteil ist inzwischen vom HansOLG. aufgehoben worden, dessen Entscheidung noch nicht vorliegt. Das vom LG. gewollte Resultat ist erstrebenswert, seine Begründung aber nicht unbedenklich: sie will eine offenbare Ausnahmevorschrift analog anwenden. Aber man gelangt zum gleichen Ergebnisse, wenn man sich auf § 510 stützt. Auch der conductor navis et magistri „vertraut dem gemieteten Schiffer die Führung des Schiffes an", ist also Ausrüster (anders **RG. 56** 361; vgl. aber HansGZ. **06** Hptbl. 226 ff.); aus seinen vom Schiffer auszuführenden Verträgen entstehen sonach Schiffsgläubigerrechte. Red. ⟵

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§ 719. LeipzZ. **12** 799 (LG. Hamburg). Den nach § 719 Nr. 1 vom Preise der Ware abzuziehenden Zöllen steht bei Zucker die Zuckersteuer gleich.

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Literatur zum Entwurfe des Seenotgesetzes: Mittelstein, DJZ. **12** 604 ff. — Schaps, RuW. **12** 297 ff.

§ 734. 1. Ersatzanspruch. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 156. Aus einem verschuldeten Schiffszusammenstoß erwächst ein Schadensersatzanspruch dann nicht, wenn das angerannte Schiff und seine Ladung auch ohne denselben alsbald gesunken wäre, also unrettbar verloren war. b) HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 110, ZVersWes. **12** 62 (Hamburg). Der Anspruch auf die Kosten der Schiffsreparatur ist sofort nach der Schadenszufügung begründet, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger den Betrag tatsächlich zur Ausführung der Reparatur verwenden will oder nachträglich verwendet. Er wird auch nicht durch nachträglichen Untergang der beschädigten Sache beseitigt. c) HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 9, 59 (Hamburg). Der an der Kollision schuldige Teil hat Nutzungsverlust auch für die Zeit bis zur Auf-

machung der Schadenstaxe zu zahlen, soweit nicht der Geschädigte selbst deren Verzögerung verschuldet hat. Die Verzögerung des Reparaturauftrags ist zu Lasten des Geschädigten.

2. Beweislast. **RG.** Hansa **12** 611, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 102. Rennt ein überholendes Schiff das überholte an, so liegt eine prima facies für sein Verschulden vor. ➵ Das Urteil hebt die JDR. **10** 682 mitgeteilte Entsch. des HansOLG. — HansGZ. **11** Hptbl. Nr. 37 — auf. Red. ⟵

3. Geltung für Kriegs- und sonstige Staatsschiffe? **RG. 79** 180 ff. Art. 7 EGHGB. hat nicht bloß seinem Wortlaute nach auch für Kriegsschiffe Geltung, sondern es war auch besonderer Anlaß vorhanden, die Vorschriften der §§ 734—739 HGB. auch auf die von Kriegsschiffen verschuldeten Fälle eines Zusammenstoßes zu erstrecken (wird ausgeführt). . . . Eine Einschränkung des Art. 7 EGHGB. ist nicht deshalb geboten, weil seine Anwendung zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde. Richtig ist, daß sich für seine Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art aus seiner Fassung Schwierigkeiten ergeben, da von einem Schiffsgläubigerrecht und einer Haftung nach Maßgabe von § 486 Abs. 1 Nr. 3 HGB., folglich also von einer wörtlichen Anwendung des § 734 HGB. in Ansehung von Kriegsschiffen nicht die Rede sein kann. Hieraus ergibt sich indessen nur die Notwendigkeit, die Vorschrift des § 734 entsprechend anzuwenden. Und aus der Unmöglichkeit, ein Kriegsschiff zur Zwangsversteigerung zu bringen, folgt, daß der Fiskus persönlich haften muß, während aus der Bestimmung, daß der Reeder im Falle des § 734 nur mit dem Seevermögen haftet, die Folgerung geboten ist, daß der Fiskus für eine von einem Kriegsschiffe verschuldete Kollision nur bis zum Belaufe desjenigen Wertes zu haften hat, den das Kriegsschiff zur Zeit unmittelbar nach dem Zusammenstoße besitzt. ➵ Das RG. ist hiermit von seinem Urteile **RG. 72** 347 ff. (JDR. **8** 688), das fast allgemein Widerspruch gefunden hat (JDR. **10** 682 ff.), wieder abgegangen. Auf dem Standpunkte dieses Urteils steht auch bezüglich eines Zollkutters, der in Ausübung des staatl. Hoheitsrechts einen Zusammenstoß veranlaßt, das OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **12** 39 ff. Red. ⟵

§ 738. *Schaps, RuW. **12** 298. Nach der zutreffenden herrschenden Meinung ist es, sobald kausales Verschulden des Zwangslotsen bewiesen ist, Sache des Gegners, kausales Mitverschulden von Besatzungsmitgliedern zu beweisen. Davon sind neuerdings mehrere Entscheidungen abgegangen HansGZ. **10** Hptbl. Nr. 9 **11** Hptbl. Nr. 127); § 738 der neuen Gesetzesfassung stellt die Frage im Sinne der herrschenden Meinung klar. ➵ Richtig auch Urt. des **RG.** I. vom 16. Oktober 1912, JW. **13** 98. Red. ⟵

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

Literatur zum Entwurfe des Seenotgesetzes s. Siebenter Abschnitt. Zweiter Titel.

§ 742. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 41, ZVersWes. **12** 371 (Hamburg). Die Bemessung des Hilfslohns ist nicht Gegenstand der Begutachtung, sondern der richterlichen Rechtsprechung. Das Gericht ist natürlich in der Lage, über einzelne Punkte, die es mangels technischer Sachkunde nicht zu beurteilen vermag, z. B. über nautische Dinge, Gutachten einzuziehen. Den Hilfslohn selbst aber hat es auf Grund der Verhandlung und etwaigen Beweiserhebung unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung in ähnlichen Fällen nach freiem Ermessen selbständig zu bestimmen.

§ 748. 1. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 23 (Hamburg). Nimmt der Retter zur Teilnahme an der Hilfsleistung ein fremdes Schiff an, so hat er diesem, wenn nichts vereinbart, eine angemessene Vergütung, und zwar nach der Anschauung der beteiligten Kreise einen verhältnismäßigen Teil des Hilfslohns, zu zahlen.

2. HansGZ. 12 Hptbl. Nr. 30 (Hamburg). Gültigkeit der sog. „Kompagnie-abrede".

§ 749. LeipzZ 12 488, Hansa 12 124, HansGZ. 12 Hptbl. Nr. 47 (Hamburg); SchlHolstAnz. 12 132, HansGZ. 12 Hptbl. Nr. 10 (LG. Hamburg). Der Anspruch auf Zahlung eines Hilfslohns steht dem Reeder oder, falls ein Ausrüstungsverhältnis vorliegt, gemäß § 510 dem Ausrüster zu, aber nicht dem Charterer. ➠ Übereinstimmend Schaps 732. Red. ⬅

§ 750. HansGZ. 12 Hptbl. Nr. 131, Hansa 13 86 (Hamburg). 1. Für den Begriff des „Aufdrängens" von Diensten ist es gleichgültig, ob die betreffende Maßregel an sich dringend geboten oder geraten war. 2. Dem „anwesenden" Schiffer steht ein solcher gleich, der jederzeit ohne Mühe und Zeitverlust zu finden war.

§ 753. Leo, Jahrb. f. d. internat. Rechtsverkehr 1912/13, 323. Zu einer Vereinbarung, daß der Lohn unabhängig vom Gelingen der Rettung unter persönlicher Haftung gezahlt werden soll, ist der Kapitän als solcher nicht befugt.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

Literatur: Fittbogen, Die rechtliche Stellung der Schiffsgläubiger nach den Brüsseler Vorentwürfen im Vergleiche mit dem deutschen Rechte (Rostocker Diss. 1912).

§§ 754 ff. Juristische Natur des Schiffsgläubigerrechts. 1. Martin, DJZ. 12 383 ff., verteidigt die schon in früheren Schriften von ihm verfochtene Theorie von der Rechtspersönlichkeit des Schiffes.

2. Fittbogen 78 ff. schließt sich der von Cosack, Schaps und Brandis verfochtenen Theorie der mit einem gesetzlichen Pfandrechte verbundenen Realobligation an.

3. Leonhard, Schiffe als Prozeßparteien (Festgabe für Brie, 1912) 35 ff., verneint die Rechtspersönlichkeit des Schiffes.

§§ 754, 761. Ritter, R. 12 631. Wird wegen eines Schiffsgläubigerrechts mit beschränkter Haftung ein Arrest erwirkt, so mag der Reeder unbekümmert um sonst noch etwa bestehende Schiffsgläubigerrechte ähnlicher Art die Lösungssumme hinterlegen; die ihm gesetzlich gewährleistete Beschränkung der Haftung bleibt ihm gewahrt. ➠ Vgl. zu dieser Frage JDR. 10 683 ff. Red. ⬅

§ 755. LeipzZ. 12 93. (Hamburg) Bei Erwirkung eines Arrestes wegen eines Schiffshypotheken- oder Schiffsgläubigeranspruchs kommt es nicht darauf an, ob der persönliche Schuldner solvent ist. — ➠ Vgl. JDR. 9 629 ff. Red. ⬅ —

§ 761. RG. 78 308 ff. Die Pfandklage, mit der der Schiffsgläubiger sein Recht auf Befriedigung aus dem Schiffe geltend macht, ist gegen den Schiffseigner zu richten, den also, der das Schiff zur Schiffahrt verwendet, sei er der Eigentümer oder bloßer Ausrüster. Der Eigentümer, der das Schiff nicht selbst zur Schiffahrt verwendet, sondern es einem Ausrüster überlassen hat, ist für die Pfandklage nicht passiv legitimiert. Für die Passivlegitimation ist aber nicht der Zeitpunkt der Entstehung einer Schiffsschuld, sondern derjenige der Klagerhebung zunächst maßgeblich. Ist das Ausrüsterverhältnis beendigt, so ist der Eigentümer wieder „Schiffseigner" und auch für solche Schiffsschulden der rechte Beklagte, die während dessen Dauer entstanden sind.

§ 774. 1. HansGZ. 12 Hptbl. Nr. 82 (Hamburg). a) Für die Passivlegitimation gegenüber dem Anspruch aus § 774 ist es gleichgültig, ob die Schiffsgläubigerforderung unter dem gegenwärtigen oder unter einem früheren Reeder oder Ausrüster entstanden ist (vgl. Schaps, Anm. 1 zu § 774 u. Zitierte). b) Der Inseesendung steht die Vermietung zum Schiffahrtsbetriebe gleich.

2. **RG.** HansGZ. 12 Hptbl. Nr. 144. Eines Vorbehalts im Urteilstenor, daß nur mit der Beschränkung nach § 774 gehaftet werde, bedarf es nicht, wenn die Zahlungspflicht nach Tatbestand und Begründung lediglich auf § 774 gestützt ist.

§ 776. LeipzZ. **12** 409 (Hamburg). Ein gegen den Reeder ergangenes, das Schiffsgläubigerrecht feststellendes Urteil (insbesondere Versäumnisurteil) braucht der an jenem Prozesse nicht beteiligte Schiffshypothekengläubiger nicht gegen sich gelten zu lassen.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

Literatur: Bleh, Transportversicherung, Zeitschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **5** Beibl. 128 ff. (populär!).

§ 817. **RG.** Hansa **12** 749, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 112, LeipzZ. **13** 160, ZVersWes. **12** 570. Die Entscheidung bestätigt das JDR. **10** 686 mitgeteilte Urteil des HansOLG.

§ 820. Literatur: ZVersWes. 12 603, Die Haftung des Versicherers bei See- Fluß- und Landtransporten für Regenschäden.

§ 821. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 111, ZVersWes. **12** 559 (Hamburg). Die mangelnde Seetüchtigkeit des für eine Seereise versicherten Schiffes kann der Versicherer nicht einwenden, wenn es sich um ein Flußschiff handelt. ➠ Vgl. **RG. 43** 5. Red. ⟵

§ 849. **RG.** LeipzZ. **12** 402, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 78. Die Entscheidung bestätigt das JDR. **10** 686 mitgeteilte Urteil des HansOLG.

§§ 882 ff. HansGZ. **11** Hptbl. Nr. 105, LeipzZ. **12** 174 (Hamburg); **RG.** ZVers. Wiss. **12** 1061, LeipzZ. **12** 940 ff., HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 110. Die sog. „Anschlußklausel" („Im Schadensfalle . . . schließen sich die unterzeichneten Gesellschaften den Maßnahmen der X-Versicherungsgesellschaft stillschweigend an und akzeptieren solche Maßnahmen und Vereinbarungen auch ohne vorherige Anfrage seitens des Herrn Versicherten. Demgemäß verpflichten sie sich, bezüglich etwaiger Schäden auch für ihren Prorataanteil ebenso zu bezahlen, wie die X-Versicherungsgesellschaft bezahlt hat, gleichviel, ob laut Dispache oder à l'amiable") hat zur Folge, daß auch der Versicherer auf Fracht und Interesse die vom führenden Kaskoversicherer anerkannte Dispache oder gütliche Abmachung im Falle des Totalverlustes gegen sich gelten lassen muß.

§ 885. LeipzZ. **12** 91 (Hamburg). Ist dem Versicherten in der Police der Beweis des Interesses und Betrags erlassen, so ist dem zum Gegenbeweise berechtigten Versicherer die Zuschiebung von Eiden in Staffelform über den Wert der versicherten Gegenstände nicht gestattet. Ein solches Verfahren ist nichts anderes als ein indirekter Zwang zur Aufgabe eines vertragsmäßig verbrieften Rechtes.

Seerechtliche Nebengesetze.

Gesetz betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899.

§ 5. Kuttner, JheringsJ. **61** 169. Die Eintragungen ins Schiffsregister haben teilweise nur deklaratorische Bedeutung, indem sie lediglich einen unabhängig von der Eintragung entstandenen privatrechtlichen Rechtszustand registrieren, teilweise aber auch konstitutive Bedeutung, indem die Eintragung ein für den Eintritt der privatrechtlichen Rechtsänderung unerläßliches Tatbestandselement hinzufügt (Beispiel: Eintragung eines Schiffspfandrechts, § 1262 BGB.). Wenn auch diese Eintragungen nirgends einen ähnlich gesicherten „öffentlichen Glauben" genießen wie das Grundbuch, so muß doch für sie der Rechtssatz Geltung haben, daß sie, ebenso wie die Grundbucheintragung, eine gesetzliche Rechtsvermutung für das Bestehen des eingetragenen und für das Nichtbestehen des wieder gelöschten Rechtsverhältnisses begründen.

Schiffsvermessungsordnung vom 1. März 1895.

Literatur: Herner, Hafenabgaben und Schiffsvermessung (Probleme der Weltwirtschaft, herausgeg. v. B. Harms, Bd. 11).

Gesetz, betreffend die Untersuchung von Seeunfällen vom 27. Juli 1877.

Literatur: Wittenberg, Die Umgestaltung des Seeunfallgesetzes.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§ 27. SchlHolstAnz. 12 101 (Kiel). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn einem Manne der Schiffsbesatzung für die Eingehung des Heuervertrags von dem Reeder zur Bedingung gemacht wird, daß er Schiffsparten eines anderen Schiffes dauernd übernimmt.

§§ 91, 111. **RG.** JW. 12 956. Bloßes unbotmäßiges Benehmen bei einem Wortwechsel und ungehörige dreiste Redensarten sind keine „Widersetzlichkeiten" im Sinne des § 91 Abs. 2, die eine Gehorsamsverweigerung, eine Bereitschaft zu Gewalttätigkeiten voraussetzen und dem Kapitän „die Anwendung aller Mittel gestatten, die erforderlich sind, um seinen Befehlen Gehorsam zu verschaffen". Überschritt dieser die ihm im § 91 Abs. 1 gezogenen Grenzen, indem er körperliche Züchtigung anwendet, so machte er von seiner Disziplinargewalt einen fehlerhaften, tadelnswerten Gebrauch, „mißbrauchte" sie also.

§ 96. Abs. 1 und 2 Nr. 2. **RG.** GoltdA. **59** 347. Gröbliche Verletzung der Dienstpflichten ist eine solche, die das Maß des Gewöhnlichen überschreitet, also nicht ein bloßes Nichtgehorchen, das mit großer Müdigkeit, d. i. körperlicher Leistungsunfähigkeit, begründet wird.

§ 117. Abs. 2. **RG.** (Straff.) **45** 381. Unkenntnis von Vorschriften der Bekanntmachung des Bundesrats über Besatzung der Kauffahrteischiffe ist Rechtsirrtum.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

Allgemeines. 1. **RG.** (Straff.) **45** 395. Auch fahrlässige Übertretung der SStrO. ist nach § 145 StGB. strafbar.

2. Hansa **12** 1032 (Hamburg). Die SStrO. ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Zu dem von ihr unter Schutz gestellten Interessenkreise gehört der Eigner des angerannten Schiffes mit seinen gesamten auf Schiff und Besatzung sich konzentrierenden Vermögensinteressen. Daher haftet ihm der Beschädiger auf den Betrag der Pension, die er seinem durch die Kollision geschädigten Kapitän zahlen muß.

Einleitung. **RG.** Hansa **12** 811, R. **12** Nr. 2876, ZVersWes. **12** 548. Einem nicht in Fahrt befindlichen Schiffe (Einl. Abs. 4), auch einem solchen, das im Anlegen begriffen ist, hat ein in Fahrt befindliches Schiff auszuweichen.

Art. 3. Hansa **12** 515, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 93 (Hamburg). Art. 3 Abs. 1 Satz 1 gilt nicht nur, wenn der Schlepper die geschleppten Fahrzeuge hinter sich hat, sondern auch, wenn sie sich an seiner Seite befinden.

Artt. 17 ff. Hansa **12** 407 (Hamburg). Manöver des Lotsendampfers, welche beim Lotsenübersetzen stattfinden, sind nicht zu signalisieren. ➸ Vgl. Schaps 683 Anm. 3. Red. ⇤

Art. 21. Literatur: Budde, Hansa **12** 762 ff., 790 ff. — Darmer, Hansa **12** 706. — Neugrön, Hansa **12** 481 ff., 501 ff., 521 ff.

Artt. 21, 24. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 105 (Hamburg). Wenn ein kreuzender Segler überholt wird, so erfordert die Vorschrift des Beibehaltens von Kurs und Geschwindigkeit, daß er seinen Schlag soweit aussegelt, wie sein Tiefgang es erlaubt.

Art. 28. Literatur: Coldewey, Hansa **12** 235 ff. — Schubert, Hansa **12** 303 ff.

RG. R. 12 Nr. 310. Die Benutzung der im Art. 28 vorgeschriebenen Signale zu Fragen und Antworten ist als mißbräuchlich anzusehen. Diese Signale dürfen nicht von der ihnen entsprechenden Bewegung des Schiffes losgelöst werden, vielmehr müssen sie den wirklich eingeschlagenen Kurs anzeigen.

Art. 29. Hansa **12** 703 ff. berichtet über Urteile des HansOLG., die sich mit der Besetzung des Ausgucks beschäftigen.

Art. 30. 1. **RG.** Hansa **12** 682, HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 144. Die „Polizeilichen Vorschriften" der Unterweserverordnungen haben zwar einen Teil der Bestimmungen der Seestraßenordnung in sich aufgenommen, teils wörtlich, teils mit gewissen Abweichungen. Diese Übernahme reichsrechtlicher Bestimmungen in die nach Art. 30 rechtswirksam erlassene Lokalverordnung ändert nichts an der Tatsache, daß die Stellung der Norm hier als Landesrecht, nicht als Reichsrecht in Betracht kommt.

2. Boyens, Hansa **12** 681 ff., bekämpft dieses Urteil. Nach der Einleitung und Art. 30 SStrO. gelte diese, soweit sie nicht durch lokale Verordnungen beseitigt werde. Eine solche Beseitigung erfolge nicht, soweit der Text lediglich in die landesrechtliche Verfügung aufgenommen sei. Sie verändere dadurch nicht ihren Charakter und ihre Bedeutung. ➠ Vgl. auch Edzard, Hansa **13** 83. Red. ⟵

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 1. Schiffahrt auf dem Kaiser-Wilhelm-Kanal. 1. **RG. 79** 104 ff. Aus Verschulden des Kanallotsen haftet der Reichsfiskus dem Reeder des gelotsten Schiffes jedenfalls nach § 831 BGB.: es kann dahingestellt bleiben, ob nicht sogar ein Vertrags- oder vertragsähnliches Verhältnis zwischen dem Fiskus als Betriebsunternehmer des Kanals und dem die Durchfahrt in Anspruch nehmenden Schiffer vorliegt, das zur Anwendung des § 278 BGB. führen würde. ➠ Vgl. JDR. **9** 634. Red. ⟵

2. SchlHolstAnz. **12** 327 (Kiel). Die Haftung des Reichsfiskus für Verschulden seines Schleppzugspersonals ist dem geschleppten Schiffe gegenüber durch § 55 Abs. 2 KanalbetriebsO. ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluß ist gültig; nicht in Betracht kommen die Erwägungen des **RG. 45** 166 ff., **62** 264 ff., **68** 358 ff., die den jetzt aufgehobenen § 1 Abs. 2 BetriebsO. betreffen. Dort hatte das Reich allgemein, auch soweit es mit den durch den Kanal fahrenden Schiffseigentümern in keinerlei Vertragsverhältnis stand, eine Befreiung für Schadenshaftung statuiert bzw. ausbedungen. Hier aber handelt es sich um die Gültigkeit einer Abrede, die Bestandteil eines privatrechtlichen Schleppvertrags ist, und das Kanalgesetz gibt keine Normen, die in diese privatrechtliche Vertragssphäre eingreifen könnten.

§§ 1, 2, 4. S. § 761 HGB.

§ 2. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 57 (LG. Hamburg). Durch die Miete eines Schiffes mit Schiffer wird der Mieter nicht Ausrüster. Beim Dienstverschaffungsvertrage handelt der, der die Dienste leistet, in Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vermieters; er ist daher dessen Erfüllungsgehilfe, und der Vermieter haftet für sein Verschulden (Dalberg, JW. **11** 140 ff.).

§ 3. Literatur: Gütschow, Nautisches Verschulden in der Binnenschiffahrt, EisenbE. **29** 11 ff.

HansGZ. **12** Nr. 57 (LG. Hamburg). § 3 trifft nicht nur körperlichen und Sachschaden, sondern auch Fälle von schuldhafter Verletzung subjektiver Rechte.

§ 4. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 109 (Hamburg). Zur „Führung" des Schiffes im Sinne von § 4 Abs. 2 gehört auch das Hinlegen des Schiffes an eine bestimmte Stelle nach Ankunft am Bestimmungsorte sowie ein etwaiges Ablegen von dieser Stelle und ein etwaiges Wiederanlegen an dieselbe.

Zusatz zu § 4. Schleppschiffahrt. 1. SpeduSchiffZ. **12** 602 (KG.). Der Führer des Schleppdampfers ist Führer des Schleppzugs und hat in dieser Eigenschaft dafür zu sorgen, daß die an seinen Dampfer angehängten Kähne sich in ordnungsmäßigem Zustande befinden, so daß sie nicht etwa andere Fahrzeuge beschädigen. Er hat sich insbesondere vor Antritt der Fahrt davon zu überzeugen, daß die Kähne mit einem Hinteranker oder einer anderen zum Anhalten dienenden Vorrichtung versehen sind.

2. S. Nr. 2 zu § 1.

§ 24. SpeduSchiffZ. **12** 43 (Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft Berlin). Nach allgemeinem Schiffahrtsgebrauch ist allerdings der Lohn des Schiffsmanns ihm regelmäßig auf dem Schiffe, und zwar da zu zahlen, wo sich das Schiff zur Zeit der Fälligkeit der einzelnen Lohnrate gerade aufhält. Hierdurch wird aber im Falle einer Lohnstreitigkeit nicht eine Zuständigkeit des Gerichts begründet, in dessen Bezirk sich das Schiff jeweilig befindet.

§§ 26 ff. Literatur: Freytag, Das Frachtrecht der Binnenschiffahrt unter vergleichender Heranziehung des Seerechts.

§§ 37, 69, 71. LeipzZ. **12** 482 ff. (Hamburg). Muß nach Antritt der Reise auf Grund behördlicher Anordnung die Ladung ohne Verschulden des Absenders zeitweilig gelöscht werden und tritt der Absender darauf vom Vertrage zurück, so hat er nicht Fautfracht, sondern Distanzfracht nebst den im § 71 genannten Nebenkosten zu zahlen.

§ 46. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 109 (Hamburg). Für die Beschaffenheit des von ihm gewählten Löschplatzes hat in erster Linie der Führer des Schiffes einzustehen.

§ 56. 1. SpeduSchiffZ. **12** 43 (Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft Berlin). Nach Ortsgebrauch ist ein Schiffer zu einer Entlöschung während der Nachtzeit nur verpflichtet, wenn eine Gefahr für den Untergang oder die Verschlechterung des Frachtguts besteht, nicht aber auch dann, wenn eine Anhäufung löschbereiter Kähne vorliegt. Wo eine Entlöschung zur Nachtzeit vorkommt, beruht dies, abgesehen von den Fällen der Not, auf gütlicher Verständigung.

2. SpeduSchiffZ. **12** 144. Ein Handelsgebrauch, nach dem der Schiffer nach Beendigung der ortsüblichen Arbeitszeit das weitere Löschen der Ladung dulden muß, wenn nur noch ein geringer Teil zu löschen ist und weder die Hilfe des Schiffers noch die seiner Leute in Anspruch genommen wird, ist nicht festzustellen.

§ 58. **RG.** 78 380. Der Kahnschiffer haftet dem Ladungsbeteiligten nicht für ein Verschulden des von ihm angenommenen Schleppers.

§ 61. **RG.** LeipzZ. **12** 238. Unzulässig ist die Feststellung des Zustandes des Frachtguts durch einen Notar statt durch amtlich bestellte Sachverständige.

§ 66. SpeduSchiffZ. **12** 389 (Gutachten der HK. Berlin). Im Schiffsverkehr werden im allgemeinen unter „Mehrspesen infolge von Erschwernissen und Hindernissen der Schiffahrt" Frachterhöhungen wegen niedrigen Wasserstandes nicht verstanden, sondern nur diejenigen Unkosten, die z. B. durch Anwendung von Eisbrechern, Umladung u. dgl. entstehen. Frachterhöhungen wegen niedrigen Wasserstandes müssen vielmehr ausdrücklich vorbehalten werden; derartige Erhöhungen (Wasserstandsklausel) werden vielfach als Kleinwasserzuschlag bezeichnet.

§ 82. ZVersWes. **12** 124 (LG. Berlin). Zwischenhafen im Sinne von § 82 Nr. 5 ist nicht ein für gewisse Aushilfszwecke zum Kanal geschaffener Seitengraben, selbst wenn dessen Unterböschungen das Laden und Löschen gestatten.

§ 85. Vgl. zu § 719 HGB.

§ 109. HansGZ. **12** Hptbl. Nr. 56 (Hamburg). Der Anspruch aus § 109 Abs. 3 ist ein erst infolge des eingetretenen Ausfalls und mit diesem entstandenes Recht auf Inanspruchnahme des Landvermögens des Schiffeigners; er konnte also von

einem vor dem Verkaufe des Dampfers abgeschlossenen Zwangsvergleiche nicht ergriffen werden.

§ 114. Vgl. zu § 774 HGB.

§ 121. Kuttner, JheringsJ. **61** 169. S. zu § 5 Flaggenrechtsgesetz.

Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung.

Literatur: v. Boenigk, Haftung der Post bei Nachnahmebriefen, DJZ. **11** 1549. — Hammer, Die Aushändigung der Sendungen am Postschalter, GesuR. **12** 112. — Derselbe, Die besonderen Vorrechte der Post, GesuR. **12** 516. — Hausmeister, Erfüllung mittels Einzahlung oder Überweisung auf Postscheckkonto, HoldheimsMSchr. **12** 11. — Hoffmann, Zum Begriff des Warenführers im Vereinszollgesetz, Ztschr. fZollw. **11** Nr. 3. — Hotz, Die Verjährung der Postporti, unter Berücksichtigung des Postreservatrechts Bayerns, EisenbE. **28** 10. — Köhler, Postordnung und Postzwang, JW. **12** 1032. — Niggl, Die Haftung der Post für Nachnahmesendungen des inneren deutschen Postverkehrs, BayRpflZtschr. **12** 35. — Perlmann, Postordnung und Postzwang, JW. **12** 225. — Reichert, Die Haftung der Post für Nachnahmesendungen, EisenbE. **28** 19. — Städler, Die Postordnung und Telegraphenordnung für das deutsche Reich. — Derselbe, Außerkontraktliche Haftpflichtnormen in der Reichspostordnung, EisenbE. **28** 28. — Welcke, Das Recht des Fernsprechnebenanschlusses, EisenbE. **27** 255. — Würth, Luftzollrecht.

Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871.

§§ 6, 51. 1. (§ 19 PostO.) *Niggl, BayRpflZ. **12** 35 ff. a) Geht eine Nachnahmesendung vor Vorzeigung beim Adressaten verloren, so hat die Post, wenn es sich um einen Wertbrief, ein Paket mit oder ohne Wertangabe oder eine Einschreibsendung handelt, ohne Rücksicht auf die Belastung mit Nachnahme gemäß §§ 6, 8—10, 12 Ersatz zu leisten. Für verlorene gewöhnliche Pakete gemäß § 6 Abs. 5 kein Ersatz. Gleiches gilt für die Beschädigung von Nachnahmesendungen mit Ausnahme der Einschreibsendungen, für deren Beschädigung nach § 6 Abs. 1 II nicht gehaftet wird. b) Streitig, ob für den Nachnahmebetrag zu haften ist, wenn eine Sendung versehentlich ohne Einhebung der Nachnahme oder unter Einziehung eines zu geringen Betrags ausgehändigt wird. Für die Haftung wird geltend gemacht: § 6 beziehe sich nur auf die Haftungsfälle aus dem eigentlichen Postbeförderungsgeschäfte; die Einziehung der Nachnahme sei kein solches Geschäft, Verstöße dagegen seien daher mangels postalischer Sondervorschrift nach §§ 276, 278 BGB. zu beurteilen. Die erwähnte Tätigkeit sei auch nicht unter die „Gegenstände" zu zählen, für die gemäß § 6 Abs. 5 nicht gehaftet wird. Dem ist nicht beizustimmen. § 6 regelt nicht nur die Haftung aus den reinen Beförderungsgeschäften der Post; denn nach Abs. 4 wird auch für die auf Postanweisungen eingezahlten Beträge Gewähr geleistet, also für Sachen, die nicht „befördert" werden. Es können daher auch Geschäfte der Post, die keine reinen Beförderungsgeschäfte sind (Zustellung von Schreiben mit Zustellungsurkunde, § 40 PostO., Nachnahmesendungen) unter den Begriff „Gegenstände" (= Materien) des Abs. 5 eingeordnet werden. Durch § 51 sind ferner alle anderweitigen Bestimmungen über Gegenstände, worüber das PostG. verfügt, aufgehoben. Damit ist auf die Materie der Haftung der Post für die von ihr betriebenen Geschäfte der ausschließlichen Regelung durch das postalische Sonderrecht vorbehalten. Da dieses die behandelte Haftfrage nicht berührt, besteht keine Haftpflicht der Postverwaltung (vgl. dagegen Art. 7 § 3 Abs. 2 WeltPV., Art. 8 § 4 Abs. 2 IntPostpakV., Art. 2 § 2 IntWertbriefÜb.: nach Aushändigung der Sendung ist die Verwaltung des Bestimmungslandes für den Nachnahmebetrag haftbar). Ohne Bedeutung, daß sogar für gewöhnliche Briefe

mit Nachnahme eine Einlieferungsbescheinigung erteilt wird (§ 19 III PostO): sie soll den Absender auch dann ausweisen, wenn der eingezogene Betrag verloren gegangen ist (s. c). Die erhobene Vorzeigegebühr (VII aaO.) ist keine Versicherungsgebühr, also ohne Belang für die Haftfrage. Die Bestimmung der PostO. (IV Abs. 4 Satz 1 aaO.), wonach Nachnahmesendungen nur gegen Zahlung des Nachnahmebetrags ausgehändigt werden dürfen, ist lex imperfecta, weil keine Rechtsfolgen an ihre Außerachtlassung geknüpft sind. c) Für eingezogene Nachnahmebeträge ist zu haften, da diese Beträge auf Postanweisung oder Zahlkarte eingezahlt werden und die Post dafür gemäß § 6 Abs. 4 PostG. (§ 13 II PostScheckO.) gewährleistet. Eingezogen ist ein Betrag nur, wenn er einem von der Post mit der Einziehung beauftragten Beamten ausgehändigt worden ist, dann aber auch ohne Rücksicht darauf, ob dieser ihn zur Postkasse abliefert oder nicht.

2. v. Boenigk, DJZ. 11 1549, äußert sich ebenso wie Riggl unter b.

3. Reichert, EisenbE. 28 19, führt im Gegensatze hierzu aus: Das Fehlen einer besonderen Bestimmung über die Haftung für die unterlassene Einziehung eines Nachnahmebetrags im Reichspostgesetz kann nicht den Ausschluß dieser Haftung bedeuten. Vielmehr sind, da das Sonderrecht der Post versagt, die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags anzuwenden. Zu c stimmt Reichert mit Riggl überein.

Gesetz über das Posttaxwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871.

§ 7. Hotz, EisenbE. 28 10. Die Postporti des inneren bayerischen Verkehrs verjähren, da § 7 G. über das Posttaxwesen für diesen Verkehr nicht gilt, gemäß § 196 Ziff. 3 u. § 201 BGB. in zwei Jahren vom Schlusse des Jahres an gerechnet, in dem der Anspruch der Post auf das Porto entstanden ist. Denn der Ausdruck „Frachtfuhrleute" im § 196 Ziff. 3 BGB. ist allgemein in der Bedeutung von Transportunternehmer zu verstehen, wozu auch die Post gehört, nicht bloß im Sinne von Frachtführer gemäß § 425 HGB. Ist dies aber zutreffend und die Tätigkeit der Staatsposten überhaupt nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, so trifft § 196 Ziff. 3 BGB. auch auf die Beförderungsgeschäfte der Postverwaltungen insoweit zu, als seine Anwendung nicht durch sondergesetzliche Vorschriften ausgeschlossen ist.

Postordnung für das Deutsche Reich vom 20. März 1900.

Städler, EisenbE. 28 28, untersucht die Frage, ob die Zuständigkeit der Reichspostordnung auf Festsetzungen kontraktlichen Inhalts beschränkt ist oder ob sie auch außerkontraktliche, z. B. deliktische Verhältnisse gegenüber dem Publikum zu regeln vermag. Er beantwortet die Frage im Sinne der zweiten Alternative und führt weiter aus, daß den deliktischen Haftpflichtnormen keine konstitutive, sondern nur eine deklaratorische Wirkung innewohnt, daß aber die §§ 5 u. 6 in formellrechtlicher, d. h. prozessualer Hinsicht eine Art konstitutiver Wirksamkeit haben, insofern als die vom schuldhaften Absender im Wege der Vertragsabrede ausdrücklich bestätigte Übernahme seiner — anderweit begründeten — Haftung ex delicto als prozessuales Anerkenntnis nach § 93 ZPO. ausgelegt werden kann.

Postscheckordnung (§§ 3, 4 u. 5).

*Hausmeister, Erfüllung mittels Einzahlung oder Überweisung auf Postscheckkonto, HoldheimsMSchr. 12 11. Mit Stellung des Antrags auf Eröffnung eines Kontos bevollmächtigt der Antragsteller das Postscheckamt zur Annahme von Zahlungen für seine Rechnung, mit Vollziehung der Gutschrift ist daher das Schuldverhältnis durch reguläre Erfüllung erloschen, soweit nicht

der Kontoinhaber gegenüber dem Schuldner jene Vollmacht widerrufen hat. Dagegen braucht niemand einen eigentlichen Postscheck (zur Bareinlösung) in Zahlung nehmen.

Gesetz über das Telegraphenwesen vom 6. April 1892 (§§ 1, 2, 3, 11). Dienstanweisung für Post und Telegraphie vom 1. September 1908 (§§ 4, 6).

(Vgl. auch Telegraphenwegegesetz)

RG. JW. **11** 333, EisenbE. **28** 87. Wenn in dem Telegraphengesetz von dem ausschließlichen Betriebsrecht des Reichs, von der Notwendigkeit oder Entbehrlichkeit der Genehmigung des Reichs die Rede ist und wenn ferner gewisse Maßnahmen dem Reichskanzler oder den von ihm ermächtigten Behörden übertragen sind, so folgt daraus nicht, daß in den über solche Angelegenheiten — z. B. der Anlage von Privatfernsprechanlagen — anhängig werdenden Prozessen der Reichsfiskus nur durch den Reichskanzler oder seinen Stellvertreter vertreten werden könne. Vielmehr ist diese Zuständigkeit in Ermangelung von besonderen Gesetzesvorschriften nach den betreffenden, von den obersten Reichsbehörden erlassenen Dienstanweisungen zu beantworten. Aus den Bestimmungen der hier in Frage kommenden Dienstanweisung für Post und Telegraphie ergibt sich, daß die Oberpostdirektionen auch in derartigen Angelegenheiten Vertreter des Reichsfiskus im Prozesse sind.

§ 3. 1. **RG.** JW. **11** 662, EisenbE. **28** 311. Die von dem Erfordernisse der Genehmigung durch das Reich befreiten Telephon- und Telegraphenanlagen brauchen sich nicht unmittelbar auf dem Bahngelände zu befinden, die Grenzen des zulässigen Abstandes sind nicht nur aus den örtlichen und betriebstechnischen, sondern auch aus den wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnissen des Einzelfalls zu bestimmen. Allein durch die Mitberücksichtigung wirtschaftlicher und sonstiger Verhältnisse, sowie insbesondere dadurch, daß das RG. es mit der Befreiung von der Genehmigung nicht für unvereinbar hielt, wenn die Fernsprechanlagen gleichzeitig zu Wagenbestellungen benutzt würden, hat die Ausnahmevorschrift des § 3 Nr. 2 nicht über ihren Wortlaut hinweg so weit erstreckt werden sollen, daß selbst solche Seitenleitungen, bei denen wegen des Abstandes der Anschlüsse vom Bahnkörper eine sich unmittelbar in den Transportbetrieb eingliedernde Benutzungsweise entweder überhaupt nicht oder doch nur nebenher in Betracht kommen könnte, von der Alleinberechtigung des Reiches gleichfalls aufgenommen wären. Die vom Gesetze geforderte Ausschließlichkeit der Benutzung zu Zwecken des Betriebs schließt auch den Transportunternehmer selbst von der Verwendung ungenehmigter Anlagen zu anderen Zwecken aus. Da er nur im Interesse der Sicherheit des Transportbetriebs bevorzugt ist, müssen die Anlagen die Bestimmung haben, im eigentlichen Bereiche der Beförderungstätigkeit Verwendung zu finden. Mögen sich auch die Verwendungsweisen nach betriebstechnischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht immer streng auseinanderhalten lassen, so werden die Voraussetzungen des § 3 Nr. 2 der Regel nach doch nur bei einem *mäßigen* Abstand vom Bahnkörper als erfüllt gelten können. Die Anschlüsse müssen sich so nahe am Bahnkörper befinden, daß sie auch im regelrechten Zugverkehre vom haltenden Zuge aus den Betriebsangestellten der Bahn erreichbar sind.

2. Ziff. 3 b. **RG.** JW. **12** 256, BayRpflZ. **12** 109, EisenbE. **28** 424. Unter Grundstücken im Sinne des § 3 Ziff. 3 b sind nicht nur solche zu verstehen, die grundbuch- und katastermäßig selbständige Grundstücke und Rechtsgegenstände sind. Vielmehr ist anzunehmen, daß das sich gerade auf eine Verkehrseinrichkung beziehende Gesetz den Ausdruck „Grundstücke" im Sinne des gewöhnlichen Verkehrs und des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, nämlich so verstanden wissen will, daß er Grnndflächen bedeutet, die ihrer äußeren Erscheinung nach ein besonderes Stück der Erdoberfläche bilden, insbesondere wirtschaftlich den angrenzendeu Flächen gegenüber eine gewisse selbständige Bedeutung haben.

Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899.

§§ 3, 6. 1. **RG.** 78 223, JW. 12 408. Die Auffassung, daß die Beteiligung im Sinne des § 6 TelWG. eine bestimmte Rechtsform der Mitwirkung an einem Unternehmen erfordere und damit zugleich voraussetze, daß dem Wegeunterhaltungspflichtigen ein bestimmter Anteil an dem Unternehmen zustehen müsse, der ihn auch nach außen als Mitunternehmer erscheinen lasse, findet im Gesetze keine Stütze. Es genügt vielmehr jede Betätigung des Interesses an der Ausführung der Anlage durch Aufwendungen.

2. **RG.** 78 216, JW. 12 364. Die Übernahme von Aktien seitens einer wegeunterhaltungspflichtigen Gemeinde stellt eine Beteiligung im Sinne des § 6 TelWG. dar, wenn die Anlage von einer Aktiengesellschaft ausgeführt wird. Für die Herstellung dieser Beteiligung macht es auch keinen Unterschied, ob die Aktien auf den Inhaber oder auf Namen lauten. Zur Beantwortung der Frage, ob die Beteiligung des Wegeunterhaltungspflichtigen eine überwiegende sei, ist nicht unbedingt eine ziffermäßige Vergleichung des Anteils des nichtunterhaltungspflichtigen Unternehmers der Anlage und der Aufwendungen des Wegeunterhaltungspflichtigen erforderlich. Es genügt, auf Grund freier Würdigung der gesamten Aufwendungen und Leistungen des Wegeunterhaltungspflichtigen zu bestimmen, ob denselben gegenüber den Leistungen des Unternehmers eine überwiegende Bedeutung zukommt.

3. **RG.** 78 228, JW. 12 483. Unzutreffend ist die Auffassung, daß die von einem Wegeunterhaltungspflichtigen errichtete besondere Anlage, wenn sie zum Teil öffentliche Verkehrswege, zum Teil anderes Terrain berührt, als eine Gesamtanlage zu betrachten und durchweg dem Telegraphenwegegesetze zu unterstellen sei. Die Vergünstigungen des § 6 Abs. 2 und § 3 TelWG. können deshalb einem derartigen Unternehmen auch nur insoweit zugestanden werden, als es die öffentlichen Verkehrswege benutzt. Wo es diese verläßt, fällt der Rechtsgrund für seine Bevorzugung gegenüber den Telegraphenlinien, das natürliche Vorrecht am Wegekörper, weg; von diesem Punkte an unterliegt die Anlage den Bestimmungen des Gesetzes über das Telegraphenwesen.

4. EisenbE. 28 369 (Hamburg, mitgeteilt von Grisebach). In Hamburg waren an drei Stellen Straßenänderungen nötig geworden und diese hatten Änderungen an den Anlagen der elektrischen Straßenbahn, insbesondere Gleisverlegungen mit sich gebracht. Der hamburgische Staat als Wegeunterhaltungspflichtiger hatte diese Änderungen von der Straßenbahngesellschaft verlangt, und die Straßenbahn war diesem Verlangen nachgekommen, wozu sie übrigens verpflichtet war. Die staatliche Bauverwaltung und die Straßenbahn hatten sich bei den Änderungen gegenseitig in die Hände gearbeitet, die Straßenbahn hatte bei den Schienenverlegungen nicht nötig gehabt, irgendwo Pflaster aufzureißen und wiederherzustellen. Auf den Straßen befanden sich an den Änderungsstellen sog. Kabelbrunnen, d. h. die Einsteigeschächte zu den gemauerten oder zementierten Kanälen, in denen die Leitungskabel der Telegraphenlinien liegen. Mehrere dieser Kabelbrunnen wurden infolge der Gleisverlegungen von den Schienen überquert, so daß die Telegraphenverwaltung genötigt war, an den Kabelbrunnen Änderungen vorzunehmen. Ihr Anspruch gegen die Straßenbahn auf Ersatz der Kosten wurde abgewiesen. In der Begründung führt das OLG. aus, daß nicht der § 3 TelWG., sondern dessen § 6 die auf derartige Fälle anzuwendenden Vorschriften enthalte. Daß die elektrische Straßenbahn begrifflich zu den „besonderen Anlagen" im Sinne des Telegraphenwegegesetzes gehöre, sei unzweifelhaft. Auch die Frage, ob die Kabelbrunnen und Zementkabelrohre Teile der „Telegraphenlienie" im Sinne des Gesetzes seien, sei zu bejahen. Denn hierunter seien notwendig alle Einrichtungen zu verstehen, deren die Telegraphenverwaltung auf den Verkehrswegen zur Leitung ihrer Kabel oder Drähte bedürfe,

diese selbst eingeschlossen, und es könne begrifflich keinen Unterschied machen, ob diese Leitungen oberirdisch oder unterirdisch geführt würden, oder ob sie im Niveau des Weges selbst lägen. Für die Anwendung des § 6 Abs. 2 u. 6 sei Voraussetzung, daß die Änderungen der vorhandenen besonderen Anlagen erstens aus Gründen des öffentlichen Interesses und zweitens unter überwiegender Beteiligung des Wegeunterhaltungspflichtigen ausgeführt wurden. Beide Voraussetzungen träfen im vorliegenden Falle zu.

Zolltarifgesetz vom 25. September 1912.

§ 13. RG. JW. **12** 46. Der Ausdruck „Fleisch, Fleischwaren", deren Besteuerung der § 13 den Gemeinden verbietet, umfaßt nach dem klaren Wortlaut und Sinne des Gesetzes auch Wild und Geflügel.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze.

§ 4. Literatur: Hartmann, Die Zuständigkeit des Hanseatischen Oberlandesgerichts in verwaltungsrechtlichen Streitsachen, HansGZ. **12** Beibl. 49—51.

1. **RG.** IV. 8. 2. 12, R. **12** 268. Von der im § 4 Satz 1 enthaltenen Ermächtigung, den ordentlichen Landesgerichten jede andere Art der Gerichtsbarkeit zu übertragen, hat die preußische Landesgesetzgebung, soweit es sich um Rechtsmittel gegen polizeiliche Verfügungen handelt, keinen Gebrauch gemacht. Die Rechtskontrolle ist vielmehr in dieser Beziehung teils durch die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 (§§ 127 ff.), teils durch besondere Gesetze und für bestimmte Polizeigebiete auch durch das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 in einer besonderen Regelung des Instanzenzugs den Verwaltungsbehörden und den Verwaltungsgerichten übertragen worden.

2. a) HansGZ. **12** Beibl. 27 Hamburg). Wenn im § 24 des hamburgischen sog. Verhältnisgesetzes gewisse Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes den Gerichten zugewiesen sind, so ist damit auch die Durchführung des Instanzenzugs gewollt. Das HansOLG. ist zwar kein Landesgericht eines einzelnen Bundesstaats im Sinne des § 4 EGGVG. Auch der Staatsvertrag über seine Errichtung enthält keine Bestimmung über seine Zuständigkeit in derartigen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten. Daraus folgt aber nicht, daß diese Prozesse von seiner Zuständigkeit ausgeschlossen sind. Sie sind vielmehr allseitig als solche angesehen worden, die einer besonderen Erwähnung und Bestimmung nicht bedurften. **b**) Dagegen Hartmann, HansGZ. **12** Beibl. 49—51. Das HansOLG. ist zur Entscheidung der im § 24 Abs. 2 HambVerhältnisG. bezeichneten Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur auf Grund des § 4 EGGVG. nicht berufen. Entscheidend ist allein Sinn und Wortlaut des Staatsvertrags. Die Vorstellungen, die dem hamburgischen Gesetzgeber bei Erlaß des Verhältnisgesetzes vorgeschwebt haben, müssen außer Betracht bleiben. Der Staatsvertrag führt nun aber im § 37 diejenigen Gegenstände erschöpfend auf, die dem OLG. durch die Gesetzgebung eines Staates zugewiesen werden können. Da verwaltungsrechtliche Streitsachen nicht mitgenannt sind, so ist auch das OLG. für sie nicht zuständig.

3. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 151. Durch § 15 der bremischen Verfassung: „Jedem, der sich durch eine Verwaltungsmaßregel in seinen Privatrechten gekränkt glaubt, steht der Rechtsweg offen" ist gegenüber den Entscheidungen und Maßregeln der Verwaltungsbehörden der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten eröffnet (vgl. § 13 GVG. Nr. II 3 H a).

§ 11. PrVerwBl. 33 351, R. 12 169 (OVG.). Der Konfliktsrichter hat nur zu prüfen, ob und inwieweit diejenigen Handlungen oder Unterlassungen, wegen deren die gerichtliche Verfolgung eingeleitet ist, eine Überschreitung der Amtsbefugnisse des in Anspruch genommenen Beamten oder eine Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung bedeuten. Eine Verletzung der Amtspflichten ist nur dann anzunehmen, wenn ein Beamter bei pflichtmäßiger Überlegung zu der von ihm befolgten Ansicht über das bestehende Recht nicht hätte eblangen können, nicht aber schon dann, wenn seine Rechtsansicht von den höheren Instanzen nicht geteilt wird.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Über die Reformbewegung, welche die Grundlagen sowohl der Gerichtsverfassung wie des Zivilprozesses betrifft, ist wiederum in der Allgemeinen Vorbemerkung zur ZPO. unter B. berichtet. — Das Schrifttum über die verfassungsmäßige Stellung des Richters und über die Verbesserungsfähigkeit der akademischen und praktischen Ausbildung der Juristen ist zu §§ 1 und 2 GVG. zusammengestellt.

Erster Titel. Richteramt.

§ 1. Literatur: Beck, Unser Ziel, DRZ. 12 202—205. — v. Campe, Richterauslese, DJZ. 12 715—719. — Elsner, Gedanken über die verfassungsrechtliche Stellung des Richters, DRZ. 12 265—273. — v. Engel, Die Stellung des Richters im Rechtsstaate, DRZ. 12 753—777. — Gumbinner, Zur Frage der Richterauslese, DJZ. 12 860—861. — Josef, Der frei verwaltende Vormundschaftsrichter und der gefesselte Prozeßrichter, DRZ. 12 273—281. — Köhne, Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DJZ. 12 1380—1384. — Landsberg, Ist das Amt des Vormundschaftsrichters ein Richteramt oder ein Amt der Verwaltung? DRZ. 12 138—143. — Ratzenhofer, Die Stellung des Richters im Rechtsstaat und — im Kulturstaate, DRZ. 12 797—805. — Riß, Unabhängigkeit, Verantwortlichkeit, Kritik, DRZ. 12 63—65. — Ricks, Auch wir sind wahre unabhängige Richter, DRZ. 12 158—162. — Ungewitter, Richter und Gerichte des Auslandes, DRZ. 12 112—116, 465—470. — Waak, Zur Frage der Auswahl der Richter, DJZ. 12 11—18.

§ 2. Literatur: Bachmann, Welche Maßnahmen empfehlen sich, um das wirtschaftliche Verständnis der Juristen zu fördern? RuW. 1 336—339. — Bericht über die Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags. Punkt 11: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor oder nach Abschluß des Universitätsstudiums) das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern? AÖstGZ. 12 455—459; JBl. 12 470—472. — Bosenick, Über Fortbildungskurse, RuW. 1 417—421. — Börngen, Neue Wege der juristischen Ausbildung, RuW. 1 301—305. — Dannemann, Forensisch-psychiatrische Vereinigungen, RuW. 1 349 bis 352. — Dunz, Die Blindheit des Juristen und ihre Heilung. RuW. 1 312—316. — Dittenberger, Zur wirtschaftlichen Bildung der Juristen, JW. 12 175—186. — Ermel, Die Beschäftigung von Gerichtsassessoren in Privatbetrieben, DJZ. 12 1271. — Fuchs, Zur Reform der juristischen Ausbildung, DJZ. 12 598—604. — Gerland, Das juristische Studium und seine Neuordnung in Preußen, BayRpflZ. 12 349—352. — Göbell, Vorschlag zur Bekämpfung des Einpaukereiunwesens auf der Universität, JW. 12 677—679. — Hamm, Bedeutung und Wert der neuen preußischen Vorschriften über die Ausbildung der Juristen, DJZ. 12 1155—1159. — Hein, Akademische Vorpraxis, DJZ. 12 1347—1348. — Heinsheimer, Zur Frage des Rechtsunterrichts an den Universitäten, RuW. 1 4—8. — Hirsch, Die Notwendigkeit und die Gefahren des juristischen Privatunterrichts, JW 12 122—125. — Derselbe, Der private Rechtsunterricht. Eine revisio monitorum JW. 12 1053—1056. — Kaiser, Die Mitwirkung von Gerichtsassessoren bei den gemeinnützigen Rechtsauskunftsstellen, DJZ. 12 796—797. — Kaßler, Juristische Studienreisen, DJZ. 12 509—510. — Kießlich, „Das Einpaukerunwesen auf der Universität". Eine Entgegnung, JW. 12 989—991. — Kitz, Die Ausbildung der jungen Juristen vom Standpunkte des Praktikers, Berlin 1912. — Kleeberg, Zur Frage der Weiterbildung der Gerichtsassessoren, RuW. 1 492—493. — Link, Mitwirkung von Asses-

soren in den gemeinnützigen Rechtsauskunftsstellen, RuW. 1 331—332. — Litten, Studienreform, JW. 12 57—61. — Derselbe, Juristische Privatschulen, JW. 12 165—171. — Derselbe, Über Ausbildung und Fortbildung der Juristen, JW. 12 1081—1087. — Mittermaier, Notwendigkeit und Durchführbarkeit psychologischer Schulung der Juristen auf der Universität, RuW. 1 340—343. — Derselbe, Über die Reihenfolge der juristischen Vorlesungen, DJZ. 12 1397—1399. — Neumann, Staats- und rechtswissenschaftliche Fortbildung, JW. 12 890—891. — Neumann, Zur Reform der juristischen Ausbildung in Preußen, DRZ. 12 116—118. — Neumeyer, Das Rechtsstudium in Frankreich, BayRpflZ. 12 205—207. — Oertel, Ist nur die Vorbildung der deutschen Richter reformbedürftig? DRZ. 12 18—26. — Ofner, Wie hebt man das Verständnis der Juristen für wissenschaftliche Fragen? RuW. 1 333—336. — Oppermann, Zur Frage der juristischen Vorbildung, DJZ. 12 341—342. — Pollack, Zur Pädagogik der rechtswissenschaftlichen Repetitorien, DJZ. 12 1327—1330. — Rathenau, Die Beschäftigung von Gerichtsassessoren in Privatbetrieben, DJZ. 12 1350. — Reichel, Wirtschaftliche Vorpraxis, RuW 1 339—340. — Derselbe, Kaufmännische Kenntnisse für Juristen, AÖstGZ. 12 387—389. — Derselbe, Psychologischer Universitätsunterricht für Juristen, R. 12 449—458. — Schanz, Hochschulstudium der Juristen, DJZ. 12 183—186. — Stern, Der Anteil der Normalpsychologie an der Ausbildung des Juristen, RuW. 1 343—346. — Zitelmann, Eine Schicksalsstunde der juristischen Fakultäten, DJZ. 12 1426—1434.

§ 8. Literatur: Bovensiepen, Die Einführung einer gesetzlichen Altersgrenze für Richter? DRZ. 12 65. — Brandis, Das Recht der deutschen Richter auf Versetzung in den Ruhestand wegen hohen Lebensalters, DRZ. 12 26. — Derselbe, Versetzung der deutschen Richter in den Ruhestand wegen hohen Lebensalters und Berechnung deren Dienstalters bei Inruhestandversetzungen, DRZ. 12 821—826. — Hamm, Beginn und Altersgrenze der richterlichen Laufbahn, DJZ. 12 38—44. — Marcus, Reform der Disziplinargesetze gegen Richter, DRZ. 12 812—814. — Voß, Disziplinarisches, DRZ. 12 928—930. — Weigelin, Eine untere Altersgrenze für Richter? DRZ. 12 816—819.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. Literatur: Francke, R. 12 91—92. — Hartmann, Die Zuständigkeit des Hanseatischen Oberlandesgerichts in verwaltungsrechtlichen Streitsachen, HansGZ. 12 Beibl. 49—51. — Derselbe, Können die bürgerlichen Gerichte über öffentlich-rechtliche Gegenforderungen entscheiden? DJZ. 12 1519—1520. — Derselbe, Zulässigkeit des Rechtswegs für Gehaltsansprüche der Beamten? R. 12 49—50. — Derselbe, Zum § 13 GVG., ACivPr. **109** 144—186. — Reichhelm, Zulässigkeit des Rechtswegs in der Interessentengemeinschaft, KGBl. 12 51. — Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Tübingen 1912. — Witmaack, Ist es völkerrechtlich zulässig, bei Streitigkeiten über die auf dem Rheine einzuführenden Schiffahrtsabgaben den Rechtsweg auszuschließen? R. 12 217—221.

I. Allgemeines und Grundsätzliches über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Unterschied zwischen bürgerlichen und öffentlichen Rechtsstreitigkeiten. 1. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit. a) *Hartmann, ACivPr. **109** 144—186: Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind ausschließlich Streitigkeiten über Ansprüche, die privatrechtlichen Rechtsverhältnissen entspringen. Die Ansicht von Wach und Stölzel, daß unter bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten „alle nach Gesetz und Recht von den Zivilgerichten abzuurteilende zivilistische oder publizistische Streitsachen" zu verstehen seien, steht mit der Entstehungsgeschichte und dem Sinne des Gesetzes in Widerspruch. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten können den ordentlichen Gerichten nur auf Grund des § 4 EGGVG. übertragen werden. Verfahren und Zuständigkeit richten sich in diesem Falle nicht nach der ZPO. und dem GVG., sondern nach dem übertragenden Landesgesetze; der Landesgesetzgeber ist jedoch insofern beschränkt, als er solche Streitigkeiten nur seinen eigenen Gerichten, nicht dem RG. übertragen kann. Die Ansicht der Mehrzahl der Prozessualisten, daß öffentlich-rechtliche Streitigkeiten durch ihre Zuweisung an die Zivilgerichte zu bürgerlichen „gemacht" oder „gestempelt" werden, ist unhaltbar; diese Ansicht konnte

sich nur entwickeln, weil man den § 4 EGGVG. nicht beachtete oder mißverstand. **b)** **RG.** VII. 5. 3. 12, JW. **12** 647, GruchotsBeitr. **56** 1036, R. **12** Nr. 1547, FischersZ. **41** 243. Ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorhanden ist, bestimmt sich nicht danach, ob bei dem Streite auch Fragen öffentlich-rechtlicher Art zu entscheiden sind oder ob das nicht erforderlich ist. Maßgebend bleibt vielmehr, ob das Rechts*verhältnis*, aus dem der erhobene Anspruch hergeleitet wird, dem öffentlichen Rechte angehört. Ist dies der Fall, so kann man von einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nicht sprechen. Zwar ist das RG. früher in einzelnen Fällen davon ausgegangen, daß grundsätzlich das Vorhandensein einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit dann anzunehmen wäre, wenn eine Privatperson einen Anspruch *vermögensrechtlicher* Art erhebt. Dieser Grundsatz, der für die meisten, nicht aber für alle Fälle zutrifft, bedarf jedoch einer Einschränkung. Er gilt nur dann, wenn die Frage, ob der Privatperson ein bestimmter vermögensrechtlicher Anspruch zusteht, den eigentlichen Gegenstand des Streites bildet. Auf diesen Standpunkt hat sich, abweichend von früheren Entscheidungen, der erkennende Senat schon im Urt. **RG. 76** 121 gestellt. Bildet aber diesen Gegenstand im Grunde ein Anspruch auf Leistung aus einem nur dem öffentlichen Rechte angehörenden Verhältnisse, so ist der Rechtsweg ausgeschlossen, mag auch nach der äußeren prozessualen Gestaltung des Streits der von der Privatperson gestellte Klagantrag auf Leistung eines Vermögenswertes an sie oder auf Feststellung der Berechtigung des Anspruchs auf einen solchen gerichtet sein. **c)** Ebenso R. **12** 534 (BayVGH.). Die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsstreit der Zuständigkeit der Zivilgerichte oder jener der Verwaltungsbehörden unterliegt, hängt davon ab, ob der geltend gemachte Anspruch nach den zu seiner Stütze behaupteten Tatsachen auf einem dem bürgerlichen Rechte angehörenden Grunde beruht oder nicht. Es sind hierbei alle Tatsachen zu berücksichtigen, welche der den Anspruch Erhebende angriffs- oder verteidigungsweise zur Begründung desselben in der Klage und gegenüber dem Vorbringen des Beklagten ins Feld führt, gleichviel, ob einzelne Behauptungen erst im Verlaufe der Verhandlungen zur Erwiderung auf Erklärungen der Gegenpartei aufgestellt sind. **d)** Ebenso R. **12** 743 (BayVGH.) und **e)** R. **12** 102 (BayVGH.). **f)** FischersZ. **41** 215 (Dresden). Ein öffentliches Rechtsverhältnis liegt dann vor, wenn der einzelne nicht als solcher dem einzelnen oder dem Ganzen (Staat, Gemeinde), sondern als Glied des Ganzen diesem gegenübersteht. Daraus folgt, daß es nicht darauf ankommt, ob die Verpflichtung, die den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, in einer Norm des öffentlichen Rechtes wurzelt, sondern darauf, ob es sich um einen Gegenstand des öffentlichen Interesses, des Gemeinwohls oder um die hiervon unabhängige individuelle Rechtssphäre des einzelnen handelt. Ein öffentliches Rechtsverhältnis besteht daher zwischen dem öffentlich bestellten Unternehmer der Räumung von Abortgruben und Fortschaffung der Räumungsstoffe und dem Hausbesitzer und demnach ist der Rechtsweg unzulässig für den Anspruch des Abfuhrunternehmers gegen den Hausbesitzer auf Zahlung der festgesetzten Gebühren. **g)** Abweichend HansGZ. **12** Beibl. 27 (Hamburg). Die Natur eines Anspruchs, ob er nämlich einen Gegenstand des öffentlichen Interesses oder das Rechtsgut einer einzelnen Person betrifft, nicht seine rechtliche Grundlage ist für die Frage, ob er bürgerliche oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit ist, entscheidend. Daher handelt es sich bei der Klage auf Rückerstattung einer angeblich zu Unrecht erhobenen Schankkonzessionsgebühr um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. **h)** Hiergegen *Hartmann*, HansGZ. **12** Beibl. 49—51. Es kommt darauf an, ob der Anspruch auf einen dem bürgerlichen oder dem öffentlichen Rechte angehörigen *Tatbestand* gestützt wird. Über Fragen des staatlichen Hoheitsrechts haben die Gerichte selbst dann nicht zu entscheiden, wenn es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt. **i)** **RG.** V. 1. 7. 12, R. **12** Nr. 2732. Zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören auch Streitigkeiten über die subjektiven

Berechtigungen, die im öffentlichen Rechte ihren Ursprung haben, sofern sie vermögensrechtlicher Natur sind (**RG. 57** 352, **70** 77, 81, 192, **74** 61; GruchotsBeitr. **52** 439).

2. Das Vorliegen einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Erledigung des Rechtsstreits über Fragen des öffentlichen Rechtes mitzuentscheiden ist. a) **RG.** I. 23. 12. 11, R. **12** Nr. 820. Ist der mit der Klage verfolgte Anspruch ein privatrechtlicher — die Klägerin fordert von dem verklagten Fiskus Ersatz des Schadens, den sie durch den Zusammenstoß ihres Dampfers mit dem fiskalischen Dampfprahm erlitten hat, mit der Behauptung, daß die Schuld an dem Zusammenstoß die Leitung des Dampfprahms treffe —, so wird die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht dadurch in Frage gestellt, daß infolge eines Einwandes des Beklagten — er hafte nicht, weil der Dampfprahm sich zur Zeit des Unfalls im Dienste befunden habe, die etwaige Schadenszufügung daher von Staatsbeamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt erfolgt sei — zur Erledigung des Rechtsstreits auch über öffentlich-rechtliche Fragen zu entscheiden ist. b) R. **12** 326 (BayVGH.). Der Zivilrichter kann auch über Fragen des öffentlichen Rechtes als Inzidentpunkte entscheiden, soweit sie das Urteil über den zivilrechtlichen Streitgegenstand bedingen.

3. Subsidiäre Bedeutung des Landesrechts für die Zulassung des Rechtswegs. a) **RG.** IV. JW. **12** 547, GruchotsBeitr. **56** 1029. Für die Frage, ob es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 handelt, ist, so oft es an einschlägigen reichsgesetzlichen Normen fehlt, das Landesrecht maßgebend (vgl. **RG. 5** 36, **12** 281, **18** 125, JW. **99** 834, **04** 120). b) Ebenso SächsRpflA. **12** 133 (Dresden). Die Zulässigkeit des Rechtswegs bestimmt sich, soweit nicht einzelne Reichsgesetze sie aussprechen oder ausschließen, nach Landesrecht.

4. **RG.** V. GruchotsBeitr. **56** 1023, R. **12** Nr. 625. Von der Erörterung der Frage, ob der Rechtsweg ausgeschlossen oder beschränkt ist, darf nicht deshalb abgesehen werden, weil das Gericht den Klaganspruch materiell für unbegründet erachtet.

5. **RG.** VI. GruchotsBeitr. **56** 628. Nur auf die Behauptung des Klägers, nicht auf den wirklichen Sachverhalt kommt es für die Frage, ob der Rechtsweg gegeben ist, an. Wenn der Beklagte zur Begründung seiner Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs der Darstellung des Klägers entgegen den Sachverhalt so schildert, daß der aus ihm hergeleitete Anspruch ein öffentlich-rechtlicher ist, so wird die Vorfrage, ob der Rechtsweg für den geltend gemachten Anspruch zulässig sei, mit der später zu entscheidenden Hauptfrage verwechselt, ob der behauptete Anspruch begründet sei.

6. Zulässigkeit des Rechtswegs über eine zur Aufrechnung gestellte öffentlich-rechtliche Gegenforderung. a) **RG.** VII. 21. 11. 11, **77** 411, JW. **12** 149, R. **12** Nr. 288. Für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtswegs ist zwar grundsätzlich keineswegs nur das Klagevorbringen maßgebend. Es sind Fälle denkbar, in denen das Klagevorbringen die privatrechtliche Natur des erhobenen Anspruchs außer Zweifel zu lassen scheint, und erst das Verteidigungsvorbringen der verklagten Partei ergibt, daß es sich in Wahrheit um einen der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte nicht unterworfenen Anspruch aus dem Gebiete des öffentlichen Rechtes handelt. Immer aber bleibt dabei die Natur des Klaganspruchs maßgebend. Ergibt sich aus dieser die Zulässigkeit des Rechtswegs, so kann die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht dadurch beseitigt werden, daß die verklagte Partei aus einem mit dem Klaganspruch an sich in keinerlei Zusammenhang stehenden Verhältnis öffentlich-rechtlicher Art eine Gegenforderung in den Streitstoff einführt und geltend macht. Dieser Umstand

kann nicht zur Verneinung der aus der privatrechtlichen Natur des Klaganspruchs an sich folgenden Zulässigkeit des Rechtswegs führen, sondern nur zur Anwendung der Vorschrift des § 148 ZPO. b) Hiergegen wendet sich Hartmann, DJZ. **12** 1519—1520, der die Entscheidung als materiell und prozessual unrichtig bezeichnet.

7. SächsOLG. **33** 97 (KomptGH. Dresden). Ein Schiedsspruch im Sinne der ZPO., dessen Unzulässigkeit darauf gestützt wird, daß der streitige Anspruch dem öffentlichen Rechte angehöre und der Schiedsvertrag sich deshalb auf ihn nicht beziehe, kann nur im Wege der bei dem zuständigen ordentlichen Gerichte des § 1046 zu erhebenden Klage auf Aufhebung beseitigt werden.

8. Ersatzansprüche der Armenverbände. PrVerwBl. **33** 750 (OVG.). Für Ersatzansprüche der Gemeinden oder Armenverbände gegen diejenigen Kassen, für die die Bestimmungen des § 57 KrankVG. nicht Platz greifen, also z. B. gegen Knappschaftskassen (§ 74 aaO.), ist nicht das Verwaltungsstreitverfahren, sondern der ordentliche Rechtsweg zulässig. Dies gilt im übrigen auch für alle Ersatzansprüche gegen Kassen, bei denen es sich nicht um einen Regreß infolge vorläufigen oder aushilfsweisen Eintretens des Ersatzfordernden auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung handelt.

9. Jagdsachen. R. **12** 564 (OVG.). Das Verwaltungsstreitverfahren ist nur für Klagen gegen die Art der Verteilung aufgekommener Jagdpachtgelder, nicht aber für Streitigkeiten gegeben, die die vorgenommene Verteilung selbst nicht berühren, sondern allein über die Person des Empfangsberechtigten bestehen, z. B. ob die politische Gemeinde oder die Separationsinteressenten Eigentümer eines Weges sind und deshalb Anspruch auf die auf den Weg entfallende Jagdpacht haben. Für solche Streitigkeiten ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

10. Zuständigkeit der Hamburger Schätzungskommission. a) HansGZ. **12** Beibl. 261 (Hamburg). Streitigkeiten über Schadensersatz wegen Erhöhung einer Straße (§ 101 HambBaupolizeiG.) unterstehen in Hamburg unter Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs der alleinigen Entscheidung der Schätzungskommission. Dies gilt auch dann, wenn auf Schadensersatz „vorbehaltlich der Feststellung der Höhe des Schadens im Schätzungsverfahren" geklagt ist. b) HansGZ. **12** Beibl. 261 (Hamburg). Schadensersatzansprüche auf Grund des § 101 Hamb. BaupolizeiG. gehören nicht schon deshalb vor die ordentlichen Gerichte, weil die Schätzungskommission die Frage, ob dem Kläger ein nach § 101 BaupolizeiG. zu verfolgender Anspruch zustehe, als Präjudizialfrage im Sinne des § 24 ExpropriationsG. bezeichnet und an die Gerichte verwiesen hat.

II. Zulässigkeit des Rechtswegs im einzelnen. 1. Förster-Kann, Zivilprozeßordnung **1** 23—40 enthält eine Übersicht über die Vorschriften betreffend den Rechtsweg im Reich und in Preußen. 2. Aus prinzipiellen Gründen, weil eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt. a) Ansprüche auf Grund privatrechtlicher Verträge (Vergleich). α. **RG.** VII. 2. 4. 12, **79** 197, R. **12** Nr. 1548. Über gegenseitige Rechte und Pflichten, die lediglich im öffentlichen Rechte wurzeln (Zuschüsse zu den Volksschulkosten), können von den Beteiligten Vergleiche in der Weise geschlossen werden, daß die daraus sich ergebenden neuen Rechtsbeziehungen wiederum lediglich dem öffentlichen Rechte angehören und deshalb hierüber im Streitfall unter Ausschluß der Gerichte von den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten zu entscheiden ist. Das wird regelmäßig dann zutreffen, wenn die öffentlich-rechtlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander nicht bloß für einen einzelnen Fall, der bereits der Vergangenheit angehört, sondern dauernd für die Zukunft geregelt werden sollen. Bezweckt aber ein Vergleich nur, den unter den Parteien bestehenden Streit endgültig in der Weise zu beseitigen, daß ihre vermögensrechtlichen Beziehungen untereinander für einen zur Zeit des Vergleichs-

abschlusses bereits der Vergangenheit angehörenden Zeitraum geregelt werden, so ist anzunehmen, daß die Parteien mittels rechtsgeschäftlicher Erklärungen gewisse feste und unabänderliche Einnahmeposten für eine Partei zur Entstehung bringen wollen, die dem öffentlich-rechtlichen Streite entzogen sein sollen. Der durch den Vergleich festgestellte Anspruch des einen Teiles wird damit auf eine privatrechtliche Grundlage gestellt (**RG. 57** 350, **67** 291). Die auf dieser Grundlage entstehenden Streitigkeiten sind dann bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13. β. **RG.** V. PrVerwBl. **33** 337. Der Rechtsweg ist auch in bezug auf Ansprüche für Kirchen- und Schulzwecke gegeben, soweit die streitigen Leistungen auf privatrechtlicher Grundlage (z. B. einem privatrechtlichen Vertrage) beruhen. Daß privatrechtliche Verträge auch zur Regelung von Verhältnissen, die dem öffentlichen Rechte angehören, durchaus zulässig sind, hat das RG. wiederholt (**RG. 73** 19) und gerade auch mit Bezug auf Verträge ausgesprochen, die wie hier bei Gesuchen um Erteilung von Bau- und Ansiedelungsgenehmigungen abgeschlossen zu werden pflegen. γ. **RG.** IV. 21. 12. 11, GruchotsBeitr. **56** 1038, R. **12** 169, JW. **12** 304. Der Rechtsweg ist zulässig für die Klage einer von der Wegepolizeibehörde zum Straßenbau herangezogenen Stadtgemeinde, die gegenüber einer Straßenbahngesellschaft auf Grund des mit dieser geschlossenen Vertrags die Freistellung von der ihr auferlegten Verpflichtung fordert. Es handelt sich nicht um die Entscheidung der Frage, wem die öffentlich-rechtliche Wegebaupflicht obliegt, sondern um einen privatrechtlichen Anspruch aus einem Vertrage. δ. BayObLG. **12** 742, DJZ. **12** 1248, R. **12** Nr. 676 (BayObLG.). Bei einem Streite über die Ausführung der Verpflichtung zur Herstellung und Offenhaltung einer vom öffentlichen Interesse nicht erforderten Straße, die eine Stadtgemeinde in einem den Austausch von Grundeigentum bezweckenden privatrechtlichen Vertrag übernommen hat, ist der Rechtsweg zulässig. Es handelt sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. ε. **RG.** IV. PrVerwBl. **33** 770, R. **12** 355. Der Rechtsweg ist zulässig wegen eines Anspruchs aus einem Vertrage, durch den die Nutzungsberechtigten ihre Rechte am Bürgervermögen einer Stadt als Kämmereivermögen übertragen haben. § 18 Abs. 1 und 2 ZustG. vom 1. August 1883 steht nicht entgegen. Denn es handelt sich bei dem Klaganspruche nicht um die Teilnahme an den Nutzungen des Gemeindevermögens, sondern um die Zahlung der vereinbarten Abfindung. **RG. 73** 159 betrifft einen anderen Fall. b) Ansprüche aus auftragloser Geschäftsführung und ungerechtfertigter Bereicherung. α. **RG.** VI. GruchotsBeitr. **56** 628, JW. **12** 81, R. **12** 63. Eine Stadtgemeinde kann die Erstattung von Straßenreinigungskosten von einem Grundstückseigentümer, der durch polizeiliche Verfügung vergeblich zur Reinigung in einem einzelnen Falle aufgefordert war, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder über die Bereicherung im ordentlichen Rechtswege verlangen, wenn sie hierbei nicht als Trägerin der Polizeigewalt oder in Ausführung der polizeilichen Verfügung tätig gewesen ist, sondern unabhängig von den polizeilichen Maßnahmen in Wahrnehmung ihrer Fürsorge obliegender Interessen für Rechnung des bestimmten Verpflichteten oder dessen, den es angeht, gehandelt hat. β. PrVerwBl. **12** 60 (OVG.). Zu einem Bestandteile der durch das öffentliche Interesse erforderten Kanalisationsanlage können durch das Ortsrecht außer den eigentlichen Kanalrohren auch solche Vorrichtungen (Seitenrohre u. dgl.) gemacht werden, die den Anschluß ermöglichen sollen, und es können alsdann auch die durch diese Vorrichtungen entstehenden Kosten mit den sonstigen Herstellungskosten in der Form von „Beiträgen" (§ 9 KommAbgG.) den Grundeigentümern auferlegt werden. Wenn aber eine Gemeinde nur die Ausführung der Hausanschlüsse an Stelle des Grundstückseigentümers sich vorbehalten hat und die hierzu erforderlichen Arbeiten und Materialien lediglich für den Grundstückseigentümer liefert, der an sich die Her-

stellung des Kanalanschlusses zu bewirken haben würde, so sind die aus diesem Verhältnisse sich ergebenden Ansprüche der Gemeinde privatrechtliche und es findet über sie nicht das Verwaltungsstreitverfahren, sondern der ordentliche Rechtsweg statt. **c)** Eigentumsansprüche. α. **RG.** V. 5. 6. 12 (unter Bestätigung von OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **12** 36), GruchotsBeitr. **56** 1167, R. **12** 502. Das durch § 1 PrG. betr. die Erweiterung des Kaiser-Wilhelm-Kanals vom 17. November 1907 (GS. 323) in Verbindung mit den §§ 11—14 und 16 des sog. KanalG. vom 1. April 1905 (GS. 179) eingeführte, den Rechtsweg, sei es überhaupt, sei es vorläufig ausschließende Verfahren findet nur Anwendung auf Entschädigungsansprüche, die erst in diesen Gesetzen ihre Grundlage erhalten, nicht aber auf solche, die bereits nach geltendem Rechte, etwa gemäß §§ 1004, 903, 906 BGB., zu gewähren sind. β. Öffentlichkeit eines Weges. **RG.** V. 3. 7. 12, R. **12** Nr. 3151, WarnE. **12** 310. Die Gerichte dürfen über die Öffentlichkeit eines Weges nicht unmittelbar in der Urteilsformel entscheiden. Dagegen ist der Rechtsweg zulässig, wenn die Öffentlichkeit nur zur Stütze eines Feststellungsantrags auf ungehinderte Benutzung des Weges verwendet ist (vgl. **RG. 14** 262, GruchotsBeitr. **40** 833, **42** 720, **55** 1043, JW. **06** 45, 234, **08** 153, R. **07** Nr. 929). γ. SeuffBl. **12** 56, R. **12** Nr. 485 (München). Für die Klage einer Gemeinde auf Feststellung, daß der Beklagte als Besitzer eines bestimmten Grundstücks das zum Bau und zur Unterhaltung einer Gemeindebrücke erforderliche Holz zu liefern habe, ist der Rechtsweg zulässig. Es liegt eine privatrechtliche Streitigkeit vor, da die Verpflichtung aus einer privatrechtlichen Grundlage hergeleitet wird. δ. PosMSchr. **12** 102 (LG. Thorn). Der Anspruch auf Ausgrabung einer Leiche aus dem Gemeindekirchhof und auf anderweite Bestattung ist im Rechtswege verfolgbar. Der Anspruch fließt seiner Natur nach zunächst aus dem Rechte zur Benutzung des Kirchhofs überhaupt. Das Recht der Eingepfarrten auf die bestimmungsgemäße Benutzung des Begräbnisplatzes ihrer Gemeinde ist aber eine private Berechtigung, weil er in erster Linie der Befriedigung ihres individuellen Bedürfnisses und nur nebenher der Ordnung des Gemeinwesens dient. **d)** KGBl. **12** 45 (KG.). Für einen Streit zwischen dem Straßenanlieger und der Gemeinde darüber, wer von ihnen zur Straßenreinigung verpflichtet ist, ist der ordentliche Rechtsweg zulässig. Es handelt sich um eine reine Frage des Vermögensrechts. **e)** BadRpr. **12** 130 (Karlsruhe). Der Rechtsweg ist zulässig für die Klage der Anwohner des Kirchplatzes gegen die Kirchengemeinde auf Abstellung des Turmuhrschlagwerks während der Nachtzeit. Die Rechtsbeziehungen, die durch die Anbringung einer Uhr mit Schlagwerk begründet werden, sind lediglich privatrechtlicher Natur. **f)** Niedere Regalien. α. **RG.** V. 1. 7. 12, JW. **12** 875, DJZ. **12** 1297, R. **12** Nr. 2734. Das durch die Kaiserl. VO. über Schaffung von Kronland in den Schutzgebieten vom 15. Juni 1896 dem Reiche verliehene ausschließliche Aneignungsrecht fällt als niederes, sog. nutzbares Regal in das Gebiet des Privatrechts. Die aus ihm sich ergebenden Streitigkeiten sind daher dem Rechtswege nicht entzogen. β. RheinA. **109** 153 (Cöln). Der Rechtsweg ist zulässig über Inhalt und Umfang des dem Staate zustehenden Rechtes, zur Übersetzung auf einem Flusse Fähren und Prahme für Geld zu halten (Rheinfähre zu Königswinter). Es handelt sich hierbei um ein sog. niederes Regal (ALR. II 15 § 51). **g)** Oktroistreitigkeiten in Elsaß-Lothringen. ElsLothZ. **12** 65 (Colmar). Für die Klage auf Rückerstattung von Fleischbeschaugebühren gegen eine Gemeinde ist nach elsaß-lothringischem Landesrechte der Rechtsweg zulässig, weil es sich um einen Streit über die Rückerstattung von indirekten Abgaben handelt. **h)** Erbschaftssteuer. Sächs. RpflA. **12** 30 (Dresden). Die Zulässigkeit des Rechtswegs in Erbschaftssteuersachen (§ 37 RErbschStG.) ist nicht davon abhängig, daß die Steuer bezahlt oder gestundet ist. **i) RG.** III. 21. 6. 12, GruchotsBeitr. **56** 1043, R. **12** Nr. 2588 (Nr. 2883). Der Rechtsweg ist zulässig für Streitigkeiten zwischen einer sich mit der Förderung von Diamanten

befassenden südwestafrikanischen Minengesellschaft und der Diamantenregie des südwestafrikanischen Schutzgebiets über die Verwertung der dieser nach § 1 Kaiserl. VO. betr. den Handel mit südwestafrikanischen Diamanten vom 16. Januar 1909 zu diesem Zwecke zu übergebenden Diamantenförderung. **k)** PosMSchr. **12** 82 (Königsberg). Gegenüber einer gemäß § 7 NaturalleistG. vom 24. Mai 1898 und Kaiserl. VO. vom 13. Juli 1898 ergangenen Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Haftpflicht eines säumigen Gemeindevorstehers ist der Rechtsweg zulässig. Es handelt sich um einen rein vermögensrechtlichen Anspruch. **l)** Kirchenabgaben. SchlHolstAnz. **12** 337 (Kiel). Der Rechtsweg ist zulässig über den Anspruch auf andere Verteilung von Kirchenabgaben, sofern diese auf Grund notorischer Orts- oder Bezirksverfassung erhoben werden. **m)** Gerichtskosten. MecklZ. **30** 324 (Rostock). Der Rechtsweg ist zulässig für die Klage des Fiskus auf Zahlung von Gerichtskosten, sofern die Kostenpflicht des Beklagten aus Vorschriften des bürgerlichen Rechtes hergeleitet wird (Übernahme des Vermögens des eigentlichen Kostenschuldners durch den Beklagten nach § 419 BGB.).

3. Einzelfälle der Zulässigkeit nach Landesrecht. A. Preußen. a) **RG.** IV. 15. 2. 12, JW. **12** 547, GruchotsBeitr. **56** 1029, R. **12** 243. Für die Ansprüche der Gemeinden gegen den Fiskus auf Leistung von Besoldungsbeiträgen und Zuschüssen zur Alterszulagenkasse nach dem preuß. G. vom 3. März 1897 über das Diensteinkommen der Lehrer und Lehrerinnen an öffentlichen Volksschulen ist der Rechtsweg zulässig. Es läßt sich für das preußische Recht als durchgängige Regel ansehen, daß, wo immer der Staat unmittelbar durch seine Gesetzgebung die Verpflichtung übernimmt, nach bestimmten Normen abgemessene Vermögensleistungen einem anderen Rechtsträger zu gewähren, er sich dem berechtigten Empfänger gegenüber wegen der gehörigen Einhaltung dieser Verpflichtung einer Rechtskontrolle auch dann unterwirft, wenn die Leistungen dem gesetzgeberischen Grunde nach dem öffentlichen Wohle zugute kommen sollen. **b) RG.** III. 15. 12. 11, **79** 1, JW. **12** 314, R. **12** 131. Gegen Entscheidungen des Evangelischen Oberkirchenrats über Ruhegehaltsansprüche von Geistlichen findet der Rechtsweg statt (Art. 4 Abs. 2 RuhegehaltG. vom 15. März 1888). **c)** Enteignungssachen. **RG.** VII. 23. 4. 12, **79** 275, R. **12** 357. Die Bestimmung des § 37 Abs. 3 PrEnteignungsG. vom 1. Juni 1874, daß über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung ein gerichtliches Verfahren nicht stattfinde, bezieht sich nur auf die im Verwaltungsverfahren zugelassene Hinterlegung, nicht aber auf den Fall, daß erst das Gericht die Entschädigungssumme zu einem höheren Betrage festsetzt und es sich dabei um die Frage handelt, ob dieser Betrag zu zahlen oder zu hinterlegen sei. Darüber hat naturgemäß das erkennende Gericht zu entscheiden. **d)** Kirchenbaulast nach PrALR. **RG.** IV. R. **12** 208. Der Rechtsweg ist zulässig, soweit es sich um die Beitragspflicht überhaupt und die Verteilung der aufzubringenden Kosten unter die Pflichtigen handelt (§§ 708, 709 II. 11 ALR.). Vgl. **RG. 5** 242, **34** 307, **50** 311, JW. **97** 179, 279, 471, GruchotsBeitr. **41** 407, **46** 1063. **e)** Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in Auseinandersetzungsangelegenheiten. α. **RG.** VII. 30. 4. 12, R. **12** 358. Der Auseinandersetzungsbehörde ist richterliche Tätigkeit nur unter den Voraussetzungen der §§ 7, 8 VO. vom 30. Juni 1834 (GS. 96) übertragen. Das nach § 8 zur Vermittelung und richterlichen Entscheidung von „Nebengeschäften" bei einer Melioration erforderliche Einverständnis der Interessenten ist in dem Auftrag an die Generalkommission, die Verhandlungen über die Melioration zu leiten, nicht zu erblicken. Ebensowenig kann das nach der Ausführung der Melioration im Rechtsstreit erklärte Einverständnis mit der Erledigung des Streites durch die Auseinandersetzungsbehörden als ein solches Einverständnis beurteilt werden. β. **RG.** V. **79** 46, R. **12** 294. Aus § 6 Abs. 1 G. vom 2. April 1887 in Verb. mit §§ 18, 34 Abs. 3 ZustG. folgt für die durch Aus-

einandersetzungsrezesse gegründeten Gemeinschaften, daß, soweit der Streit die rezeßmäßige Regelung und die daraus hergeleiteten Befugnisse, insbesondere auch deren Umfang betrifft, er dem Verwaltungsstreitverfahren unterliegt, soweit dagegen andere spezielle Privatrechtstitel (Sonderrechte) vorliegen, der § 7 LVG. Platz greift, nach dem die Entscheidungen im Verwaltungsstreitverfahren unbeschadet aller privatrechtlicher Verhältnisse ergehen (vgl. **RG. 47** 318, **51** 339). γ. Reichhelm, KGBl. **12** 51. Die Zulässigkeit des Rechtswegs für Ansprüche gegen den Vertreter einer Interessentengemeinschaft ist beim Vorliegen der positiven und negativen Voraussetzung des § 13 gegeben. **f**) Gehaltsansprüche der Kommunalbeamten. PrVerwBl. **33** 616, R. **12** 61 (OVG.). Das Verwaltungsstreitverfahren findet nur über die Frage statt, welcher Teil des Diensteinkommens eines Kommunalbeamten bei Feststellung der Pensionsansprüche als Gehalt anzusehen ist, nicht aber darüber, welches Diensteinkommen dem Beamten zur Zeit seiner Pensionierung rechtlich zustand. Hierüber ist im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden. **g**) Gehaltsansprüche der mittelbaren Staatsbeamten (Lehrer an städtischen Schulen). α. **RG.** III. 17. 4. 12, R. **12** 354. Für die Gehaltsansprüche der mittelbaren Staatsbeamten ist in Preußen der Rechtsweg nie verschlossen gewesen. Die KabOrder vom 7. Juli 1830 und § 2 G. vom 24. Mai 1861 beziehen sich nur auf unmittelbare Staatsbeamte (**RG. 28** 356). β. Ebenso **RG.** III. R. **12** 208. γ. RheinA. **109** 212 (Düsseldorf). Das G. vom 24. Mai 1861 über die Erweiterung des Rechtswegs bezieht sich nur auf unmittelbare Staatsbeamte. Die Lehrer an städtischen höheren Schulen sind von der preußischen Gesetzgebung und der Verwaltung stets als mittelbare Staatsbeamte angesehen worden. Ihnen steht daher der Rechtsweg wegen ihres Gehalts ohne weiteres offen. δ. **RG.** III. 12. 3. 12, R. **12** 293. Der Rechtsweg für die Gehaltsansprüche der Lehrer an höheren kommunalen Schulen ist durch § 7 G. vom 30. Juli 1899 betr. die Anstellung und Versorgung von Kommunalbeamten nicht beschränkt. Die Lehrer gehören nicht zu den Kommunalbeamten im Sinne des Gesetzes (**RG. 70** 421). ε. Ebenso **RG.** III. 29. 3. 12, R. **12** 322. **h**) Rechtsweg gegen einen Defektenbeschluß. **RG.** III. 24. 10. 11, **77** 352, JW. **12** 46, R. **12** Nr. 354. Nach rechtskräftiger Abweisung der gegen einen Defektenbeschluß erhobenen Klage ist der Rechtsweg für die Klage gegeben, die von dem demnächst im Strafverfahren freigesprochenen Kläger auf Grund des § 767 ZPO. und des § 826 BGB. erhoben wird. Es handelt sich um einen rein privatrechtlichen Ersatzanspruch (vgl. **RG. 7** 335, **12** 144, **31** 313).

B. Bayern. a) Streitigkeiten über die Befugnis zum Gewerbebetriebe (§§ 20, 21 GewO.). R. **12** 422 (BayVGH.). Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden ist ausgeschlossen, wenn es sich um die endgültige Entscheidung sowohl über den Umfang wie über den Bestand eines Realrechts handelt, da hierüber die bürgerlichen Gerichte zu entscheiden haben, und zwar kann diese zivilrechtliche Frage nicht einmal als Vor- oder Zwischenfrage in einem Konzessionsverfahren von den Verwaltungsbehörden entschieden werden. Wohl aber haben unbeschadet dieser endgültigen zivilrechtlichen Entscheidung die Verwaltungsbehörden gelegentlich der Würdigung eines Konzessionsgesuchs zur Ausübung eines realen Wirtschaftsrechts von Amts wegen in eine Prüfung dahin einzutreten, ob nicht gegen den Rechtsbestand des von dem Bewerber behaupteten Realrechts so beachtenswerte Zweifel vorliegen, daß die Gerechtsame einen bestimmten Faktor bei der Beschlußfassung über das Gesuch nicht bilden kann. **b**) Kultusbaupflicht. R. **12** 607 (BayVGH.). Über das Bestehen und den Umfang einer Kirchen- oder Pfarrhofbaupflicht haben in Bayern ausschließlich die bürgerlichen Gerichte zu entscheiden.

C. Württemberg. **RG.** III. 11. 10. 12, R. **12** 776. Die Zulässigkeit des

Rechtswegs für die Gehaltsansprüche württembergischer Offiziere ergibt sich aus Art. 2 Ziff. 1 WürttG. über die Verwaltungsrechtssätze vom 16. Dezember 1872.

D. Sachsen. SächsRpflA. **12** 133 (Dresden). Nach § 6 SächsG. vom 28. Januar 1835 über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden findet bei allen „Irrungen über privatrechtliche Verhältnisse" der Rechtsweg statt. Danach kommt es nicht darauf an, ob der Klaganspruch privatrechtlicher Art ist. Entscheidend ist vielmehr, ob das die Grundlage des Anspruchs bildende Rechtsverhältnis von Normen des öffentlichen oder des Privatrechts beherrscht wird (SächsOLG. **27** 143, **28** 39, **29** 508).

E. Baden. a) BadRpr. **12** 2 (Karlsruhe). Für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines von dem Nachbarn behaupteten Anspruchs auf Wiederherstellung früher vorhandener Einrichtungen in einem Mühlkanal ist nach badischem Landesrechte der Rechtsweg zulässig. Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde erstreckt sich nach dem badischen WasserG. nicht auf den Bestand, sondern nur auf die Ausübung der den Anliegern und Hinterliegern eingeräumten Benutzungsrechte. **b)** BadRpr. **12** 187 (Karlsruhe). Durch die Bestimmung im Statute der Pensionsanstalt und im Theaterstatute des Hoftheaters in Karlsruhe, daß gegenüber den Entscheidungen des Verwaltungsrats der Pensionsanstalt oder des Intendanten der Rekurs an das Ministerium des Großh. Hauses stattfinde, wird keine den Rechtsweg ausschließende Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde nach § 13 begründet.

F. Meiningen. ThürBl. **59** 115 (Jena). Über die Verpflichtung zur Zahlung von Straßenanliegerbeiträgen ist nach Meiningischem Landesrechte der Rechtsweg zulässig (Artt. 1, 49 MeinVO. vom 16. Juni 1829 über die Kompetenzverhältnisse zwischen den Gerichten und den Regierungs- und Verwaltungsbehörden).

G. Hamburg. HansGZ. **12** Beibl. 253 (Hamburg). Der Rechtsweg ist zulässig und das HansOLG. als zweite Instanz zuständig gegen im öffentlichen Interesse erlassene Verfügungen der hamburgischen Verwaltungsbehörden, falls diese in Privatrechte des Klägers eingreifen.

H. Bremen. a) **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 151. Durch die Bestimmung des § 15 der Verfassung der freien und Hansestadt Bremen vom 1. Januar 1894: „Jedem, der sich durch eine Verwaltungsmaßregel in seinen Privatrechten gekränkt glaubt, steht der Rechtsweg offen" ist die Zulässigkeit des Rechtswegs auch dann begründet, wenn jemand behauptet, durch eine öffentliche Warnung einer bremischen Behörde (Medizinalkommission) vor einem von ihm in den Handel gebrachten gewerblichen Erzeugnisse widerrechtlich in seinem Gewerbebetriebe beeinträchtigt zu sein, und auf Unterlassung der Warnung klagt. Die Bestimmung im § 15 der bremischen Verfassung enthält einen unmittelbar bindenden Rechtssatz, wodurch zulässigerweise auch der im § 13 offengelassene Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit landesgesetzlich näher umschrieben ist. Die dem Gerichte zugewiesene Rechtskontrolle kann aber zu einer Abhilfe gegenüber einer Verfügung einer an sich zuständigen Verwaltungsbehörde nur dann führen, wenn die Behörde in Überschreitung ihrer Kompetenz oder der gesetzlichen Grenzen des innerhalb des Geschäftsbereichs der Behörde liegenden, noch so weit gehenden Ermessens in Privatrechte eingegriffen hat. Über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer Verwaltungsmaßregel zu entscheiden, steht dem Gerichte nicht zu (vgl. JDR. **10** Nr. II 2 a). **b)** HansGZ. **12** Beibl. 181 (Hamburg). Für Gehaltsansprüche der bremischen Beamten gegen den Staat ist nach § 15 der Bremer Verfassung der Rechtsweg zulässig. Dies gilt auch für den Anspruch des Beamten auf Nachzahlung des Gehalts, das ihm gemäß § 74 BremBeamtenG. vom 1. Februar 1894 wegen unerlaubter Entfernung aus dem Amte einbehalten ist.

J. Elsaß-Lothringen. ElsLothJZ. **12** 463 (Colmar). In Elsaß-Lothringen sind für den Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers auf Grund der

Gesetze vom 21. Mai 1879 und 6. Januar 1892 betr. die Beschränkung der Baufreiheit die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über die Entschädigungspflicht dem Grunde nach, dagegen nicht zur Festsetzung des Betrags der Entschädigung berufen.

4. Erst nach Anrufung anderer Behörden. a) **RG.** VII. 21. 5. 12, R. **12** Nr. 2075. Wenn in einer Gesetzesbestimmung (Art. 15 franz. Dekret vom 28. Oktober 1790 betr. die biens nationaux) für bestimmte Fälle vor Erhebung einer gerichtlichen Klage die Anrufung der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde gefordert wird, so ist damit gesagt, daß vorher der Rechtsweg unzulässig ist. b) **RG.** I. GruchotsBeitr. **56** 1023. Für die Klage auf Feststellung, daß die Beseitigung einer Grubenanschlußbahn, die über mit Kaligewinnungsrechten belastete Grundstücke führt, oder Schadensersatz gefordert werden könne, ist der Rechtsweg zulässig, ohne daß zunächst gemäß § 154 Abs. 2 PrABG. die Entscheidung des Oberbergamts einzuholen ist. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der letzteren Bestimmung ist die Ausführung eines öffentlichen Verkehrsmittels. Grubenanschlußbahnen sind aber nicht zu den öffentlichen Verkehrsmitteln des § 153 ABG. zu rechnen und werden es auch nicht dadurch, daß sie nachträglich zur Beförderung von Personen und Gütern nach den Grundstücken der Bahnanlieger ermächtigt werden. c) **RG.** IV. 15. 5. 12, R. **12** 418. Steht die Notwendigkeit und die Art eines Kirchenbaues fest, so ist, wenn wegen des zu leistenden Beitrags Streit unter den Interessenten entsteht, der Erlaß des Bauresoluts (§§ 708, 709 II. 11 ALR.) nicht Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtswegs (vgl. OTr. vom 14. 10. 71, StriethA. **85** 10; **RG. 50** 312, BolzePr. **5** 309). d) **RG.** IV. 20. 6. 12, R. **12** 531. Eines förmlichen Baubeschlusses im Sinne der §§ 707 ff. II. 11 ALR. bedarf es dann nicht mehr, wenn die Regierung nach Vollendung des Baues dessen Notwendigkeit stillschweigend anerkannt hat (vgl. **RG. 50** 311). e) NaumburgAK. **12** 62 (LG. Halle). Für Erstattungsansprüche eines Armenverbandes gegen einen Knappschaftsverein auf Grund des § 62 UWG. ist der Rechtsweg zulässig, ohne daß es vorher der Einholung der Entscheidung des Oberbergamts gemäß § 186 PrAllgBergG. bedarf.

5. Zulässigkeit des Rechtswegs gegen polizeiliche Verfügungen. a) SchlHolstAnz. **12** 122 (Kiel). Als polizeiliche Anordnung im Sinne des G. vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtswegs ist auch die landespolizeiliche Genehmigung einer Anlage anzusehen. b) Ebenso **RG.** V. 3. 7. 12, SchlHolstAnz. **12** 281 (unter Zurückweisung der Revision gegen die Entscheidung des OLG. Kiel).

III. Unzulässigkeit des Rechtswegs. 1. Aus prinzipiellen Gründen. a) Fragen des staatlichen Hoheitsrechts. α. **RG.** I. 22. 6. 12, **79** 427, GruchotsBeitr. **56** 1119, R. **12** Nr. 2882 (Nr. 2111), DJZ. **12** 1186. Wird durch eine Allerhöchste Kabinettsorder im Interesse der Landesverteidigung in ein Patentrecht (Entlastungsvorrichtung für Rohrverbindungen bei Überhitzern, Vorwärmern u. dgl. auf Kriegsschiffen) eingegriffen, so ist der Rechtsweg für eine Klage auf Unterlassung fernerer Eingriffe verschlossen. Die Betätigung der obrigkeitlichen Gewalt gehört wesentlich dem Gebiete des öffentlichen Rechtes an und Klagen, die ein ihr entgegentretendes Verbot erstreben, sind keine bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13. Wohl aber steht der Rechtsweg für die Klage auf Entschädigung wegen des Eingriffs und für die Klage auf Feststellung der Patentverletzung offen. β. **RG.** IV. 8. 2. 12, R. **12** Nr. 1245. Für eine Klage auf Feststellung, daß einem ehemals reichsunmittelbaren Hause als Standesvorrecht zugesichert ist, die Ausübung der staatspolizeilichen Hoheitsrechte solle ihm gegenüber nicht durch die unteren Polizeiorgane, sondern durch die übergeordnete Regierungsbehörde stattfinden, ist der Rechtsweg ausgeschlossen. b) Gehaltsansprüche gegen den Fiskus. α. *Hartmann R. **12** 49 f. Wegen der im wesentlichen

öffentlich-rechtlichen Art der Beziehungen des Staates zu seinen Beamten ist für Ansprüche der letzteren aus dem Beamtenverhältnisse der Rechtsweg grundsätzlich ausgeschlossen und kann daher nur insoweit für statthaft angesehen werden, als er ausdrücklich durch Gesetz zugelassen ist. Der Anspruch des Beamten auf Gehalt oder Pension ist öffentlich-rechtlicher Natur, weil er seinen Rechtsgrund in dem öffentlich-rechtlichen, durch die Anstellung begründeten Rechtsverhältnisse hat und aus ihm seinen Inhalt empfängt; Streitigkeiten über solche Ansprüche gehören nicht vor die ordentlichen Gerichte. — Gemäß § 4 EGGVG. kann nun allerdings der Landesgesetzgeber öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auch den bürgerlichen Gerichten zuweisen. Die Befugnis ist aber auf die eigenen Landesgerichte beschränkt; das RG. kann durch landesrechtliche Bestimmungen nicht für zuständig erklärt werden (vgl. **RG. 55** 275). Deshalb können zwar die vermögensrechtlichen Ansprüche der Reichsbeamten im Rechtszuge bis an das RG. gebracht werden, weil das Reichsbeamtengesetz dies im § 152 ausdrücklich gestattet. Wo aber, wie z. B. in Preußen und Württemberg, für vermögensrechtliche Ansprüche der Landesbeamten der ordentliche Rechtsweg zugelassen ist, da ist folgerichtig auch nur die Zuständigkeit der Landesgerichte, d. h. also der preußischen bzw. württembergischen Gerichte begründet. β. Gegen Hartmann wendet sich Francke, R. **12** 91. Der Rechtsweg ist für Gehaltsansprüche mit dem RG. grundsätzlich für zulässig zu erachten. Die Natur des Anspruchs als eines bürgerlich-rechtlichen, nicht die Natur seines Rechtsgrundes entscheidet. γ. SchlHolstAnz. **12** 78 (Kiel). Der Rechtsweg ist unzulässig für den Anspruch eines Reichsbeamten auf eine andere Festsetzung seines Besoldungsdienstalters. δ. RheinA. **109** 180 (Cöln). Die nach §§ 20, 21 PrPensG. vom 12. März 1872 zur Pensionierung eines Beamten erforderlichen Erklärungen der vorgesetzten Dienstbehörde können nicht durch Feststellungen im ordentlichen Rechtsweg ersetzt werden. ε. Bestätigt durch **RG.** III. 19. 12. 11, RheinA. **109** 361, R. **12** 99, JW. **12** 261. ζ. SeuffBl. **12** 80 (München). In Bayern sind für den Anspruch eines früheren nicht pragmatischen statusmäßigen Staatsdieners im Sinne der VO. vom 26. Juni 1894 auf Pensionserhöhung die Gerichte nicht zuständig. η. BayObLG. **12** 482 (BayObLG.). Bei einem Anspruch aus § 1 BayVO. vom 13. November 1902, betr. die Unfallfürsorge für die nichtpragmatischen Staatsbeamten und Staatsbediensteten, ist nur die Frage, ob das körperliche oder geistige Gebrechen des von dem Unfalle betroffenen Beamten auf ein bestimmtes Ereignis zurückzuführen und ob dieses als ein Betriebsunfall anzusehen ist, der Entscheidung im ordentlichen Rechtswege vorbehalten. Die Frage, ob das Gebrechen den Beamten zur Erfüllung seiner Amtspflicht dauernd unfähig macht, unterliegt der Entscheidung der Verwaltungsbehörde. ϑ. SächsRpflA. **12** 389 (Dresden). Für die Ansprüche eines Beamten gegen den Staat aus angeblich ungesetzlicher Versetzung, die sich lediglich auf das SächsStaatsdienerG. vom 7. März 1835 stützen, ist der Rechtsweg nicht zulässig. Dagegen ist der Rechtsweg insoweit gegeben, als Ansprüche gegen den Staat oder ein Mitglied der Anstellungsbehörde damit begründet werden, daß sich dem Kläger gegenüber ein Beamter durch eine gegen das G. vom 7. März 1835 verstoßende Versetzung einer Verletzung der §§ 823, 826, 839 BGB. schuldig gemacht habe. c) Steuerstreitigkeiten. α. **RG.** VII. 5. 3. 12, JW. **12** 647, GruchotsBeitr. **56** 1036, R. **12** Nr. 1547, FischersZ. **41** 243. Die Rückforderung angeblich zu Unrecht entrichteter Brausteuer ist im Rechtswege nicht statthaft. Der Anspruch auf die Brausteuer beruht lediglich auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, nämlich dem Verhältnisse des Steuerpflichtigen als eines Angehörigen des Deutschen Reichs zu diesem Reiche als dem Träger der Steuerhoheit. Dem Streite über die Verbindlichkeit zur Entrichtung von Brausteuer kann hiernach nicht der Charakter einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit dadurch gegeben werden, daß der Rückforderungsanspruch als ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hingestellt wird. Der Anspruch

auf Rückzahlung der entrichteten Steuer ist nichts anderes als die Kehrseite des Anspruchs des Staates auf Entrichtung der Steuer. β. HessRspr. **13** 97 (Darmstadt). Für die Rückforderung angeblich zu Unrecht erhobener Gemeindesteuern ist in Hessen der Rechtsweg nicht zulässig. γ. HessRspr. **12** 361 (VerwG.). In hessischen Steuersachen ist der Rechtsweg auch dann unzulässig, wenn von dem Konkursverwalter des Steuerpflichtigen eine Feststellungsklage aus § 146 KO. angestrengt wird, daß die Staatskasse nur mit einem Teile der angemeldeten Steuern zu berücksichtigen sei. **d)** R. **12** Nr. 287 (BayObLG.). Das Recht einer Kirchengemeinde auf Benutzung eines Grundstücks zur Leichenbestattung ist im Zweifel ein Nutzungsrecht öffentlichen, nicht privaten Charakters. **e)** FischersZ. **41** 211 (Dresden). Ein Abkommen über Gegenstände des öffentlichen Rechtes kann für die dadurch berührten rechtlichen Beziehungen eine privatrechtliche Grundlage schaffen, kann es aber auch bei der öffentlich-rechtlichen Natur jener Beziehungen belassen und deren Ausgestaltung auf dem Boden des öffentlichen Rechtes bezwecken. Denn der Vertrag und seine Unterart des Vergleichs sind nichts dem Privatrecht Eigentümliches, sondern gehören ebenso dem öffentlichen Rechte an. Es kommt daher im einzelnen Falle darauf an, ob die Parteien beabsichtigt haben, durch ihr Abkommen für eine von ihnen ein Privatrecht zu begründen. Die Frage wird bei einer Vereinbarung, durch die sich eine Partei einer anderen gegenüber verpflichtet hat, in einem bestimmten Falle von dem ihr nach baupolizeilichen Bestimmungen zustehenden Widerspruchsrechte gegen gewisse bauliche Maßnahmen auf dem Nachbargrundstücke keinen Gebrauch zu machen, verneint.

2. Unzulässigkeit kraft positiven Rechtes. a) Kommunalabgaben. **RG.** VII. 6. 2. 12, **78** 418, PrVerwBl. **33** 601, R. **12** 245, JW. **12** 474, FischersZ. **41** 241. Der Rechtsweg ist für die Klage auf Erstattung einer Gemeindesteuer in Preußen auch dann unzulässig, wenn die Steuerordnung, auf Grund deren sie erhoben ist, später für rechtsungültig erachtet ist und demgemäß der Klagegrund auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt wird. b) Wasserpolizeisachen. α. SchlHolstAnz. **12** 263 (Kiel). Ansprüche des Unterliegers eines Privatflusses wegen Herstellung störender Stauanlagen durch den Oberlieger können im Geltungsgebiete der Wasserlösungsordnung für die Geestdistrikte des Herzogtums Holstein vom 16. Juli 1857, die insoweit durch § 82 Abs. 1 Ziff. 2 ZustG. aufrechterhalten ist, nicht im ordentlichen Rechtswege verfolgt werden, auch wenn sie auf § 26 GewO. gestützt werden. Der Ausdruck „Privatklage" im § 26 GewO. ist nicht eng aufzufassen, sondern auch auf solche Fälle zu beziehen, wo ein an sich privatrechtlicher Anspruch ausnahmsweise bei der Verwaltungsbehörde geltend zu machen ist. β. **RG.** IV. 14. 3. 12, R. **12** 322. Der Anspruch auf Erstattung von Kosten, die für die Unterhaltung eines öffentlichen Flusses aufgewendet sind, ist dem Rechtsweg an sich nicht entzogen; aber die Entscheidung über die Notwendigkeit der Räumungsarbeiten ist gesetzlich dem freien Ermessen der zuständigen Verwaltungsbehörde, nämlich des Regierungspräsidenten, überlassen, so daß der ordentliche Richter, wenn es an einer solchen Entscheidung fehlt, nicht in der Lage ist, die Notwendigkeit der Arbeiten im Prozesse festzustellen (**RG. 53** 126, JW. **99** 459, Gruchots Beitr. **43** 1201). c) Wassergenossenschaftsbeiträge. **RG.** VII. 14. 11. 11, R. **12** 30, JW. **12** 81. Streitigkeiten über die Verbindlichkeit zur Entrichtung der als öffentliche gemeine Lasten anzusehenden satzungsmäßigen Beiträge der Wassergenossenschaften gehören vor die Verwaltungsgerichte, auch wenn die Befreiung auf Grund eines privatrechtlichen Titels begehrt wird. Dagegen ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen, wenn die Beiträge nicht auf Grund der Satzung, sondern auf Grund eines privatrechtlichen Vergleichs gefordert werden, auch wenn dieser Vergleich bestimmt war, einen Verwaltungsstreit zu erledigen. d) Schulangelegenheiten. α. **RG.** III. 14. 11. 11, **78** 4, R. **12** 60, JW. **12** 206. Alle

wie auch immer geartete Rechtstitel, durch welche eine dauernde Verpflichtung für die Schule begründet wird, werden durch Bestätigung der obersten Schulbehörde zu einem Teile der örtlichen Schulverfassung und damit zu objektiven Normen des öffentlichen Rechtes (PrOVG. **11** 166, **16** 222; § 32 G. vom 28. Juli 1906, betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen). Rechtsstreitigkeiten über die Beitragspflicht aus solchen von der Aufsichtsbehörde ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Titeln gehören daher vor die Verwaltungsgerichte. β. Ebenso **RG.** III. 27. 2. 12, R. **12** 270. e) Armenangelegenheiten. **RG.** IV. SchlHolstAnz. **12** 110, PosMSchr. **12** 16, R. **12** Nr. 677, JW. **12** 257. Unzulässigkeit des Rechtswegs für den Anspruch eines Armenverbandes gegen einen anderen Armenverband auf Erstattung von Verpflegungsbeiträgen, die auf Grund irriger Annahme der Verpflichtung gezahlt sind (unter Zurückweisung der Revision gegen das JDR. **10** Nr. III 2 f mitgeteilte Erkenntnis des OLG. Kiel). f) Kranken- und Unfallversicherungssachen. α. **RG.** VII. 28. 6. 12, DJZ. **12** 1241. Die Anfechtbarkeit der Entscheidung einer Aufsichtsbehörde im ordentlichen Rechtswege nach § 58 KrankVG. ist nicht deshalb zu verneinen, weil nicht über ein bestimmtes einzelnes Versicherungsverhältnis, sondern über das eine bestimmte Arbeitnehmerklasse unter den bei einer bestimmten Firma beschäftigten Lohnarbeitern betreffende Versicherungsverhältnis entschieden ist. Wohl aber ist, wenn auch nicht die Form gerichtlicher Urteile gefordert werden kann, zu verlangen, daß die Entscheidung den Streit durch Aufstellung fester objektiver Merkmale erledige. Diese Voraussetzung fehlt bei einer Entscheidung, daß die Versicherungspflicht durch ein Einkommen von „nur etwa 10 M. oder weniger" bedingt sei. Gegen diese Entscheidung ist daher der Rechtsweg zu versagen. β. SächsOLG. **33** 102 (Dresden). Wenn die Anfechtungsklage des § 58 Abs. 1 KrankVG. in einem anderen Staate als demjenigen erhoben wird, in dem die zur Zahlung verurteilte Ortskrankenkasse ihren Sitz hat, so bestimmt sich die Zulässigkeit des Rechtswegs gleichwohl nach dem Rechte des ersteren Bundesstaats. In Sachsen, das gemäß § 21 G. über die Verwaltungsrechtspflege die Anfechtungsklage aus § 58 KrankVG. dem Verwaltungsstreitverfahren überwiesen hat, sind daher auch in einem solchen Falle die ordentlichen Gerichte nicht zuständig. γ. BayRpflZ. **12** 339 (BayKompGH.). Die Gerichte sind nicht zuständig für die Klage gegen eine Berufsgenossenschaft auf Auszahlung einer im Verwaltungswege rechtskräftig zugebilligten Unfallrente, wenn die Genossenschaft die Auszahlung wegen Aufrechnung (§ 96 Abs. 2 GewUVG.) verweigert. δ. Ebenso BayRpflZ. **12** 340 (BayKompGH.) hinsichtlich der Invalidenrente. g) Unzulässigkeit des Rechtswegs gegen polizeiliche Verfügungen. α. **RG.** III. 20. 9. 12, R. **12** 676, GruchotsBeitr. **57** 184. § 6 G. vom 11. Mai 1842 erfordert als Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtswegs, daß die polizeiliche Verfügung im Wege der Beschwerde als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben worden sei. Mag man nun diese Vorschrift im weitesten Sinne auslegen, insbesondere also annehmen, daß es einer Beschwerde nicht bedürfe, daß vielmehr die Aufhebung auch von Amts wegen erfolgen könne, und daß auch eine ausdrückliche Aufhebung nicht erforderlich sei, vielmehr schon die Mißbilligung der polizeilichen Verfügung durch die vorgesetzte Behörde genüge, so kann doch eine solche Mißbilligung in der Anordnung der vorgesetzten Behörde immer nur dann gefunden werden, wenn letztere bei dem Erlaß ihrer Anordnung gewußt hat, daß es sich bei der mit dieser im Widerspruche stehenden Maßnahme der untergeordneten Polizeibehörde überhaupt um eine polizeiliche Maßnahme gehandelt hat, insbesondere also, daß sie von einem Polizeiorgane getroffen war. β. HansGZ. **12** Beibl. 202 (Hamburg). Die im § 29 HambVerhältnisG. zugelassene Klage auf „Abhilfe" gegenüber einer in Privatrechte eingreifenden Maßregel einer Verwaltungsbehörde gestattet nicht eine Klage auf Vornahme einer Amtshandlung gegen die Verwaltungsbehörde

z. B. auf Erteilung einer Bauerlaubnis. Dagegen unterliegt der Nachprüfung der Gerichte die Frage, ob die Versagung der Bauerlaubnis als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen ist, z. B. wegen eines für das Projekt eines Bebauungsplans vorgesehenen Grünplatzes. Die Frage der Zweckmäßigkeit dieses Projekts ist aber wieder der gerichtlichen Beurteilung entzogen. γ. HansGZ. 12 Beibl. 185 (Hamburg). Die Feststellung, daß eine Behörde künftig zu gewissen Maßregeln nicht berechtigt sei, kann nach dem Verhältnisgesetz in Hamburg von den Gerichten nicht ausgesprochen werden. h) Streitigkeiten über die Benutzung von Gemeindeanstalten in Bayern (Art. 8 Ziff. 31 BayVerwGG. vom 8. August 1878). R. 12 534 (BayVGH.). Wenn gesetzlich oder statutarisch geregelte Vergütungen für die Benutzung einer Gemeindeanstalt den Gegenstand des Streites bilden, so ist die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden begründet und eine Streitsache gemäß Art. 8 Ziff. 31 VerwGG. gegeben. i) PosMSchr. 12 88 (LG. Schneidemühl). Für einen Streit zwischen den Separationsinteressenten über den Umfang der Teilnahme an den Nutzungen und Erträgen des der Verwaltung des Gemeindevorstehers unterworfenen gemeinschaftlichen Vermögens ist der Rechtsweg nicht zulässig.

§ 14. Literatur: Adler, Welche für Privatangestellte außerhalb des HGB. geltenden sozialen Schutzvorschriften eignen sich zur Erstreckung auf alle Privatangestellten? AÖstGZ. 12 376—381. — Bewer, Grenzen der Gewerbegerichtsbarkeit, DJZ. 12 1439—1443. — Krönig, Vorschläge zur Ausgestaltung des Vortermins, GewuKfmG. 17 217—220. — Lobe, Einigungsamt der Korporation der Kaufmannschaft in Berlin in Sachen des unlauteren Wettbewerbes, DRZ. 12 195—197. — Neumann, Die Rechtsanwaltschaft und die Kaufmannsgerichte, KGBl. 12 28. — Prenner, Ausbau der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte zu allgemeinen Angestelltengerichten, RuW. 1 370—375. — v. Schulz, Die Sondergerichtsbarkeit und der 31. Deutsche Juristentag, GewuKfmG. 18 3—6. — Silberschmidt, Die deutsche Berggerichtsbarkeit, RheinZ. 5 45—84.

I. Unzulässigkeit der Vereinbarung der Zuständigkeit der Auseinandersetzungsbehörden als besonderer Gerichte im Sinne des § 14 bei Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. **RG.** VII. 30. 4. 12, R. 12 358. Die vom Gesetze geordnete Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und der Auseinandersetzungsbehörden als besonderer Gerichte ist als Norm des öffentlichen Rechtes der Parteivereinbarung entzogen.

II. BadRpr. 12 190 (LG. Karlsruhe). Beim Gemeindegerichte kann nicht im Urkunden- und Wechselprozesse geklagt werden. Daher steht der Erhebung der Wechselklage beim AG. nicht entgegen, daß für eine Klage im ordentlichen Verfahren das Gemeindegericht zuständig wäre.

III. GewuKfmG. 17 89 (LG. Dresden). Die Elbzollgerichte sind für die Entscheidung von Lohnstreitigkeiten zwischen Eignern und Führern von Stromfahrzeugen nur zuständig, wenn beide Parteien sich zur Zeit der Erhebung der Klage im Bezirk eines Elbzollgerichts aufgehalten haben.

IV. Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Allgemeines. 1. Prenner, RuW. 1 370—375, erörtert die Frage, ob die bestehenden Sondergerichte auf alle Privatangestellten in territorial lückenloser Weise als allgemeine Arbeitsgerichte unter etwaiger Angliederung an die Amtsgerichte ausgedehnt werden sollen. Er bejaht sie grundsätzlich, spricht sich jedoch für die Beibehaltung der bisherigen äußeren Trennung von Gew.- und KfmG. aus.

2. v. Schulz, GewuKfmG. 18 3, spricht sich für eine Erweiterung der KfmG. zu Angestelltengerichten für alle Angestellten mit weniger als 5000 M. Gehalt aus.

3. Krönig, GewuKfmG. 17 217 ff. Auch im Falle des § 54 GewGG. empfiehlt es sich de lege ferenda, dem Vorsitzenden das Recht zur Aussetzung der Entscheidung auf drei Tage einzuräumen. Es ist ferner wünschenswert, daß zur Aufklärung der

Sache auch in einem zweiten und ferneren Termine vor dem Vorsitzenden allein verhandelt werden kann, daß auch zu solchen Terminen das persönliche Erscheinen der Parteien unter Strafandrohung angeordnet, daß auch in einem solchen Termin ein Versäumnisurturteil erlassen werden und die im § 40 Abs. 4 Satz 1 GewGG. bestimmte Wirkung eintreten kann. Das Bedenken einer völligen Ausschaltung der Beisitzer ließe sich durch die Bestimmung beseitigen, daß in einem zweiten und ferneren Termin ein kontradiktorisches Endurteil durch den Vorsitzenden allein nicht erlassen werden darf.

4. Bewer, DJZ. **12** 1439 ff. Preußen hat bei der Regelung der gegenständlichen Zuständigkeit der Landesgewerbegerichte in der Rheinprovinz die ihm aus § 14 Ziff. 4 verbliebene Restkompetenz in unzulässiger Weise überschritten, indem es die Sachzuständigkeit jener Gerichte auf neue, bis dahin gewerbegerichtsfreie Gewerbebetriebe ausgedehnt und teilweise auch noch ihren örtlichen Zuständigkeitsbereich auf weitere, bis dahin gewerbegerichtsfreie Gebiete erweitert hat. Die Folge davon ist, daß eine gerichtsverfassungsmäßig begründete gewerbegerichtliche Zuständigkeit für die erst nach dem Inkrafttreten des GewGG. den Kgl. GewG. unterworfenen Gewerbezweige und ihnen zugewiesenen Gebietsteile nicht besteht. Die ordentlichen Gerichte sind also insoweit für gewerbliche Streitsachen zuständig geblieben; denn ihre Zuständigkeit wird nach § 6 Abs. 1 GewGG. nur durch die Zuständigkeit eines gesetzmäßigen GewG. ausgeschlossen.

5. Örtliche Zuständigkeit. RheinA. **109** 226 (Cöln). Die Hauptwerkstätte einer Eisenbahnaktiengesellschaft ist keine gewerbliche Niederlassung im Sinne des § 27 GewGG. Für die Klagen der Werkstättenarbeiter gegen die Gesellschaft aus dem Arbeitsverhältnis ist das GG. am Sitze der Gesellschaft zuständig.

6. Sachliche Zuständigkeit. SächsRpflA. **12** 110 (Dresden). Auf die Unzuständigkeitseinrede in einem vor das KfmG. gehörenden Rechtsstreite kann wirksam verzichtet werden. § 6 Abs. 2 KfmGG. erklärt eine solche Vereinbarung nur hinsichtlich künftiger Streitigkeiten für nichtig. Nach § 39 ZPO. ist stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

7. Vertretung durch Anwälte. SeuffA. **67** 330 (Dresden). Ein mit Generalvollmacht versehener Rechtsanwalt kann im Verfahren vor dem Kfm.- oder GewG. rechtswirksam für die von ihm vertretene Partei Einspruch einlegen.

8. Bestellung zum Schiedsgericht im Sinne der ZPO. **RG.** VII. 19. 12. 11, GewuKfmG. **12** 254, JW. **12** 303. Das Einigungsamt eines GG. kann mangels einer entgegenstehenden reichs- oder landesrechtlichen Vorschrift vertraglich zum Schiedsgericht im Sinne der §§ 1026 ff. ZPO. bestellt werden.

V. Zuständigkeit der Gewerbegerichte im einzelnen. 1. Zuständigkeit. **a)** OLG. **25** 39 (KG.). Der Umstand, daß das letzte Stück eines gewerblichen Unternehmens (Vertrieb von Sprechmaschinen) unter dem Drucke der Ereignisse nicht von der ursprünglichen Unternehmerin, sondern von dem für sie einspringenden Kläger ausgeführt worden ist, kann den Charakter des Unternehmens nicht ändern und macht den Kläger zum Gewerbetreibenden. Es ist unerheblich, daß er dann selbst vor Beendigung des Vertriebs eine anderweitige Beschäftigung als Angestellter fand und seinerseits den Beklagten mit dem Vertriebe betraute, da es durchaus möglich ist, daß jemand, der in abhängiger Stellung ist, nebenher noch selbständig ein Gewerbe betreibt. **b)** GewuKfmG. **17** 91 (LG. Bremen). Der Büfettier, der das Büfett auf eigene Rechnung hat, ist Gewerbegehilfe des Inhabers der Gastwirtschaft und nicht selbständiger Gewerbetreibender. **c)** GewuKfmG. **17** 204 (GG. Berlin, LG. I Berlin). Der Ladengeselle eines Schlächters ist Gewerbe-, nicht Handlungsgehilfe. **d)** HansGZ. **12** Beibl. 168, OLG. **25** 41 (Hamburg). Ein Bankbote, der Schecks und Wechsel

zu besorgen hat, ist Gewerbegehilfe im Handelsbetriebe der Bank, nicht kaufmännischer Angestellter. Für die Gehaltsklage gegen den Bankinhaber ist daher das GG. zuständig. **e)** GewuKfmG. **17** 106 (LG. Hamburg). Zur Zuständigkeit des GG. gehören Streitigkeiten über alle im gewerblichen Arbeitsverhältnis ausgestellten Zeugnisse, nicht bloß über die nach § 113 GewO. auszustellenden Zeugnisse. **f)** OLG. **25** 39 (KG.). Unter die Gegenstände des § 4 Ziff. 3 GewGG. fallen auch die einem Arbeiter zur Verarbeitung übergebenen Materialien und ein aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses übergebener nicht verwendeter Portobetrag. Sie werden durch die Worte „und dergleichen" mitumfaßt.

2. Unzuständigkeit. **a)** GewuKfmG. **17** 250 (GG. Hamburg). Kann die Feststellung, ob der Jahresarbeitsverdienst eines Betriebsbeamten 2000 M. übersteigt, wegen schwankender Höhe des Verdienstes nicht getroffen werden, so ist nicht das GG., sondern das ordentliche Gericht zuständig. **b)** GewuKfmG. **17** 156 (GG. Erfurt). Das GG. ist für die Klage eines in einer Gastwirtschaft tätigen Kapellmeisters gegen den Wirt nicht zuständig; denn der Kapellmeister ist nicht Gewerbegehilfe des Wirtes, sondern nimmt ihm gegenüber eine gewisse selbständige wirtschaftliche Stellung ein. **c)** GewuKfmG. **17** 82 (GG. Nürnberg). Das GG. ist nicht zuständig für gewerbliche Streitigkeiten zwischen einem Kaminkehrergeschäftsführer bayerischen Rechtes und der Inhaberin des Kaminkehrbezirkes; denn der Geschäftsführer ist nicht Gewerbegehilfe, sondern Stellvertreter einer selbständigen Gewerbetreibenden. **d)** GewuKfmG. **17** 173 (GG. Stuttgart). Das GG. ist nicht zuständig für die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO., wenn der durch das Urteil festgestellte Anspruch durch Abtretung auf einen Dritten übergegangen ist. **e)** GewuKfmG. **17** 37 (GG. Hamburg). Für eine Klage gegen die Erben eines Arbeitgebers ist das GewG. nicht zuständig.

VI. Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte im einzelnen. 1. Zuständigkeit, wenn der Angestellte gewerbliche und kaufmännische Dienste geleistet hat. **a)** **RG.** JDR. **9** Nr. III 2 jetzt auch GewuKfmG. **17** 87. **b)** PosMSchr. **12** 126 (Marienwerder). Eine hauptsächlich zu technischen Zwecken angenommene Hilfsperson (Zuschneider, der auch als Reisender tätig ist) wird nicht dadurch Handlungsgehilfe, daß ihr auch kaufmännische Dienste obliegen.

2. GewuKfmG. **17** 206 (KfmG. Mainz). Für Streitigkeiten zwischen einem Kaufmann und seiner Maschinenschreiberin ist das KfmG. zuständig. Die Maschinenschreiberin ist Handlungsgehilfin.

3. Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts, wenn an Stelle des Handlungsgehilfen der Verwalter seines Konkurses klagt. BreslauAK. **12** 27 (Breslau). Die Zuständigkeit des KfmG. wird dadurch, daß nicht der Handlungsgehilfe selbst, sondern der Konkursverwalter klagt, nicht berührt. Nach § 1 G. vom 6. Juli 1904 kommt es für die Zuständigkeit lediglich darauf an, ob es sich um Ansprüche aus einem Dienstverhältnisse zwischen Kaufleuten einerseits und Handlungsgehilfen oder -lehrlingen andererseits handelt, nicht aber, wer die Parteien sind. Daher wird an der Zuständigkeit des KfmG. durch den Übergang der Forderung auf Rechtsnachfolger nichts geändert.

4. Ebenso GewuKfmG. **17** 207 (KfmG. Braunschweig).

5. HessRspr. **13** 164 (LG. Gießen). Umgekehrt ist das KfmG. auch zuständig für die von dem Handlungsgehilfen gemäß § 146 KO. zu betreibende Feststellung seiner bestrittenen Gehaltsforderung gegen den Verwalter im Konkurse seines Prinzipals.

VII. Berggerichte. *Silberschmidt, RheinZ. **5** 45 ff. Wo sich seit den ältesten Zeiten deutsches Bergrecht findet, trifft man auch das deutsche Berggericht. Die geschichtliche Entwickelung würde dafür sprechen, den Amtsgerichten

als entscheidenden Gerichten wie Arbeitsschiedsgerichte überhaupt, so insbesondere auch Bergschiedsgerichte anzugliedern, die unter dem Vorsitze des Amtsrichters und Zuziehung der Vertreter von Arbeitgebern und Arbeitnehmern innerhalb der amtsgerichtlichen Zuständigkeit ohne Berufung zu entscheiden hätten.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 23. 1. Ziff. 2. Knoke, JheringsJ. **61** 407 f. Eine Schuldübernahme bei den im § 23 Ziff. 2 bezeichneten Ansprüchen ist ohne Einfluß auf die sachliche Zuständigkeit.

2. Über die Novelle s. §§ 495 ff. ZPO.

3. *Förster-Kann, Zivilprozeßordnung I, 42 Note 2 a bb α zu § 1. Zu den „Wohnräumen und anderen Räumen" gehören auch solche Räume in beweglichen Sachen, z. B. in Schiffen, sowie in Baulichkeiten, die nur zu vorübergehendem Zwecke oder in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück errichtet worden sind (Schaubuden, Zeitungskioske). Dagegen bezieht sich der gleiche Ausdruck im § 257 ZPO. nur auf unbewegliche Sachen.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 70. 1. Knoke, JheringsJ. **61** 407 f. Ist eine Beamtenschuld der im § 70 bezeichneten Art übernommen, so bleibt auch für den Anspruch gegen den Übernehmer das Landgericht ausschließlich zuständig. Die Zuständigkeit des § 70 ist nicht ein persönliches Privileg, das aus Rücksicht auf die Person des Beamten eingeführt wäre, sondern ein im öffentlichen Interesse gegebenes privilegium causae, das die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in diesen häufig das Staatsrecht berührenden Fragen gewährleisten soll.

2. Abs. 2 Ziff. 1. **RG.** III. 30. 1. 12, R. **12** Nr. 927. Für den Anspruch eines Reichsbeamten gegen den Reichsfiskus auf Erstattung der Kosten einer amtsärztlichen Bescheinigung, welche die vorgesetzte Dienstbehörde bei der Erkrankung des Beamten über die mit der Krankheit nach der Behauptung des Beamten verbundene völlige Dienstunfähigkeit von dem Beamten verlangt hatte, ist das Landgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig, zwar nicht nach § 70 Abs. 3 und Abs. 2 Ziff. 2 (vgl. **RG. 33** 411, **34** 421), wohl aber nach Abs. 2 Ziff. 1.

3. Abs. 3. **a)** **RG.** III. WarnE. **12** 86, R. **12** Nr. 109. Die Klage auf Schadensersatz gegen einen Postbeamten (Postassistenten) wegen Verschuldens bei der ihm obliegenden Leitung der Herstellung einer Fernsprechanlage gehört nach §§ 70 Abs. 3 GVG., 39 Abs. 1 Nr. 3 PrAGGVG. zur ausschließlichen Zuständigkeit der Landgerichte. Der Beamte ist bei der Ausführung der Arbeiten nicht bloß Erfüllungsgehilfe im Gewerbebetriebe des Staates. Der erteilte Auftrag gewährt ihm öffentlichrechtliche Befugnisse (z. B. das Recht zum Betreten von Häusern) und die Richtigkeit der Ausführung der Arbeit berührt, da das Reich das Monopol der Fernsprechanlage für sich in Anspruch nimmt, das öffentliche Interesse. Diese Zuständigkeit ist auch dann gegeben, wenn ein neben dem Postbeamten Haftpflichtiger von diesem Ausgleichung verlangt. **b)** Unter diese Bestimmungen fällt nicht ein Anspruch, der lediglich auf Grund der privatrechtlichen und quasikontraktlichen Verpflichtung der Zollverwaltung, das an sie zum Zwecke der zollamtlichen Behandlung abgelieferte Gut nach der Zollabfertigung in unversehrtem Zustand an den legitimierten Empfänger auszufolgen, erhoben ist. **RG.** III. JDR. **10** Nr. 2 jetzt auch R. **12** Nr. 2102.

Siebenter Titel. Kammern für Handelssachen.

Literatur: Michels, Zur Stellung und Organisation der Kammer für Handelssachen in der Gerichtsverfassung, DJZ. 12 395—397.

§ 100. Michels, DJZ. **12** 395, erörtert die eigenartige Stellung, die die Kammer für Handelssachen, insbesondere in Preußen, in der Organisation der Ge-

richte einnimmt, und läßt es dahingestellt, ob diese Besonderheit noch heute gerechtfertigt ist.

§ 101. BayRpflZ. **12** 317 (LG. Nürnberg). Für den Begriff der „Handelssache" ist lediglich das deutsche Recht maßgebend. Daher ist auch der Begriff der „Handelsgesellschaft" (Nr. 3 a) bei ausländischen Gesellschaften lediglich nach deutschem Rechte zu beurteilen.

§ 102. SächsRpflA. **12** 474 (LG. Dresden). Wird die Sache zufolge Erhebung einer Widerklage nach § 506 ZPO. an das LG. verwiesen, so kann der Beklagte und Widerkläger den Antrag auf Verweisung an die Kammer für Handelssachen nur in der mündlichen Verhandlung vor dem AG. stellen. Eine nachträgliche Verweisung auf Grund des § 104 Abs. 2 ist nur auf Antrag des Widerbeklagten zulässig.

Neunter Titel. Reichsgericht.

§ 137. Literatur: Silberschmidt, Einheitliche Rechtsprechung, SeuffBl. **12** 12—21.

1. *Silberschmidt, SeuffBl. **12** 12 ff. Die durch G. vom 17. März 1886 auf Unstimmigkeiten zwischen Zivil- und Strafsenaten ausgedehnte gesetzliche Bestimmung fordert die gemeinsame Beratung der Senate schlechthin, wenn in einer „Rechtsfrage" von der früheren Entscheidung abgegangen werden soll. Uneinigkeit in einer Rechtsfrage ist gleichbedeutend mit Uneinigkeit in der Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung. Davon geht insbesondere auch der unmittelbar folgende Absatz aus, daß die „Entscheidung der Rechtsfrage" durch die vereinigten Senate oder das Plenum in der Sache bindend sein soll. Die Rechtsfrage ist also der strittig gewordene Rechtssatz, der in der Entscheidung der zusammengetretenen Senate bindend wird. Würde das RG. stets diese Auslegung zugrunde legen, so würde es sehr häufig zur Anwendung des § 137 gelangen. Statt dessen wird häufig — vgl. aber auch **RG. 76** 171 — als die strittige Rechtsfrage diejenige angesehen, welche in dem Streite über den Rechtssatz den Ausschlag gibt.

2. **RG.** VII. 5. 7. 12, R. **12** Nr. 2733. Der Einholung einer Plenarentscheidung bedarf es nicht, wenn die Rechtsfrage eine Materie betrifft, die ausschließlich dem jetzt erkennenden Senate zugeteilt ist — z. B. Stempelprozesse —, so daß der Senat, der früher anders entschieden hatte, gar nicht mehr in die Lage kommen kann, die Streitfrage von neuem zu entscheiden (JW. **90** 413).

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Literatur: Delius, Die Zwangsvollstreckung aus landesgesetzlichen Schuldtiteln in anderen Bundesstaaten, BayRpflZ. **12** 185—187. — Dreyer, Beweisaufnahme in Reichstagswahlprüfungssachen durch preußische Amtsgerichte, JW. **12** 623—628. — Derselbe, Das Beweiserhebungsverfahren bei Wahlprüfungen, JW. **12** 1135—1136. — Freymuth, Rechtshilfe, GVG. §§ 158, 159, DJZ. **12** 504—505. — Josef, Zur Rechtshilfepflicht in Vormundschaftssachen, ZBlFG. **13** 337—340. — Derselbe, Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um die Entlastung des Vormundes und um Beweisaufnahme zwecks Ermittelung des Erzeugers, GruchotsBeitr. **56** 758—778. — Liedtke, Das Beweiserhebungsverfahren bei Wahlprüfungen, JW. **12** 732—734. — Loening, Zuständigkeit der Amtsgerichte in Wahlprüfungsangelegenheiten, PosMSchr. **12** 1—4. — Reiß, Zur Tätigkeit des Amtsgerichts im Wahlprüfungsverfahren, PosMSchr. **12** 49. — Stepp, Welches Gericht erteilt die weitere Vollstreckungsklausel zu einem landesrechtlichen Vollstreckungstitel, aus dem in einem anderen Bundesstaate vollstreckt werden soll? BayRpflZ. **12** 155—157.

§ 157. I. Rechtshilfeersuchen der Landesversicherungsanstalten. JDR. **10** Nr. 4 jetzt auch R. **12** Nr. 291.

II. Ersuchen der Verwaltungsbehörden in Wahlprüfungssachen. 1. In Reichstagswahlprüfungssachen. a) Dreyer, JW. **12** 623. Gemäß § 38 VO. vom 2. Januar 1849, eingeführt

in den neuen Landesteilen durch die §§ 36, 29, 28 der drei VO. vom 26. Juni 1867, sind die Amtsgerichte, ihre örtliche Zuständigkeit vorausgesetzt, verpflichtet, den Ersuchen der Verwaltungsbehörden um uneidliche wie um eidliche Vernehmungen von Zeugen in Wahlprüfungssachen zu entsprechen, und zwar haben sie sich in der Frage, ob Beeidigung erfolgen soll oder nicht, schlechthin nach dem Inhalte des Ersuchens zu richten. Die „Beteiligten", d. h. der Protesterheber, der Abgeordnete, der Gegenprotesterheber, müssen zu den Beweisaufnahmeterminen zugezogen werden, wenn der Reichstag eine solche Zuziehung in seinem Ersuchen ausdrücklich anordnet, und zwar in dem von ihm gewünschten Umfange. Im übrigen besteht kein Recht der Beteiligten auf Zulassung und ist das ersuchte Gericht auch nicht einmal berechtigt, Anträgen auf Zulassung und auf Abschrift der Beweisaufnahmeprotokolle zu entsprechen. Weigert sich das Amtsgericht, dem Ersuchen der Verwaltungsbehörde stattzugeben, so steht der Verwaltungsbehörde hiergegen gemäß § 87 Abs. 2 PrAGGVG. die Beschwerde an das Oberlandesgericht zu. **b**) AM. hinsichtlich der Zuziehung der Beteiligten ist Liedtke, JW. **12** 732 ff. **c**) Hiergegen wieder Dreyer, JW. **12** 1135—1136.

2. In Landtagswahlprüfungssachen. **a**) Loening, PosMSchr. **12** 1 ff. Eine Verpflichtung der Amtsgerichte, dem Ersuchen der Regierungspräsidenten um Beweiserhebungen in Wahlprüfungsangelegenheiten zu entsprechen, besteht nur insofern, als die Verwaltungsbehörden nicht selber die erforderliche Beweisaufnahme vornehmen können. Das Ersuchen um eidliche Vernehmung von Zeugen ist in jedem Falle als unzulässig abzulehnen, weil den Amtsgerichten mangels einer gesetzlichen Vorschrift die Zuständigkeit zur Bewirkung derartiger eidlicher Vernehmungen fehlt. Zur Beseitigung dieses unbefriedigenden Ergebnisses ist eine gesetzliche Regelung erforderlich. **b**) Dagegen Reiß, PosMSchr. **12** 49. Das Abgeordnetenhaus übt, wenn es die Legitimation seiner Mitglieder prüft und über sie entscheidet, hierbei einen Akt der Rechtsprechung aus. Der Beschluß auf Beweiserhebung im Wahlprüfungsverfahren ist deshalb der Beweisbeschluß eines Gerichtshofs, und das an das Amtsgericht gestellte Ersuchen um Vernehmung von Zeugen ist als Ersuchen um Rechtshilfe aufzufassen, erlassen von Gericht an Gericht. Diesem Ersuchen ist zu entsprechen auf Grund des § 87 Abs. 1 AGGVG., wonach die Gerichte in den Angelegenheiten, die zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, Rechtshilfe sich nach Maßgabe der Vorschriften des GVG. zu leisten haben. An die Bestimmungen des Abgeordnetenhauses, wie bei der Beweisaufnahme verfahren werden soll, ist das Amtsgericht gebunden; ist beispielsweise eidliche Vernehmung verlangt, so muß die Beeidigung erfolgen.

§ 158. 1. RG. IV. 4. 1. 12, WarnE. **12** 155, SchlHolstAnz. **12** 111, SeuffA. **67** 331, GruchotsBeitr. **56** 1045, JW. **12** 305, PosMSchr. **12** 17, JMBl. **13** 24, R. **12** Nr. 678, BayRpflZ. **12** 111. Das Amtsgericht kann zwar Personen, die nicht in seinem Bezirke wohnen, aber zur Vernehmung in den Bezirk kommen, als Zeugen vernehmen, ist auch in der Lage, Personen, die sich außerhalb seines Bezirkes aufhalten, in seinen Bezirk laden zu lassen. Daraus folgt aber nicht, daß es jedem Ersuchen um Vernehmung von Zeugen, die sich außerhalb seines Bezirkes aufhalten, stattgeben müßte. In welchem Amtsgerichtsbezirke die Amtshandlung vorzunehmen ist, ergibt sich aus den Umständen des einzelnen Falles. In der Regel hat die Vernehmung eines Zeugen bei demjenigen Amtsgerichte zu erfolgen, dessen Gerichtsbarkeit die zu vernehmende Person untersteht, also bei dem Gerichte, in dessen Bezirke der Zeuge sich aufhält. Nur besondere Gründe (Vernehmung an Ort und Stelle, Gegenüberstellung von Zeugen, gleichzeitige Vernehmung von Gerichtseingesessenen) können die Ladung des Zeugen zur Vernehmung in einen fremden Gerichtsbezirk rechtfertigen. Der Umstand, daß die Zeugen bei der Vernehmung durch das örtlich zuständige Gericht eine um 20 km

längere Strecke mit der Eisenbahn zurückzulegen haben als bei der Vernehmung durch das Gericht eines fremden Bezirkes, rechtfertigt ihre Vernehmung durch das letztere nicht.

2. Hierzu Freymuth, DJZ. **12** 505—506.

3. Stepp, BayRpflZ. **12** 155—157. Die Zuständigkeit für die Erteilung der weiteren Vollstreckungsklausel zu einem landesrechtlichen Vollstreckungstitel, aus dem in einem anderen Bundesstaate vollstreckt werden soll, bestimmt sich nicht nach § 158, sondern nach § 722 Abs. 2 ZPO.

§ 159. I. Voraussetzung eines zulässigen Ersuchens um Zeugenvernehmung in Zivilprozessen. Bedeutung des Ersuchungsschreibens. RheinARV. **30** 144 (Düsseldorf). Voraussetzung eines zulässigen Ersuchens um Vernehmung von Personen in Zivilprozessen ist ein ordnungsmäßiger Beweisbeschluß, der dem ersuchten Richter die prozeßordnungsmäßige Vernehmung der Zeugen ermöglicht (vgl. OLG. **12** 186, **13** 305, SeuffA. **47** Nr. 149, **55** Nr. 101). Neben dem Beweisbeschlusse kommt dem Ersuchungsschreiben des § 362 ZPO. eine selbständige, den Beweisbeschluß und seine Erfordernisse ersetzende Bedeutung nicht zu. Der ersuchte Richter braucht daher seinen Inhalt nicht zu berücksichtigen, wenn er über den Rahmen des Beweisbeschlusses hinausgeht und Tatsachen in den Kreis der Erörterung zieht, die mit dem Beweisthema in keinem Zusammenhange stehen. Soweit aber im Beweisbeschlusse selbst zur näheren Erläuterung eine Bezugnahme auf bestimmte Aktenstellen zulässig ist (vgl. OLG. **12** 186), ist auch das Ersuchungsschreiben durchaus geeignet, dem ersuchten Richter den Sachverhalt näher zu erläutern und insbesondere diejenigen Fragen anzuführen, die das ersuchende Gericht zur Aufklärung und Vervollständigung der sich auf das Beweisthema beziehenden Aussage gemäß § 396 Abs. 2 ZPO. für erforderlich erachtet. Eine solche persönliche Fühlungnahme der beteiligten Gerichte ist praktisch unentbehrlich; die Berücksichtigung eines in den genannten Grenzen sich haltenden Ersuchungsschreibens gehört mit zur ordnungsmäßigen Erledigung des Ersuchens.

II. R. **12** Nr. 679 (Jena). Eine verbotene Handlung wird nicht verlangt, wenn die Partei schriftlich auf einen Zeugen verzichtet hat und das Prozeßgericht trotzdem um Vernehmung des Zeugen ersucht.

III. Rechtshilfe in Nachlaßsachen. 1. Verpflichtung des ersuchten Richters zur Aufnahme von Erbscheinsverhandlungen. Josef, ZBlFG. **13** 340, stimmt der Entscheidung des OLG. Naumburg JDR. **10** Nr. II, im Ergebnisse zu, hält aber die Begründung für unrichtig.

2. OLG. **25** 273, SeuffBl. **12** 293 (München). Dem Ersuchen des mit der amtlichen Vermittlung einer Auseinandersetzung im Sinne der Artt. 3 ff. BayG. vom 9. August 1902 betr. das Nachlaßwesen befaßten Nachlaßgerichts, eine Tochter der Erblasserin unter Bekanntgabe des Akteninhalts unter anderem auch darüber zu vernehmen, ob sie auf Hypothekenbestellung für ihr Muttergut verzichte, ist stattzugeben.

IV. Rechtshilfe in Handelsregistersachen. 1. SeuffA. **67** 175, OLG. **25** 272, MecklZ. **30** 189 (Rostock). Ein Ersuchen um Entgegennahme einer Anmeldung zum Handelsregister darf nicht abgelehnt werden. Mit Josef, HoldheimsMSchr. **20** 106 und OLG. Hamburg DJZ. **01** 440 ist anzunehmen, daß das Ersuchen in einer Handelsregistersache, also in einer den Gerichten durch Reichsgesetz übertragenen Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit erfolgt und mithin § 2 FGG. Platz greift, ohne Rücksicht darauf, ob gerade die verlangte Amtshandlung, nämlich die Beurkundung der Anmeldungserklärung, den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen ist.

2. Ebenso RheinA. **109** 263 (Düsseldorf). Das Registergericht ist berechtigt, im Wege der Rechtshilfe ein Amtsgericht zu ersuchen, einen Beteiligten vorzuladen, um von ihm den Antrag auf Löschung einer Firma entgegenzunehmen.

V. Rechtshilfe in Grundbuchsachen. R. **12** Nr. 290 (Jena). Die Aufnahme einer Löschungsbewilligung kann der ersuchte Richter nicht mit der Begründung ablehnen, daß nach den für ihn geltenden Landesgesetzen Aufnahme durch einen Gerichtsschreiber genüge.

VI. Rechtshilfe in Vormundschaftssachen. 1. Allgemeines. Josef, ZBlFG. **13** 337. Das Vormundschaftsgericht kann, wie im Gegensatze zu OLG. München 14. 5. 09 (OLG. **20** 93) anzunehmen ist, in Unterstützung des Vormundes Rechtshilfe verlangen, soweit es eine solche Unterstützung nach Lage des Falles für angezeigt erachtet (**RG. 67** 419, DJZ. **10** 478, 590).

2. Beeidigung von Personen zur Ermittelung des Schwängerers. **a)** **RG.** IV. 29. 6. 11, JDR. **10** Nr. III 1 a jetzt auch Gruchots Beitr. **56** 123. **b)** SächsOLG. **33** 89 (Dresden). Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um eidliche Vernehmung eines Zeugen darüber, wer als Vater eines unehelichen Kindes in Frage komme, darf abgelehnt werden. Vgl. JDR. **10** Nr. III a. **c)** Josef, GruchotsBeitr. **56** 768 ff. Dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt niemals die Ermittelung eines Sachverhalts ob, der zur Vorbereitung eines Rechtsstreits dienen soll. Derartige Feststellungen gehören vielmehr, wie die §§ 485, 488 ZPO. ergeben, zur ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichts der streitigen Gerichtsbarkeit. Daher kann das Vormundschaftsgericht, dem die Unterstützung des Vormundes bei der Ermittelung und Geltendmachung von Mündelansprüchen, insbesondere des Unterhaltsanspruchs gegen den Erzeuger zusteht, nicht förmliche Beweisaufnahme zu diesem Behuf anordnen; es kann daher hierzu auch nicht die Rechtshilfe anderer Gerichte beanspruchen. Wohl aber sind derartige Beweisaufnahmen des Vormundschaftsgerichts zulässig und das Ersuchen um Rechtshilfe begründet, wenn die Feststellung des Erzeugers nicht Selbstzweck der Beweisaufnahme ist, sondern zur Vorbereitung einer dem Vormundschaftsgericht obliegenden Entscheidung (z. B. über Bestellung oder Entlassung des Vormundes, über Genehmigung des Alimentenvergleichs) oder unter den Voraussetzungen des § 1846 BGB. erfolgt.

3. Anerkennung der Vaterschaft. **a)** Josef, ZBlFG. **13** 338, wendet sich gegen KG. und OLG. Rostock, JDR. **10** Nr. III 2 a und c. α) Das ersuchte Gericht kann die Beurkundung der Anerkennung der Vaterschaft durch einen Minderjährigen nicht ablehnen. Die Beurkundung ist nicht verboten (§ 159 GVG. in Verb. mit § 2 FGG.), da die Vertretungsbedürftigkeit des Minderjährigen nur als Ordnungsvorschrift besteht. Es handelt sich auch nicht um ein „offenbar ungültiges" Geschäft (Art. 40 Abs. 2 PrFGG.); denn die Möglichkeit ist vorhanden, daß der Vertreter vorher dem Minderjährigen die Genehmigung zur Abgabe der Erklärungen vor Gericht erteilt hat, die zu beurkundenden Erklärungen also vollwirksam sind. β) Die Vernehmung des Minderjährigen zu vollstreckbarer Urkunde ist dagegen „offenbar ungültig". Die Unterwerfungsklausel soll ein Urteil ersetzen, und so wenig gegen den Minderjährigen persönlich ein prozeßgerichtliches Urteil ergehen kann, mag auch der Vater die Prozeßführung des Minderjährigen genehmigt haben (§§ 51, 52, 579 Ziff. 4 ZPO.), ebensowenig kann der Minderjährige die Wirkungen eines Urteils, also die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, durch eine Erklärung im Verfahren der FG. hervorbringen. **b)** Josef, ZBlFG. **13** 339. Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts, den außerehelichen Erzeuger des Mündels zu einem Termine zu laden und ihn in diesem zur Entrichtung der rückständigen Unterhaltsbeiträge bei Vermeidung der Klage aufzufordern, darf nicht abgelehnt werden (vgl. OLG. **21** 190 [Colmar]).

c) Vernehmung des minderjährigen Schwängerers. OLG. Rostock, JDR. 10 Nr. III 2 c jetzt auch R. 12 Nr. 293. d) Vernehmung des Schwängerers über seine Verpflichtungen gegenüber der unehelichen Mutter. OLG. Düsseldorf JDR. 10 Nr. III 2 b jetzt auch R. 12 Nr. 292.

4. Entlastung des Vormundes. Josef, GruchotsBeitr. 56 758 ff. Der § 1892 Abs. 2 Satz 2 BGB., wonach das Anerkenntnis des Mündels über die Richtigkeit der Schlußrechnung zu beurkunden ist, hat ein Anerkenntnis in rechnerischer Beziehung oder ein solches über die vom Vormunde gemachten tatsächlichen Angaben nicht im Auge. In Frage kommt hierbei vielmehr nur, ob die Angaben des Vormundes über den Stand und die Wandelungen des Mündelvermögens eine pflichtmäßige Vormundschaftsführung ergeben. Danach enthält die Anerkennung der Richtigkeit der Schlußrechnung seitens des Mündels dessen Erklärung, die Vormundschaft sei gewissenhaft geführt, d. h. die Entlastung des Vormundes. Folglich braucht der Mündel eine besondere Entlastungserklärung nicht abzugeben; das Vormundschaftsgericht kann aber vom ersuchten Gerichte die Beurkundung einer ausdrücklichen Erklärung dieses Inhalts verlangen, weil eine solche Beurkundung nur eine Verdeutlichung der Richtigkeit der Schlußrechnung ist. Daß der Mündel das Vormundschaftsgericht zu entlasten habe, schreibt das Gesetz nicht vor. Danach liegt dem Richter eine Amtspflicht zu dieser Beurkundung nicht ob und er kann folglich zu deren Erwirkung nicht die Rechtshilfe in Anspruch nehmen. Eine solche Amtspflicht kann auch nicht durch Landesrecht vorgeschrieben werden, da der Richter durch die §§ 171, 6 FGG. von der Beurkundung ausgeschlossen ist.

5. Einzelfälle. a) OLG. 25 275, ElsLothJZ. 12 157, R. 12 Nr. 486 (Colmar). Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts, den Vormund darüber zu hören, ob er in die Abgabe der Vormundschaft an ein anderes Gericht willigt, darf nicht abgelehnt werden. b) DJZ. 12 1472 (KG.). Dem Ersuchen des Vormundschaftsgerichts, zwei Miterben über die Umschreibung einer einem Mündel letztwillig zugewendeten Hypothek auf den Mündel zu vernehmen, ist stattzugeben.

VII. Rechtshilfe im Armenrechtsverfahren. RheinA. 109 261 (Cöln). Ein im Wege der Rechtshilfe um Anhörung von Parteien oder Zeugen im Ermittelungsverfahren über ein Armenrechtsgesuch ersuchtes Amtsgericht hat dem Ersuchen zu entsprechen.

VIII. Erklärung des Austritts aus der Kirche. JMBl. 12 215, R. 12 442 (KG.). Der Austritt aus der Kirche (§ 1 PrG. vom 14. Mai 1873) kann mit Rechtswirksamkeit nur vor dem Richter des Wohnsitzes des Austretenden, nicht vor einem ersuchten anderen Richter erklärt werden. ➠ Ein darauf gerichtetes Ersuchen ist daher abzulehnen. Red. ☚

§ 160. 1. RheinARV. 30 143 (Düsseldorf). Auch gegen eine dem Ersuchen nicht entsprechende Erledigung steht dem ersuchenden Gerichte der Rechtsbehelf des § 160 zu (vgl. Stein [10] I, 19 Note 180).

2. RheinARV. 30 143 (Düsseldorf). Die Erledigung eines Beweisaufnahmeersuchens muß aus dem Protokolle selbst erhellen. Stillschweigen des Protokolls über wichtige Fragen des Beweisthemas rechtfertigt nicht die Annahme, daß sie bei der Erledigung berücksichtigt worden sind.

§ 165. OLG. 25 275, BayObLG. 13 34, R. 12 176 (BayObLG.). Die Fertigung einer Urteilsabschrift auf Ersuchen einer am Gerichtsverfahren nicht beteiligten Behörde oder öffentlichen Korporation, für die das Urteil in Ansehung ihres öffentlichen Wirkungskreises von Interesse ist, stellt sich nicht als ein Akt der Rechtshilfe, sondern als eine Handlung der Justizverwaltung dar. Die entstandenen Kosten sind der ersuchten Behörde zu ersetzen.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 170. **RG.** (Straff.) II. R. 12 Nr. 3514. Der Begriff der Öffentlichkeit der Verhandlung erfordert nicht, daß die Tür zum Verhandlungsraume sich auf den ersten Druck dessen, der eintreten will, öffnet.

§ 175. **RG.** (Straff.) R. 12 Nr. 162. Die Vorschrift der Verkündung in öffentlicher Sitzung gilt für den Beschluß, der die Wiederherstellung der Öffentlichkeit anordnet, auch dann nicht, wenn vorher die Ausschließung der Öffentlichkeit „bis auf weiteres" beschlossen worden war.

§ 179. Literatur: Harburger, Zur Auslegung der §§ 179, 183, 184 GVG. BayRpflZ. **12** 121—124, 149—152.

I. *Harburger, BayRpflZ. **12** 121 ff., 149 ff. Vor der Festsetzung einer Ordnungsstrafe wegen Ungebühr muß regelmäßig — bei Meidung der Nichtigkeit des Strafbeschlusses — dem zu Bestrafenden ein rechtliches Gehör gewährt werden. Nur unter besonderen Umständen, die ausdrücklich festzustellen sind, kann davon Abstand genommen werden. Die Ordnungsstrafe kann nur bis zum Schlusse der Verhandlung selbst, in deren Verlauf die Ungebühr verübt wurde, festgesetzt werden. Eine nachträgliche Ahndung ist nur auf Grund einer sonstigen (beispielshalber im Landesstrafrecht enthaltenen) besonderen Strafbestimmung zulässig. Auch betrunkene Personen unterliegen der Ordnungsstrafe wegen Ungebühr. Die geringste Dauer der Haft als Ordnungsstrafe beträgt 1 Tag. Es ist zulässig, sofort für den Fall und ebenso nachträglich im Falle der Nichtbeitreibbarkeit einer als Ordnungsstrafe verhängten Geldstrafe an deren Stelle eine Haftstrafe festzusetzen. Bei der Umwandelung ist der Betrag von 33¹/₃ M. einer eintägigen Freiheitsstrafe gleichzuachten. Die im § 179 zugelassene sofortige Vollstreckung der Ordnungsstrafe eignet sich nur für Haftstrafen, nicht aber für Geldstrafen.

II. Begriff der Ungebühr. 1. ElsLothJZ. **12** 129 (Colmar). Ungebühr im Sinne des § 179 ist jede Handlung einer Partei in der Gerichtssitzung, welche nach dem äußeren und inneren Tatbestand (objektiv und subjektiv) geeignet ist, die dem Gerichte geschuldete Achtung zu verletzen oder die für die Verhandlung vor Gericht erforderliche Ruhe und Ordnung in erheblichem Maße zu stören. Sie liegt noch nicht ohne weiteres in einer, selbst zuweilen im Ausdrucke fehlgreifenden Kritik der Erklärungen der Gegenpartei, wohl aber in der gröblichen Beleidigung der Gegenpartei oder eines Zeugen (Zuruf des Meineids, lauter Vorwurf einer großen Lüge). Denn hierdurch verletzt die Partei nicht nur die dem Gerichte schuldige Achtung, sondern gefährdet auch die Ruhe und Ordnung der Sitzung, weil ihre Handlung geeignet ist, auch die Betroffenen in Erregung zu versetzen und zu Erwiderungen in ebenso ungehörigem Tone hinzureißen.

2. BayRpflZ. **12** 338 (München). Für den Begriff der Ungebühr nach §§ 179, 180 genügt, daß eine dringende und nahe Gefahr der Ordnungsstörung vorliegt und eine fruchtlose richterliche Abmahnung vorangegangen ist. Diese Voraussetzungen sind bei dem wiederholten Gebrauch scharfer Ausdrücke wie „Lüge, plumpe Lüge" mit Bezug auf die Gegenpartei gegeben, mögen diese Ausdrücke auch nach § 193 StGB. kriminell straffrei sein.

3. SächsOLG. **33** 481. (Dresden.) Die bloße Geltendmachung prozessualer Befugnisse (unbegründete Ablehnung von Richtern) kann als eine Ungebühr nicht angesehen werden.

III. Kann der an erster Stelle erkannten Geldstrafe eine Freiheitsstrafe substituiert werden? 1. OLG. **25** 277, GoltdA. **60** 136 (Breslau). Die Substituierung einer Freiheitsstrafe für die in erster Linie erkannte Geldstrafe ist zulässig. Wenn auch eine entsprechende Anwendung der §§ 1—79 StGB. nicht angängig ist, da diese sich nur auf straf-

bare Handlungen beziehen, so ergibt sich die Zulässigkeit der Substituierung doch aus dem § 179 selbst, und zwar aus Wortlaut und Zweck.

2. SeuffA. **67** 161, OLG. **25** 276, HansGZ. **12** Beibl. 71 (Hamburg). Die in den Kommentaren zum GVG. vertretene Ansicht, daß im Falle des § 179, wenn auf Haft erkannt werde, auf mindestens einen Tag (oder 24 Stunden) zu erkennen sei, ist nicht zu billigen. Selbstverständlich ist unter „Haft" im GVG. begrifflich dieselbe Strafe gemeint, die § 18 StGB. als Haft bezeichnet. Um eine Bestrafung im Sinne des StGB. aber handelt es sich in den Fällen des § 179 nicht. Deshalb sind hier die Bestimmungen des StGB. über den Höchst- und Mindestbetrag der Haftstrafe, die keine Begriffserfordernisse sind, nicht anwendbar. Für die bloße Ordnungsstrafe des § 179 ist dem richterlichen Ermessen nach oben hin die besondere Grenze von 3 Tagen, nach unten hin aber vernünftigerweise keine Grenze gezogen.

3. Harburger (s. Nr. I).

§ 180. I. BayRpflZ. **12** 338 (München). Begeht der sich in eigener Sache vertretende Anwalt die Ungebühr bei einer dem Anwalt als solchen vorbehaltenen Prozeßhandlung (Klagebegründung), so ist § 180, nicht § 179 anzuwenden.

II. Ungebührstrafe gegen Mitglieder des preußischen Abgeordnetenhauses. R. **12** 294 (KG. Straff.). Ein Rechtsanwalt, der Abgeordneter ist, kann in eine Ungebührstrafe gemäß § 180 genommen und diese Strafe sofort vollstreckt werden. § 84 Abs. 2 PrVerfUrk. steht nicht entgegen.

§ 183. I. *Harburger, BayRpflZ. **12** 149 ff. Die nach § 183 zulässige Beschwerde hat — abgesehen von den besonderen Bestimmungen über die Frist für die Einlegung und die Zuständigkeit zur Entscheidung — im Sinne der beiden Prozeßordnungen die Eigenschaften einer „sofortigen Beschwerde". In Strafsachen ist infolgedessen in Bayern das ObLG. zur Entscheidung darüber zuständig, in Preußen aber für die einschlägigen Vorkommnisse außerhalb des Bezirkes des KG. die Zuständigkeit des KG. nur dann begründet, wenn „eine nach Landesrecht strafbare Handlung den Gegenstand der Untersuchung" — d. i. des Strafverfahrens, in dessen Verlauf die Ungebühr verübt wurde — „bildet".

II. OLG. **25** 276 (München). Die Beschwerde gegen eine Ordnungsstrafe kann bei dem die Ordnungsstrafe verhängenden Gericht eingelegt werden. Erfolgt die Einlegung der Beschwerde bei diesem Gerichte binnen einer Woche, so ist die gesetzliche Frist gewahrt, auch wenn die Beschwerde dem Beschwerdegericht erst später vorgelegt wurde.

§ 184. I. *Harburger, BayRpflZ. **12** 121 ff. Eine, wenn auch nur kurzgefaßte, Feststellung der Vorgänge, die zur Verhängung der Ordnungsstrafe Veranlassung gegeben haben, muß — bei Meidung der Nichtigkeit des Strafbeschlusses — in das eigentliche Protokoll aufgenommen werden. Eine in den Strafbeschluß selbst aufgenommene Schilderung genügt nicht, ebensowenig eine nachträgliche dienstliche Erklärung.

II. OLG. **25** 276 (München). Sowohl der Strafbeschluß wie dessen Veranlassung sind in das Protokoll aufzunehmen. Es genügt nicht, daß die Vorgänge in der Begründung des in das Protokoll aufgenommenen Beschlusses Erwähnung finden.

III. Ebenso GoltdA. **59** 368 (Celle). Der eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr festsetzende Gerichtsbeschluß unterliegt, wenn dessen Veranlassung nicht in das Sitzungsprotokoll aufgenommen ist, auch in dem Falle der Aufhebung, daß die Veranlassung sich aus der protokollierten Begründung des Beschlusses ergibt.

Fünfzehnter Titel. Gerichtssprache.

§ 186. RG. (Straff.) V., R. **12** Nr. 3515. Eine in französischer Sprache abgefaßte Eingabe ist nicht zu beachten.

§ 187. I. **RG.** (Straff.) V., **45** 304, R. **12** Nr. 2485. Der Dolmetscher darf zugleich Zeuge oder Sachverständiger sein.

II. **RG.** (Straff.) V., **45** 304, R. **12** Nr. 2485. Der Dolmetscher darf, wenn er die Eidesformel kennt, sie ohne Mitwirkung des Richters dem Schwörenden vorsprechen.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. Literatur: Haberstrumpf, Ein Beitrag zur Auslegung der Zivilprozeßnovelle vom 1. Juni 1909, BayRpflZ. **12** 356.

I. Haberstrumpf, BayRpflZ. **12** 356. Abs. 2 Ziff. 4 a hat Bedeutung für die Amtsgerichte und die Zivilkammern als erste Instanzen überall da, wo sich keine Kaufmannsgerichte befinden, ferner bei Lohnstreitigkeiten eines Handlungsgehilfen mit einem Jahresarbeitsverdienste von über 5000 M.

II. Abs. 2 Ziff. 5. **RG.** I. 13. 3. 12, **78** 316, LeipzZ. **12** 389, R. **12** Nr. 1363, JW. **12** 595, DJZ. **12** 691. Wechselsachen sind Feriensachen ohne Rücksicht darauf, ob sie im Wechselprozeß oder im ordentlichen Verfahren verhandelt werden.

III. Abs. 3. NaumburgAK. **12** 94 (LG. Naumburg). Der Antrag auf Bezeichnung der Sache als Feriensache ist auch nach Zustellung der Klage zulässig. Ebenso der damit verbundene Antrag auf Vorverlegung des bereits anberaumten Termins. Die §§ 224 ff. ZPO. sind auch nicht analog anwendbar. Gegen die Ablehnung der Zurückverlegung ist die Beschwerde nach § 567 ZPO., nicht nur die Aufsichtsbeschwerde zulässig.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 5. *Förster-Kann I, 19 Nr. 5 abb β vor § 1. Bestritten ist, ob die Vorschriften der Hausverfassungen und Landesgesetze betreffend die fürstliche Sondergerichtsbarkeit mit Wirkung nur für den einzelnen Bundesstaat oder mit Wirkung für das ganze Reich erlassen werden können. Die Beschränkung auf das Gebiet eines einzelnen Staates paßt zwar für die Landesgesetze, ist aber mit dem Wesen der Hausverfassungen unvereinbar, da diese sich auch auf diejenigen Mitglieder der landesherrlichen Familie erstrecken, welche ihren Wohnsitz in einem anderen Bundesstaate haben; sie paßt namentlich nicht für die Hausverfassungen der depossedierten Familien, da diese überhaupt zu keinem Bundesstaat in Beziehungen stehen. Die Ansicht, daß die fürstliche Sondergerichtsbarkeit mit Wirkung für das ganze Reich geregelt werden könne, ist wiederum hinsichtlich der Landesgesetze offensichtlich unhaltbar; danach würde nämlich jeder Bundesstaat in der Lage sein, die in den Landesgesetzen der anderen Staaten enthaltenen Sondervorschriften aufzuheben. So bleibt nur die Annahme übrig, daß den landesgesetzlichen Vorschriften Wirksamkeit nur für den Bundesstaat zukommt, der sie erlassen hat (so ausdrücklich die Lippe-Detmolder VO. vom 15. Mai 1902), die Hausverfassungen dagegen für das ganze Reich gelten. Soweit in den letzteren die Zuständigkeit von Behörden des Reichs oder eines Bundesstaats festgesetzt wird, bedarf es natürlich, um die Vorschrift praktisch durchführbar zu machen, der Ergänzung der Hausverfassung durch Reichs- bzw. Landesgesetz.

§ 7. Literatur: Haas, Zum Rechtsmittel der Revision in Bayern, BayRpflZ. **12** 415.

1. Haas, BayRpflZ. **12** 415. Auch in Erbschaftsteuer- und Reichsstempelsachen ist trotz des Wortlauts der §§ 57 ErbschStG., 94 RStempG. in Bayern die Revision beim ObLG. einzureichen.

2. **RG.** IV. WarnE. **12** 199, LeipzZ. **12** 390, R. **12** Nr. 918. Die Unzuständigkeitserklärung des ObLG. bewirkt keine Unterbrechung des Verfahrens.

§ 8. 1. Abs. 1. R. **12** Nr. 1836 (BayObLG.). Die Befugnis des nicht beim BayObLG. zugelassenen Anwalts zur Revisionseinlegung erlischt mit Zustellung des Zuständigkeitsbeschlusses auch für Streitgenossen der Revisionskläger.

2. Abs. 2. **RG.** IV. WarnE. **12** 199, LeipzZ. **12** 390. Bis zur Bestellung eines bei dem zuständigen Revisionsgerichte zugelassenen Rechtsanwalts erfolgen die Zustellungen in Gemäßheit des an die Stelle von § 164 aF. getretenen § 210 aZPO., also im Regelfall an denjenigen Rechtsanwalt, der die Partei in der Berufungsinstanz vertreten hat. Dies gilt auch für die Zustellung der Fristbestimmung nach § 554 Abs. 7 ZPO.

§ 9. **RG.** IV. LeipzZ. **12** 661, R. **12** Nr. 1649. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts hat, falls es sich um die Zuständigkeit solcher Gerichte handelt, die zwar nicht im Bezirk eines gemeinschaftlichen OLG., wohl aber sämtlich innerhalb eines Bundesstaats liegen, in dem ein ObLG. für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist, durch das ObLG. als „das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht" auch dann zu geschehen, wenn über die Revision das RG. zu entscheiden haben würde.

§ 12. 1. **RG.** III. 29. 11. 11, **78** 19, JW. **12** 192. Die Satzungen der Krankenkassenverbände (§§ 46, 64, 73 KrankVG.) bilden eine singuläre Norm des öffentlichen Rechtes und sind daher als Gesetz im Sinne des § 12 anzusehen.

2. **RG.** III. 30. 1. 12, R. **12** Nr. 919. Die Dienstordnung für das Kaiserliche Statistische Amt vom 25. Mai 1905 ist kein Gesetz im Sinne des § 12.

§ 15. I. Ziff. 1. 1. **RG.** III. WarnE. **12** 175, GruchotsBeitr. **56** 962, R. **12** 207. Der Schadensersatzklage gegen den Fiskus wegen Überschreitung des Züchtigungsrechts eines staatlichen Oberlehrers auf Grund des Art. 1384 Code civil steht die Entscheidung des OVG., durch die der von dem Provinzialschulkollegium in dem Strafverfahren wider den Oberlehrer erhobene Konflikt für begründet erklärt nnd die Einstellung des gerichtlichen Verfahrens angeordnet ist, nicht entgegen. Die Wirkung dieser Entscheidung beschränkt sich auf die strafrechtliche Verfolgung des Oberlehrers und würde die Erhebung einer Entschädigungsklage auch gegen diesen selbst nicht ausschließen. Die gegenteilige, von Oppenhoff vertretene Auffassung ist unhaltbar. Der Konflikt, wie die darauf ergehende Entscheidung des OVG. betreffen nur ein bestimmtes gerichtliches Verfahren; dieser Entscheidung kann die Wirkung der Rechtskraft nicht in weiterem Umfange beigelegt werden als in der Sache selbst ergehenden endgültigen Entscheidungen.

2. BayRpflZ. **12** 340 (BayKompGH.). Nach Art. 8 BayKompGH. vom 18. Aug. 1879 kann die Verwaltungsbehörde den Kompetenzkonflikt erheben, auch wenn das Gericht erster Instanz die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen und die rechtzeitig angerufene zweite Instanz zu der Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs noch nicht Stellung genommen hat. Die Erhebung des Kompetenzkonflikts ist auch zulässig, wenn nur noch über die Tragung der Kosten zu entscheiden ist.

3. SchlHolstAnz. **12** 353 (OVG.). Die Zulässigkeit des Konflikts bei Klagen auf Schadensersatz gegen den Staat wegen Amtspflichtverletzungen von Beamten ergibt sich aus § 2 PrG. vom 1. August 1909.

4. PrVerwBl. **34** 221 (OVG.). Nach § 2 PrG. vom 1. August 1909 besteht die Voraussetzung der Erhebung des Konflikts darin, daß erweislich ein Beamter des Staates oder Verbandes diejenige Handlung in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorgenommen hat, welche den Klagegrund bildet.

II. Ziff. 2. **RG.** VII. R. **12** 678. § 40 PrEnteignungsG. vom 30. Juni 1874 ist formell nicht aufgehoben. Er fällt unter die landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen. Er wird aber von § 286 ZPO. sachlich mitumfaßt.

§ 16. Ziff. 1. OLG. **25** 141 (Colmar). Ausländische Personenstandsurkunden unterliegen hinsichtlich der Beweiswürdigung nicht dem § 15 G. vom 6. Februar 1875, sondern dem § 415 ZPO.

Zivilprozeßordnung.

Allgemeine Vorbemerkung. (Allgemeine Fragen und Zivilprozeßreform.)

A. Allgemeines.

Literatur: Fischer, Die Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen ausländische Staaten. Aus: Festgabe für Brie. Leipzig 1911. — Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teiles des öffentlichen Rechtes, HirthsAnn. **11, 12.** — Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Tübingen 1912.

I. *Kormann, HirthsAnn. **11, 12.** Die umfangreiche Abhandlung ist zwar in erster Linie vom verwaltungsrechtlichen Standpunkt aus geschrieben, berücksichtigt aber ebenso wie des Verfassers „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte" (1910) auch das Recht der beiden Prozesse und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, indem sie die Gemeinsamkeit einer großen Reihe von Problemen für sämtliche Zweige des öffentlichen Rechtes betont. Diese Gemeinsamkeit gilt insbesondere für die Abschnitte über „Die Rechtsbeteiligten", über „Die publizistischen Rechtsbeziehungen" (Unterscheidung zwischen Recht, „Befugnis", Fähigkeit; Pflicht, Last; Rechtslagen; Rechtsverhältnisse), „Die publizistischen Rechtsgeschäfte" (1. einseitige amtliche Rechtsgeschäfte, Verfügungen; 2. einseitige nichtamtliche publizistische Rechtsgeschäfte; 3. publizistische Verträge und Vereinbarungen, dabei insbesondere die Fragen der Systematisierung, des Wirksamwerdens, der Form, der Nichtigkeit, der Widerruf ichkeit der Verbindlichkeit), „Verjährung und Verschweigung im öffentlichen Rechte".

II. Die Verfolgung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen ausländische Staaten. Fischer. Es ist von Theorie und Praxis fast einhellig als völkerrechtlicher Grundsatz anerkannt, daß dem einen Staate ohne besondere Unterwerfung eine Gerichtsbarkeit über den anderen Staat, die ihn befähigte, mit Rechtswirksamkeit die Rechtmäßigkeit eines gegen diesen erhobenen Begehrens festzustellen, nicht zukommt. Um die Interessen auswärtiger Staatsgläubiger voll zu schützen und ihnen die Sicherheit eines gerechten und unparteiischen Richterspruchs zu verbürgen, bleibt nur der Weg d s durch Staatsvertrag zu gründenden Schiedsgerichts, und zwar des ständigen internationalen Schiedsgerichts übrig. Verf. stellt bestimmte Leitsätze für die Schaffung eines solchen Schiedsgerichts auf.

III. Prozeßhandlungen. Armenrechtsgesuch. **RG.** VI. 2. 10. 11, JDR. **10** Nr. A III 2 jetzt auch DJZ. **12** 99.

IV. Ausbeutung der Rechtskraft. Anwendung des § 826 BGB. Hierüber s. unten § 322.

V. Vergleich. Vgl. § 794, aber auch vor § 253 Nr. I und §§ 256, 263.

VI. Auslegung der Prozeßgesetze. *Förster-Kann 14 ff. Das Zivilprozeßrecht ist der Inbegriff der Normen über das Verfahren zur Durchsetzung streitiger Ansprüche des bürgerlichen Rechtes. Diese Verfahrensnormen sind im Gegensatze z. B. zu den Aktionen des römischen Formularprozesses nicht auf die einzelnen Institute des materiellen Rechtes zugeschnitten, vielmehr gelten prinzipiell stets die gleichen Verfahrensvorschriften, wie immer das materielle Recht, zu dessen Durchsetzung sie angewendet werden, beschaffen sein mag, gleichviel insbesondere ob für den Streitgegenstand Reichs- oder Partikularrecht, deutsches oder ausländisches, gegenwärtig geltendes oder früheres Recht maßgebend ist. Aus dieser Erwägung folgt, daß die in der ZPO. enthaltenen Verweisungen auf das bürgerliche Recht im Zweifel nicht speziell auf die Vorschriften des BGB. bez. der sonstigen Reichsgesetze privatrechtlichen Inhalts, sondern schlechthin auf alle privatrechtlichen Vorschriften, welche nach Maßgabe der Normen des interlokalen, internationalen oder intertemporalen Rechtes zur Anwendung kommen können.

zu beziehen sind. Neben diesen Vorschriften, welche man als selbständige Verweisungsnormen bezeichnen kann, steht eine zweite Gruppe von Verweisungen, welche die Eigentümlichkeit haben, auf eine bestimmte Rechtsnorm des bürgerlichen Rechtes, und zwar des Reichsrechts — Verweisungen dieser Art auf partikuläres und ausländisches Recht kommen nicht vor — derart berechnet zu sein, daß sie nur zur Anwendung gelangen, wenn für das zu entscheidende materielle Rechtsverhältnis gerade die spezielle Vorschrift des deutschen Reichsrechts maßgebend ist. Die Verweisungen dieser Art hat Mendelssohn-Bartholdy, RheinZ. 1 177, treffend als „Ausführungsnormen" bezeichnet. Was nun die Einordnung der einzelnen Verweisungsstellen in die beiden Gruppen betrifft, so gehören ohne jeden Zweifel zu den „Ausführungsnormen" die Stellen, welche auf bestimmte Gesetzesparagraphen hinweisen, vgl. z. B. §§ 58, 76, 255 Abs. 2, 612 Abs. 1, 708 Ziff. 6, 736, 772, 787, 850, 851 Abs. 2, 852 Abs. 2, 859, 861 ff., 966 Abs. 1, 977, 979, 982 ff., 988 ff., 1001, 1023, 1024, welche auf das BGB., § 729, welcher auf das HGB. und § 1002, welcher auf das HGB. und das BinnenSchG. verweist, ferner die, welche die in Bezug genommenen Stellen wenigstens durch Inhaltsangabe bezeichnen, vgl. § 222 Abs. 1 („für die Berechnung der Fristen gelten die Vorschriften des BGB."), §§ 266 Abs. 2, 325 Abs. 2, 898 (wo die Vorschriften „zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", in Bezug genommen werden), § 541 Abs. 2 („Vorschriften über die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung"), § 870 (Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten), § 889 (Verurteilung zur Leistung des Offenbarungseids nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes), § 931 Abs. 3 (Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht an einem Schiffe), §§ 4 Abs. 2, 602 („Wechsel im Sinne der Wechselordnung"); endlich die durch die Prozeßnovelle vom 17. Mai 1898 betroffenen Stellen, in welchen Rechtsinstitute des neuen bürgerlichen Rechtes erwähnt werden und welche, ohne geradezu auf bestimmte Paragraphen oder auf die „Vorschriften des bürgerlichen Rechtes" Bezug zu nehmen, doch durch die Verwendung technischer Ausdrücke des bürgerlichen Rechtes erkennen lassen, daß es sich um eine auf spezielle materiell-rechtliche Vorschriften zugeschnittene Bestimmung handelt. Beispiele dafür sind die Stellen, in welchen erwähnt wird das dingliche Vorkaufsrecht (§ 24), die Grund- und Rentenschuld (§§ 25, 225 Abs. 3, 592, 688 Abs. 1, 794 Abs. 1 Ziff. 5, 799, 800 Abs. 1, 857 Abs. 6, 897 Abs. 2), die vorläufige Vormundschaft (§ 413 Abs. 3), die Vorerbschaft (§§ 242, 246, 326, 773, 863, 998), die Nachlaßverwaltung (§§ 241, 246, 784). Alle übrigen Stellen enthalten selbständige Verweisungsnormen, so diejenigen, welche auf die „Vorschriften des bürgerlichen Rechtes" schlechthin ohne Hinweis auf bestimmte einzelne Normen oder auf das „Gesetz" Bezug nehmen (§§ 422, 683 Abs. 1, 292), ferner aber auch diejenigen, in welchen Begriffe des Zivilrechts verwendet werden, ohne daß es möglich ist, die Stelle auf bestimmte einzelne Vorschriften des materiellen Rechtes zu beziehen. Für eine Reihe von Verweisungen der letzteren Art ist dieser Versuch schon deswegen aussichtslos, weil die in der Verweisungsstelle gebrauchten Ausdrücke im Reichszivilrechte nicht vorkommen, vgl. z. B. „Schäden" im § 4 Abs. 1, „Sicherstellung" im § 6, „Regreßpflicht" im § 41 Ziff. 1, „Rechtsgemeinschaft" im § 59, „uneheliche Vaterschaft" im § 644, „die Veräußerung hindernde Rechte" im § 771 usw. Bei anderen Verweisungen würde die Zurückführung auf bestimmte Stellen des bürgerlichen Rechtes, in welchen gleichlautende Begriffe verwendet werden, geradezu falsch sein. So ist der Begriff des Pfandrechts im Sinne des § 6 ZPO. keineswegs dem der §§ 1204 ff. BGB. zu entnehmen; vielmehr fallen unter den Pfandrechtsbegriff des § 6 auch sämtliche Grundpfandrechte, ferner auch die Pfandrechte des partikulären sowie des ausländischen Rechtes. Ähnlich steht es mit dem Begriffe des Besitzes (§§ 239, 265, 266, 325, 385 Ziff. 4, 727 ff.,

750, 795 ff.), sowie des Pacht- und Mietverhältnisses (§§ 8, 21, 181 Abs. 2, 709 Abs 1 ZPO., §§ 23 Ziff. 2, 202 GVG.). Diese selbständigen Verweisungsnormen beziehen sich ebensowenig auf bestimmte einzelne Normen des BGB., wie sie vor dem 1. Oktober 1879 auf einzelne Vorschriften der damals geltenden Partikularrechte zu beziehen waren. Vielmehr ergibt sich ihr Inhalt — unabhängig von dem wechselnden Bestande der einzelnen positiven Normen des bürgerlichen Rechtes — aus dem Systeme des deutschen Privatrechts.

B. Die Zivilprozeßreform.

Literatur: Auerbach, Der Zivilprozeß der Zukunft, JW. **12** 453. — v. Bar, Zur Reform des Zivilprozesses, DJZ. **12** 9—17. — Bartsch, Der 31. Deutsche Juristentag in Wien, DJZ. **12** 1211—1219. — Benedikt, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im österreichischen Zivilprozesse, RuW. **1** 398—401. — Bericht über die Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags. Punkt 12: Sind die Grundsätze der Mündlichkeit der Verhandlung und der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in dem jetzt geltenden deutschen Zivilprozesse zweckmäßig durchgeführt oder welche Änderungen empfehlen sich für den Fall einer durchgreifenden Neugestaltung des bürgerlichen Rechtsstreits? Verhandlungen d. 31. Deutschen Juristentags III und AÖstGZ. **12** 459—462. — Bovensiepen, Einige Bemerkungen zur Reform unseres Zivilprozesses, DRZ. **12** 177—195, 221—231. — A. Brückmann, 31. Deutscher Juristentag, JW. **12** 826—834. — Clauß, Friedensrichter — Rechtsschutzstellen, DJZ. **12** 843—847. — Ehrlich, Die Neuordnung der Gerichtsverfassung, DRZ. **12** 437—465. — Feußner, Einiges zur Beschleunigung des amtsgerichtlichen Prozeßverfahrens, DRZ. **12** 163—165. — Hartzfeld, Rechtsanwälte als Hilfsrichter, RuW. **1** 441—442. — Hein, The cry for justice, DJZ. **12** 783—788. — Hegler, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im deutschen Zivilprozesse, RuW. **1** 401—403. — Hussong, Wer soll der Herr sein? DRZ. **12** 488—501. — Josef, Die Lüge der Mündlichkeit und der Anwaltszwang, DRZ. **12** 531—543. — Klein, Empfiehlt sich eine Ausdehnung der Laienrechtsprechung? R. **12** 1—5. — Levin, Wiener und Berliner Rechtspflege. (Zur Reform der Zivilprozeßordnung nach österreichischem Muster), JW. **12** 992—996. — Derselbe, Über Schleunigkeit, Mündlichkeit und Eventualmaxime im Zivilprozesse, KGBl. **12** 39—41. — Derselbe, Noch einmal Schleunigkeit und Eventualmaxime im Zivilprozesse, KGBl. **12** 64—65. — Liedtke, Zur Zivilprozeßreform, DRZ. **12** 505—507. — Lobe, Wildhagen und der bürgerliche Rechtsstreit, DRZ. **12** 133—136. — v. Magyary, Die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in der neuen ungarischen ZPO., RuW. **1** 403—406. — Meister, Die Gesetzgebung im Reiche auf dem Gebiete des Zivilprozesses und der Gerichtsverfassung 1900—1911, RheinZ. **5** 85—102. — Oppler, Mündlichkeit der Verhandlung und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, DRZ. **12** 526—531. — Otto, Die Gewißheit des Richterspruchs, DRZ. **12** 403—407. — Petschek, Zuständigkeitsfragen und andere Beiträge zum zweiten Regierungsentwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes. Wien 1911. — Plosz, Die Prozeßleitung des Gerichts nach der neuen ungarischen ZPO., RuW. **1** 392—398. — Reichert, Die deutschen Gerichte der Zukunft, DRZ. **12** 613—657. — Rintelen, Mündlichkeit der Verhandlung und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im deutschen Zivilprozesse, DJZ. **12** 1100—1105. — Riß, Rechtspflege und Rechtsprechung, DRZ. **12** 482—488. — Ruzicka, Streiflichter auf die Praxis des österreichischen Zivilprozesses, DJZ. **12** 1016—1023. — Schimmelbusch, Dasselbe, JW. **12** 453—455. — Derselbe, Prozeßparteien als Zeugen, JW. **12** 1019—1021. — Schneider, Verbesserung und Ausbau des deutschen Zivilprozesses, AÖstGZ. **12** 389—391. — Skedl, Zur Zivilprozeßreform. Wien. — Vierhaus, Bewegungen und Bestrebungen auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechts in Deutschland und Österreich, DJZ. **12** 984—991. — Volkmar, Prozeßprophylaxe, DJZ. **12** 139—144. — Derselbe, Noch einmal Schleunigkeit und Eventualmaxime im Zivilprozesse, KGBl. **12** 63—65 (vgl. JDR. **10** Allg. Vorbem. Nr. B I 1 a). — Wehli, Die Stellung des Richters im Zivilprozesse, AÖstGZ. **12** 391—398. — Weiß, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im zürcherischen Zivilprozesse, RuW. **1** 406—410. — Wildhagen, Der bürgerliche Rechtsstreit. Berlin 1911.

I. Vorschläge zur Prozeßreform. 1. Allgemeines. **a)** Vierhaus, DJZ. **12** 984 ff., weist auf die Ideenkreise hin, denen die durch besondere Interessen bestimmten Reformvorschläge zur ZPO. entstammen. **b)** Wildhagen. Unter Beseitigung der Schranke des Anwaltszwanges ist durch unmittelbaren Verkehr der Parteien selbst mit dem Gerichte der wahre Sachver-

halt besser zutage zu fördern, dessen richtiger Feststellung jetzt der einseitig gefärbte Vortrag des Anwalts und die Anwendung sog. Prozeßtaktik durch ihn entgegenwirken. Bei solchem Verfahren würde der Tatbestand des Urteils im Gegensatze zu der jetzt üblichen wörtlichen Wiederholung des Inhalts der Schriftsätze und Protokolle die ihm vom Gesetze zugedachte Gestalt erhalten und die vielfach übliche Präjudizienjagd, d. h. das Bestreben aufhören, den Tatbestand so zu gestalten, daß ein früheres Urteil eines höheren Gerichts, insbesondere des RG., den vorliegenden Fall möglichst unmittelbar entscheide. Zur Erlangung befriedigender Urteile bedarf es der Besetzung der Gerichte mit einer größeren Anzahl von Mitgliedern nicht. Für Eil- und Bagatellsachen und für ein zur Erledigung der Versäumnis- und Anerkenntnissachen einzuführendes Vorverfahren genügt ein Einzelrichter, auch für die höheren Instanzen aber die Dreizahl rechtsgelehrter Richter. An Stelle der rechtsgelehrten Beisitzer müssen die Parteien die Befugnis haben, aus einer die verschiedenartigen Lebenskreise berücksichtigenden Liste Schöffen wählen zu können. Grundsätzlich sind nur zwei Instanzen beizubehalten. Eine dritte Instanz darf lediglich im öffentlichen Interesse zur Entscheidung von Rechtsfragen von allgemeiner typischer Bedeutung für einen größeren Bezirk bestehen. **c)** Hierzu von Bar, DJZ. 12 9 ff. Die Abschaffung des Anwaltszwanges ist abzulehnen, weil sie keineswegs der Feststellung des wahren materiellen Rechtes dienen würde. Dagegen ist mit Springer (JDR. **10**) und Wildhagen als treffliches Mittel zur Abkürzung der Prozesse und Schaffung eines geeigneten Tatbestandes der Vortermin nach österreichischem Muster anzusehen. Die Zuziehung von Schöffen ist nicht empfehlenswert, weil sie eine Parteivertretung in das Gericht bringen und der Laie der Entscheidung der vielfach an ihn herantretenden rein juristischen Fragen nicht gewachsen sein würde. Die höchste (dritte) Instanz ist als reine Kassationsinstanz ähnlich dem französischen Kassationshof einzurichten. Ein zweckmäßiges Mittel zu ihrer Entlastung würde in dem Erfordernis einer stärkeren Mehrheit für Aufhebung einer Instanzentscheidung im Wege der Revision liegen, das die Partei in zweifelhaften Fällen von Einlegung der Revision abhalten und gleichzeitig eine vorzeitige Festlegung der Rechtsprechung vermeiden würde. Wildhagens Ansicht hinsichtlich der Beschränkung der Anrufung des höchsten Gerichts ist im Prinzipe richtig, aber wegen der Unbestimmtheit des Begriffs einer „Frage von allgemeiner Bedeutung" praktisch undurchführbar. Ebenso erscheint die von ihm vorgeschlagene geringe Besetzung der Gerichte, namentlich im Hinblick auf die empfohlene Erschwerung der Revision, ausgeschlossen. **d)** Bovensiepen, DRZ. **12** 177 ff., 221 ff., macht an der Hand der einschlägigen Reformliteratur Vorschläge zur Beschleunigung, Verbilligung und Beseitigung des Formalismus des geltenden Zivilprozeßverfahrens. Er empfiehlt vor allem in Anlehnung an das österreichische Recht Einführung eines Vortermins vor dem Vorsitzenden oder einem beauftragten Richter mit obligatorischer Erscheinungspflicht der Parteien, Wegfall des Anwaltszwanges, Erweiterung der sog. „Souveränetätsrechte" des Gerichts unter erheblicher Einschränkung der Verhandlungsmaxime, Umgestaltung des Versäumnisverfahrens, insbesondere der §§ 332 und 338 ZPO., Ersetzung des Partei- und Schiedseids durch die eventuell eidliche Einvernehmung der Partei, Einschränkung der Berufung und Abkürzung der Berufungsfrist und obligatorische Einführung des Mahnverfahrens für alle Amtsgerichtssachen. **e)** Rintelen, DJZ. **12** 1100 ff., empfiehlt eine Vereinfachung des Verfahrens erster und zweiter Instanz durch stärkere Betonung des Zweckmäßigkeitsmoments und entsprechende Einschränkung der Grundsätze der Mündlichkeit und des Parteibetriebs, die dem Wiederaufleben der unmittelbaren Beweisaufnahme zugute kommen würde. Daneben tritt er vornehmlich für Einführung des Beurkundungszwanges für das Parteivorbringen in den einzelnen Terminen ein.

2. a) Liedtke, DRZ. 12 505, empfiehlt Einführung des Amtsbetriebs und Beschleunigung des Rechtsstreits nach dem Muster der RVO. und des Verwaltungsstreitverfahrens (vgl. JDR. 10 Nr. B I 2). b) Auerbach, JW. 12 453. Die von Liedtke (JDR. 10 Allgem. Vorbem. B Nr. I 2) als „neu" und „vorbildlich" geschilderten Vorschriften des Versicherungs- und Verwaltungsstreitverfahrens sind mit verschwindenden Ausnahmen bereits im früheren preußischen Prozeßrechte 40 Jahre lang in Geltung gewesen und haben sich in dieser Zeit gut bewährt. Ihre Wiedereinführung an Stelle des jetzigen sog. mündlichen Verfahrens wäre nur zu begrüßen.

3. a) Volkmar, DJZ. 12 139. Aus einem Vergleiche des Prozeßbetriebs anderer Länder mit dem deutschen Prozeßbetrieb ergibt sich die Notwendigkeit, bei der kommenden Zivilprozeßreform den Gedanken der Prozeßprophylaxe in erster Linie zu berücksichtigen. b) Schneider, AÖstGZ. 12 389, empfiehlt auf Grund seiner Erfahrungen als Rechtsbeistand des Deutschen Landwirtschaftsrats eine Art von obligatorischem Sühneverfahren für jeden Rechtsstreit mit der Maßgabe, daß nach vergeblich versuchtem Vergleich auf Antrag beider Teile oder von Amts wegen die Verhandlung dem ordentlichen Verfahren zuzuweisen ist. c) Clauß, DJZ. 12 843 ff., empfiehlt für den Fall der obligatorischen Einführung des Sühneverfahrens im Zivilprozesse dessen organische Verbindung mit den gemeinnützigen Rechtsauskunftsstellen.

4. Levin, KGBl. 12 39 ff., 64, tritt der von Volkmar (JDR. 10 Nr B I 1 a) empfohlenen Einführung der Eventualmaxime entgegen und schlägt an Stelle der obligatorischen mündlichen Verhandlung auch vor den Kollegialgerichten ein dem Verwaltungsstreitverfahren angepaßtes Verfahren vor, wonach beim Ausbleiben der Parteien in der angeordneten mündlichen Verhandlung nach Lage der Akten entschieden wird (§§ 61 ff. PrG. über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883).

5. a) Josef, DRZ. 12 531 ff. Die Grundlagen des Prozesses müssen von den Parteien schriftlich niedergelegt werden; denn die mündliche Verhandlung ist ungeeignet, dem Gerichte die Erfassung des Sachverhalts zu ermöglichen. Darum ist eine Beseitigung des Anwaltszwanges verfehlt. b) Oppler, DRZ. 12 525 ff., spricht sich für strikte Beibehaltung des Grundsatzes der Mündlichkeit und schärfere Durchführung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit aus.

6. Klein, R. 12 1 ff. Für die Zivilrechtsprechung könnte, ein Bedürfnis danach vorausgesetzt, von einer Ausdehnung der Laienrechtsprechung nur auf eng abgegrenzte Kreise von Rechtsbeziehungen die Rede sein wie bisher bei den Handels-, Gewerbegerichten u. dgl.

II. Insbesondere österreichische Rechtsgedanken. 1. Ruzicka, DJZ. 12 1016 ff. Die Vorschriften der österreichischen ZPO., welche die Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, Konzentration und Beschleunigung sichern sollten, haben sich in der jetzt fünfzehnjährigen Praxis bestens bewährt.

2. Levin, JW. 12 992 ff. Die Hauptursachen des beschleunigten Rechtsganges in Österreich sind in der Beseitigung der uneingeschränkten Vertagungsbefugnis und in der Gestaltung der Berufung als eines lediglich auf die „Überprüfung" des ersten Urteils beschränkten Rechtsmittels zu erblicken. Das letztere ist nicht nachahmenswert. Die Unsitte der Vertagungen wegen mangelnder Information muß allerdings verschwinden. Dies kann aber auch ohne gesetzgeberisches Eingreifen geschehen. Das Wort von dem Bankrott der deutschen ZPO. ist verfehlt. Daß sie trotz der gewaltigen Steigerung von Handel und Wandel ihre Lebenskraft bewahrt hat, beweist ihren inneren Wert.

3. Schimmelbusch, JW. 12 453 ff., tritt für die Verwertung der Gedanken der neuen österreichischen ZPO. ein, von denen ihm die Unmittelbarkeit der

Beweisaufnahme und die Einführung des Vortermins besonders nachahmenswert erscheinen.

4. a) Schimmelbusch, JW. 12 1019 ff., empfiehlt die österreichische Parteivernehmung, die keine auf einer uns fremden Grundanschauung beruhende Einrichtung, sondern lediglich eine uns als die allein richtig erscheinende Bewertung der Parteiaussage in denkbar glücklichster äußerer Anwendung und Formulierung darstellt. b) Otto, DRZ. 12 403 ff., spricht sich dafür aus, daß die Vernehmung von Parteien und Angehörigen der Parteien sowie diejenige von Rechtsvorgängern und Vertretern mit Rücksicht auf den zweifelhaften Wirklichkeitswert derartiger Aussagen von einem Antrage der Gegenpartei abhängig gemacht werde.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

§ 3. I. Anwendbarkeit von § 3. Grenzfälle gegen §§ 4—9. 1. Streitwert bei Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Lizenzvertrags über ein Patent. BadRpr. **12** 197 (Karlsruhe). Der Lizenzvertrag ist, wenn auch einige wenige Bestimmungen des BGB. über die Pacht auf ihn entsprechend anwendbar sind, doch ein Vertrag sui generis. Weder § 9 a GKG. noch die §§ 9 ZPO., 9 GKG. können bei Festsetzung des Streitwerts zur Anwendung kommen. Der Streitwert ist vielmehr lediglich gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu bestimmen.

2. OLG. **25** 47 (München). Der Streitwert einer Klage, in der es sich um Versorgung der Villa des Klägers mit elektrischem Lichte aus dem Werke des Beklagten handelt, ist weder nach § 8 ZPO. noch nach § 9 a GKG., sondern gemäß § 3 ZPO. nach freiem Ermessen zu bestimmen, wobei das Interesse des Klägers an der Versorgung mit solchem Lichte unter Berücksichtigung anderweitiger Bezugsmöglichkeit als Grundlage der Berechnung zu nehmen ist.

3. **RG.** III. 14. 10. 11, R. **12** Nr. 86, WarnE. **12** 46. Der Streitwert einer Feststellungsklage auf künftige Leistungen ist weder nach deren Gesamtsumme noch nach § 9, sondern nach freiem Ermessen zu bestimmen.

4. SächsOLG. **33** 505 (Dresden). Bei einer Klage auf Feststellung der Gültigkeit eines Lieferungsvertrags ist nicht der Wert aller künftigen, voraussichtlich zu bewirkenden einzelnen Leistungen maßgebend, sondern das Interesse des Klägers an der Bezugsverpflichtung des Beklagten, das nicht höher geschätzt werden kann als der daraus zu erwartende Gewinn.

II. Grundsätze für die Schätzung. 1. Begrenzung des Streitwerts lediglich durch das Klagevorbringen. **RG.** V. 18. 9. 11, R. **12** Nr. 2063. Für die Begrenzung des Streitwerts nach oben kommen nicht die Einreden, sondern die Klagebehauptungen in Betracht.

2. Negative Feststellungsklage. a) **RG.** V. 23. 11. 11, R. **12** Nr. 234. Der Streitwert bei negativen Feststellungsklagen bestimmt sich nach dem Werte des Anspruchs oder Rechtsverhältnisses, dessen Nichtbestehen festgestellt werden soll (**RG. 12** Nr. 99, GruchotsBeitr. **46** 1041). b) Ebenso **RG.** V. 19. 6. 12, R. **12** Nr. 2855. Maßgebend ist der ziffernmäßige Betrag des Anspruchs, dessen sich der Beklagte nach der Behauptung des Klägers berühmt hat (JW. **05** 401, **RG. 71** 69).

3. Klage auf Feststellung des Fortbestehens eines auf 10 Jahre abgeschlossenen Agenturvertrags im Falle der Liquidation der beklagten Gesellschaft nach Klagerhebung. OLG. **25** 43 (Naumburg). Wenn auch durch die Liquidation eine Verminderung des Interesses des Klägers an dem Klagantrag eingetreten ist, so steht

doch eine Liquidation nicht der Auflösung der Gesellschaft gleich, sondern bereitet sie nur vor und kann sich lange Zeit hinziehen, während der die Verpflichtungen und Rechte des Klägers der Beklagten gegenüber weiterlaufen. Mit Rücksicht hierauf ist auch für die Zeit nach dem Eintritte der Liquidation das Interesse des Klägers auf ungefähr den einjährigen Betrag seiner Vertragsprovision nicht zu hoch eingeschätzt.

4. Klage auf Feststellung der Auflösung eines Gesellschaftsvertrags. OLG. **25** 124 (München). Der Streitwert einer Feststellungsklage über die erfolgte Auflösung eines Gesellschaftsverhältnisses gegen einen die Kündigung nicht anerkennenden Gesellschafter ist gleich dem Gesellschaftsanteile des Beklagten zur Zeit der Klagerhebung.

5. Streitwert bei Wandelungsklagen. BadRpr. **12** 111 (Karlsruhe). Der Streitwert bei Klagen auf Feststellung der Nichtigkeit eines Kaufvertrags, hilfsweise Wandelung ist nach § 3 zu bestimmen.

6. Konkursfeststellungsklage. **RG.** I. 18. 10. 11, R. **12** Nr. 2064. Handelt es sich um den Streitwert eines Konkursfeststellungsprozesses, so ist auch der wahrscheinliche Ausgang dieses Rechtsstreits mit in Betracht zu ziehen, wenn er die Dividende erheblich beeinflußt.

7. R. **12** Nr. 1045 (Colmar). Ist das Recht, während längerer Zeit gegen eine bedungene Vergütung auf einem Grundstücke Bausteine zu brechen, Streitgegenstand, so ist Streitwert der Unterschied zwischen dem Werte der Ländereien bei Erwerb des Rechtes und ihrem Werte nach erfolgter Ausbeute.

8. R. **12** Nr. 1912 (BayObLG.). Der Streitwert eines Anspruchs auf Befreiung von einer auf einem Grundstücke haftenden Verfügungsbeschränkung ist gemäß § 3 unter Berücksichtigung der durch die Beschränkung hervorgerufenen Wertminderung des Grundstücks nach freiem Ermessen festzusetzen.

9. Klage auf Abschluß eines Vertrags (Auszahlung eines Darlehns). a) R. **12** Nr. 1044 (Colmar). Bei einer Klage auf Abschluß eines Vertrags ist der Streitwert nach dem Interesse des Klägers an dem Abschlusse, nicht nach der von einer Partei zu bewirkenden Leistung festzusetzen. b) OLG. **25** 44 (KG.). Bei einer Klage auf Gewährung eines Darlehns ist der Streitwert nicht gleich der Darlehnssumme; er wird vielmehr durch das wirtschaftliche Interesse, das der Kläger an dem Zustandekommen des Darlehnsvertrags hat, begrenzt.

10. Streitwert bei Anfechtungsklagen. OLG. **25** 44 Anm. 1. (Hamburg). Wenn der angefochtenen Sicherheitshypothek von 10 000 M. andere Posten von 28 000 M. vorgehen und der Taxwert des Grundstücks 33 000 M. beträgt, ist das Interesse des Anfechtungsklägers an der Löschung der Sicherungshypothek nicht höher als auf 5000 M. zu bewerten.

11. Klage eines Miterben auf Leistung zur Nachlaßmasse. **RG.** III. 21. 5. 12, R. **12** Nr. 2305. Der Streitwert der Klage eines Miterben auf Zahlung einer Nachlaßforderung zu der Nachlaßmasse ist nicht ohne weiteres dem Betrage der eingeklagten Forderung gleichzusetzen, sondern nach dem dem Erbteile des Klägers entsprechenden Teile dieser Forderung zu bemessen (vgl. **RG. 33** 427; **38** 421, JW. **00** 47, **01** 717, **03** 26, GruchotsBeitr. **48** 1083, **53** 1093, R. **08** Nr. 3159).

12. Streitwert bei Klagen zwischen Gesamthändern (Miterben) über zum Gesamtgute (Nachlaß) gehörige Gegenstände. a) SchlHolstAnz. **12** 284 (Kiel). Bei der Klage eines Gesamthänders gegen die mitberechtigten Gesamthänder auf Auflassung eines zum Gesamtvermögen gehörenden Grundstücks ist, sofern die Klage nur die Aufhebung der den Beklagten zustehenden Gesamthandsberechtigung an dem Grundstücke bezweckt, nicht der Wert des ganzen Grundstücks als Streitgegenstand anzusehen, sondern nur ein

der Beteiligung der beklagten Gesamthänder entsprechender Teilwert. b) R. 12 Nr. 235, OLG. 25 42 (Naumburg). Streitwert bei Klagen auf Auflassung eines Nachlaßgrundstücks gegen einzelne Miterben ist nur ein deren Erbteilen entsprechender Teil des Wertes des Grundstücks. c) Klage auf Abtretung der zum Nachlasse gehörenden Hypotheken gegen einen Miterben. OLG. München JDR. 10 Nr. II 7 c jetzt auch R. 12 Nr. 233. d) RG. VI. WarnE. 12 311. Bei Klagen unter Miterben, sei es auf Feststellung, sei es auf Zahlung von Nachlaßforderungen, wird der Wert des Streitgegenstandes von dem streitigen Anteile gebildet. e) HansGZ. 12 Beibl. 16 (Hamburg). Bei einem Streite zwischen Miterben über die Ausgleichspflicht eines Beteiligten wird der Wert des Streitgegenstandes nicht absolut nach der Höhe der angeblich zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen, sondern relativ durch den Anteil bestimmt, welcher den die Ausgleichung verlangenden Erben an dem aus der Ausgleichung der Masse zufließenden Gewinne zugute kommen würde. Es sind daher nur die Anteilrechte derjenigen Erben in Berechnung zu ziehen, welche die höhere Ausgleichssumme verlangen, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Erben, die die Ausgleichung verlangen, die Kläger sind oder ob der Ausgleichspflichtige die Klage auf Feststellung erhoben hat.

13. Streitwert bei Klagen auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses (§ 73 HGB.). BuschsZ. 42 377 (LG. Leipzig). Der Anspruch ist ein vermögensrechtlicher. Bei Bemessung seines Wertes kommt vorliegend in Betracht, daß ein nur auf die Zeit vom 12.—26. November 1910 lautendes Zeugnis die Vermutung vorzeitiger Entlassung erwecken, also für den Kläger bei Bewerbung um eine neue Stelle nachteilig sein würde. Mit Rücksicht hierauf und auf die Höhe des vom Kläger zuletzt bezogenen Gehalts (90 M. monatlich) ist der Streitwert auf 200 M. bemessen worden (vgl. RG. 33 4).

14. Streitwert, wenn der Streit lediglich die vorläufige Vollstreckbarkeit betrifft. R. 12 Nr. 3105, BayRpflZ. 12 385 (München). Der Wert des Streites über die vorläufige Vollstreckbarkeit allein ist nach freiem Ermessen, jedoch nicht höher als die Hauptsache, zu schätzen. Mit letzterer oder dem hinterlegten Betrage deckt sich das Interesse des Schuldners bei Gegenanträgen, die mit Verlustgefahr begründet sind.

15. a) Klage auf Herausgabe von Urkunden. OLG. 25 124 (Braunschweig). Betrifft der Rechtsstreit die Herausgabe von Urkunden (Hypothekenbrief, Schuldschein), die nicht selbst Wertträger sind und als Sachen keinen eigenen Verkehrswert besitzen, so ist der Streitwert nicht nach dem in den Urkunden genannten Betrage, sondern danach zu bestimmen, welches Interesse die Verfügungsgewalt über die Urkunden für den Kläger darstellt. b) Streitwert bei einer gegen ein Grundbuchamt auf Herausgabe von Grundschuldbriefen gerichteten Klage. MecklZ. 31 71 (Rostock). Der Streitwert ist nach freiem Ermessen zu bestimmen und dabei das Interesse des Klägers an dem mit der Klage geforderten Gegenstande zugrunde zu legen. Berücksichtigt man, daß der Kläger ohne den Besitz der beiden Grundschuldbriefe die sich auf 6000 M. belaufenden Grundschulden nicht verwerten kann, so muß der von dem angefochtenen Beschluß auf 650—900 M. festgestellte Wert des Streitgegenstandes als angemessen angesehen werden.

16. Wertfestsetzung in bremischen Enteignungsprozessen. HansGZ. 12 Beibl. 124 (Hamburg). Indem der Kläger Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der ganzen in seinen Anträgen genannten Summe verlangte, machte er nicht nur die Differenz zwischen dieser Summe und der vom AG. festgestellten Entschädigungssumme zum Streitgegenstande, sondern erhob auch wegen der letzteren einen besonderen Antrag.

III. Streitwert in der Berufungsinstanz. 1. BadRpr. 12 100 (Karlsruhe). Das Berufungsgericht ist bei Festsetzung des Streitwerts für die Berufungsinstanz an den vom RG. in der Revisionsinstanz festgesetzten Streitwert icht gebunden.

2. OLG. 25 42 (München). Für den Streitwert in der Berufungsinstanz ist nicht das Interesse des Klägers, sondern das des Berufungsklägers maßgebend.

3. OLG. 25 42 (München). Legt der Beklagte gegen ein Urteil, durch das dem Kläger ein Erbrecht auf $1/3$ des Nachlasses zugesprochen ist, Berufung ein, weil er dem Kläger lediglich einen Vermächtnisanspruch in derselben Höhe zugesteht, so ist das für den Streitwert der Berufung maßgebende Interesse des Beklagten höher zu bewerten als das des Klägers. Bei Annahme eines Vermächtnisses würde der Beklagte unumschränkt über den Nachlaß verfügen können und dem Kläger gegenüber nur obligatorisch zur Auszahlung des Vermächtnisbetrags verpflichtet sein.

IV. Streitwert in der Revisionsinstanz. Hierüber s. § 546.

V. Streitwert der Beschwerde. 1. Anfechtung einer Wertfestsetzung. a) OLG. 25 44 (München). Für die Berechnung des Beschwerdewerts bei der Beschwerde gegen eine Wertfestsetzung kommt nicht der Unterschied zwischen dem festgesetzten Streitwert und dem von der Partei erstrebten Streitwert in Frage, sondern nur die unmittelbare Folge einer Entscheidung im Sinne des Antragstellers, das ist der hierdurch für die Instanz verursachte Mehranfall an Gebühren (Gerichts- und Anwaltsgebühren). b) Ebenso OLG. 25 132 (Naumburg). Bei der Anfechtung einer Streitwertfestsetzung stellt derjenige Betrag die Beschwerdesumme dar, der sich als Unterschied zwischen der angefochtenen und der geforderten Festsetzung bei der Berechnung der Kosten für den Beschwerdeführer ergibt.

2. Beschwerde gegen einen Aussetzungsbeschluß. OLG. 25 85, R. 12 Nr. 771, BayRpflZ. 12 99 (München). Im Falle der Beschwerde gegen eine Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ist der Beschwerdewert gleich dem Werte des Streitgegenstandes, da die Beschwerde bezweckt, dem Klaganspruch in seinem ganzen Umfange zur Verwirklichung zu verhelfen.

VI. Streitwert des Zwischenstreits über die Zulässigkeit einer Nebenintervention. OLG. 25 63 (KG.). Den Streitwert des Zwischenstreits über die Zulässigkeit der Nebenintervention bildet nicht der Klaganspruch, sondern das Interesse des Nebenintervenienten daran, daß er durch seine Zulassung in die Lage versetzt wird, zu dem Obsiegen des Klägers wirksame Prozeßhandlungen vorzunehmen. Dieses ist frei zu schätzen.

VII. Streitwert des Zwischenstreits über ein Zeugnisverweigerungsrecht. OLG. 25 108 (München). Als Streitwert des Zwischenstreits über das Zeugnisverweigerungsrecht kam bei der Wichtigkeit des Zeugen für den Prozeß der ganze Streitwert des eigentlichen Rechtsstreits in Betracht.

§ 5. Wann betreffen Klage und Widerklage denselben Gegenstand? (§ 11 GKG.). 1. OLG. 25 45 (München). Die Klage des Mannes auf Einräumung des Besitzes der zum eingebrachten Gute der Frau gehörenden Sachen und die Widerklage der Frau auf Aufhebung des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechts betreffen denselben Gegenstand. Der Streit dreht sich in der Hauptsache um die Frage des Besitzes.

2. OLG. 25 44 (KG.). Da bei Erhebung der Widerklage die Klage durch Zahlung in der Hauptsache erledigt war, so betrifft die auf Rückzahlung der Klagesumme gerichtete Widerklage nicht denselben Streitgegenstand wie die Klage. Denn Streitgegenstand der Klage war nur noch der Kostenpunkt.

§ 6. 1. Besitzklage. a) OLG. 25 46 (Hamburg). Wird die Räumungsklage nicht auf ein Mietverhältnis, sondern auf eigenmächtige Besitzanmaßung gestützt, so ist der Streitgegenstand nach § 6, nicht nach § 8 zu bemessen, auch wenn der Beklagte sich auf ein ihn zum Besitze berechtigendes Mietverhältnis beruft. **b)** BayObLG. 12 767, DJZ. 12 1359 (BayObLG.). Der Wert des Streitgegenstandes ist nach § 6, nicht nach § 3 zu bestimmen, wenn der Kläger, dem von einer Stadtgemeinde ein Geländestreifen zum Zwecke der Verbreiterung einer Straße entzogen worden ist, die Beseitigung der auf dem entzogenen Grundstück aufgeschütteten Erdmassen und die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt. Gegenstand des Streites ist in einem solchen Falle die Wiedererlangung des Besitzes an dem entzogenen Streifen in seinem früheren Zustande.

2. Klage des Ehemanns auf Herausgabe des eingebrachten Gutes. OLG. 25 45 (München). Bei einer Klage des Ehemanns, mit der dieser den Besitz der zum eingebrachten Gute der Beklagten gehörenden Sachen beansprucht, bestimmt sich der Streitwert gemäß § 6 nach dem Werte des eingebrachten Gutes, und zwar auch dann, wenn gleichzeitig mit der Widerklage die Aufhebung des ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechts erstrebt wird. Der Streit dreht sich in der Hauptsache um die Frage des Besitzes und es ist daher bedeutungslos, daß, wenn der Streit nur die Frage der Aufhebung der ehemännlichen Rechte zum Gegenstande hätte, bei Anwendung der §§ 3, 9 ein geringerer Streitwert angenommen werden könnte.

3. Klage gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung. OLG. 25 45, R. 12 Nr. 1344 (Colmar). Bei der Duldungsklage gegen den Mann (§§ 739 ff.) ist der Streitwert nach dem Werte der ehemännlichen Nutznießung an dem eingebrachten Gute der Frau zu schätzen, wenn dieser Wert hinter dem Betrage der Forderung zurückbleibt.

4. Konkursanfechtungsklage. OLG. 25 44 (Hamburg). Bei Anfechtungsklagen des Konkursverwalters kann der § 6 keine Anwendung finden, da das Ziel der Klage nicht die Erlangung des Besitzes, sondern die Beseitigung der sich für die Konkursmasse aus der angefochtenen Handlung ergebenden Nachteile ist. Da das streitige Grundstück zur Zeit des Kaufes mit 22 800 M. belastet war und der Kaufpreis 24 800 M. betrug, erschien eine Festsetzung des Streitwerts auf 2100 bis 2700 M. angemessen.

5. Hypothekenklage. **RG.** V. 19. 6. 12, R. 12 Nr. 2855. Bei dem Anspruch aus einer Hypothek bestimmt sich der Streitwert nach dem Betrage der Forderung auch dann, wenn infolge der vorausgehenden Hypotheken die beanspruchte Hypothek voraussichtlich keine Deckung finden wird, sofern nicht das Grundstück selbst ohne Abzug von Lasten und Schulden einen geringeren Wert hat.

6. **RG.** V. 5. 6. 12, R. 12 Nr. 1913. Nimmt der Beklagte nur einen Teil eines hinterlegten Betrags für sich in Anspruch, so ist, auch wenn der Klagantrag allgemein auf Zustimmung zur Auszahlung des hinterlegten Betrags an Kläger lautet, der Wert des Streitgegenstandes unter entsprechender Anwendung des § 6 nur nach dem Betrage zu bestimmen, den der Beklagte von der hinterlegten Summe für sich in Anspruch nimmt.

7. **RG.** V. WarnE. 12 496. Der Wert des Streitgegenstandes der Klage einzelner von mehreren Miteigentümern eines Grundstücks auf Feststellung des Eigentums sämtlicher Miteigentümer ist nicht nach dem Werte des ganzen Grundstücks, sondern nach dem Werte der Anteile der klagenden Miteigentümer zu bestimmen.

§ 7. OLG. 25 126 (München). Der Wert eines in Gestalt einer Grunddienstbarkeit bestehenden Fahrtrechts kann nicht durch Kapitalisierung einer von dem Berechtigten etwa für Einräumung eines Notwegs zu entrichtenden Rente berechnet werden.

§ 8. (9a GKG.). Literatur: Fuchs, Streitwert im Mietprozesse. JW. 12, 62—63.

1. Räumungsklage. OLG. 25 46 (Hamburg). Der Streitwert einer Räumungsklage bestimmt sich ohne Rücksicht auf die Form des Klagantrags nach § 8, wenn es sich nach dem Inhalte der Klage um den Streit über die Dauer des Mietverhältnisses handelt und dies in der Begründung der Klage deutlich ausgedrückt ist. Die Ausführungen der Klagebeantwortung sind für diese Frage bedeutungslos.

2. Streitwert bei einer Klage auf Feststellung des Bestehens eines Mietverhältnisses, wenn gleichzeitig Zahlung des fällig gewordenen und künftig fällig werdenden Mietzinses begehrt wird. a) BadRpr. 12 182 (Karlsruhe). Das Zahlungsbegehren ist neben dem Feststellungsbegehren besonders zu berücksichtigen, soweit der Mietzins für die Zeit gefordert wird, die außerhalb des einjährigen Zeitraums des § 9 a GKG. liegt. b) Fuchs, JW. 12 62 f., wendet sich gegen einen Beschluß des KG. vom 20. Februar 1911, der auch für diesen Fall den Streitwert ausschließlich nach § 9 a GKG. bemessen hat. Der unmittelbare Zusammenhang zweier Ansprüche ist für die Wertfestsetzung beider gleichgültig; jeder folgt seinen eigenen Regeln. Ist die Feststellung des Bestehens und der Dauer des Mietverhältnisses nur ein Element für das Zahlungsbegehren, so kommen nicht §§ 8 ZPO., 9 a GKG., sondern der Betrag der verlangten Summe in Frage.

3. HessRspr. 13 121 (Darmstadt). § 9 a GKG. ist auch dann anwendbar, wenn außer auf Feststellung des Miet- oder Pachtverhältnisses auf Leistung von Schadensersatz geklagt wird.

4. OLG. 25 46 (KG.). Betrifft der Rechtsstreit lediglich die Frage, ob die Bürgschaftsverpflichtung des Klägers für die Mietzinsen vom 1. Oktober 1911 bis Ende 1916 noch besteht, während das Mietverhältnis selbst gar nicht streitig ist, so bestimmt sich der Streitwert nach dem ziffermäßigen Betrage der Mietzinsschuld.

§ 9. 1. Feststellungsklage. a) **RG.** IV. 19. 10. 11, R. 12 Nr. 2066, JW. 12 41. Wird Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz „allen" Schadens verlangt, den der Kläger durch einen Unfall erlitten hat, so ist der Wert des Streitgegenstandes gemäß § 3, nicht gemäß § 9 festzusetzen, jedenfalls nicht, soweit sich die Teilleistungen in die Zukunft auf längere Zeit erstrecken und in ihrem Umfange von wechselnden Verhältnissen abhängig sind. b) **RG.** VI. 10. 7. 11, R. 12 Nr. 2065. Bei ziemlich entfernter Möglichkeit späterer Schadenserhöhung ist der Streitwert der Feststellungsklage nach freiem Ermessen erheblich unter dem Nennbetrage der möglichen künftigen Schäden festzusetzen.

2. Festsetzung des Streitwerts bei wiederkehrenden Leistungen ungleicher Höhe. a) OLG. 25 48 (Colmar). Wenn der Versuch einer nicht nur der Höhe, sondern auch der Dauer der verschiedenen Rententeile gerecht werdenden Durchschnittsberechnung an dem Umstande scheitern müßte, daß die Dauer des einen oder anderen Rententeils sich überhaupt nicht bestimmen läßt, so hat das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen, jedoch zwischen dem 12½fachen des geringsten und des höchsten Rentensatzes zu bestimmen. b) R. 12 Nr. 3147 (München). Handelt es sich um Jahresrenten, die mit dem höheren Lebensalter fallen, so ist der fünffache Jahresbetrag des Durchschnitts der gesamten Renten zugrunde zu legen; die Lebensdauer ist hierbei nach freiem Ermessen zu schätzen.

3. a) SächsOLG. 33 226 (Dresden). Die vertragsmäßige Festsetzung der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Unterhaltsansprüche steht der Anwendung des § 9 a Abs. 2 GKG. nicht entgegen. b) BadRpr. 12 253 (Karlsruhe). Wird ein Rentenanspruch sowohl auf die §§ 843, 844 BGB. oder auf das Haftpflichtgesetz, als auch auf das zwischen den Streitteilen bestehende Vertragsverhältnis gestützt, so kommt für die Bemessung des Streitwerts nicht § 9 a GKG., sondern § 9 ZPO. zur An-

wendung. Der Streitgegenstand ist stets nach dem weitestreichenden Inhalte des Klagantrags und dem ihn begründenden Vorbringen des Klägers zu bestimmen.

4. BadRpr. 12 219 (Karlsruhe). Der Streitwert bei Schadensersatzansprüchen auf Grund des § 618 Abs. 3 BGB. ist nach § 9 a GKG., nicht nach § 9 ZPO. zu bestimmen, obwohl es sich um Ansprüche aus vertraglicher Haftung handelt, weil für diese Ansprüche nach § 618 Abs. 3 BGB. die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842—846 BGB. entsprechende Anwendung finden.

5. KGBl. 12 130 (LG. I Berlin). Bei einem Prozesse wegen rückständiger Alimente, die auf gesetzlicher Vorschrift beruhen, und zugleich wegen künftiger Alimente ist der Wert der rückständigen Alimente dem nach § 9 a GKG. berechneten Werte der künftigen Alimente hinzuzurechnen.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vor § 12. SchlHolstAnz. 12 160 (Kiel). Die Zuständigkeit des deutschen Gerichts für die Klage gegen einen Ausländer ist nach dem Rechte der deutschen ZPO. zu beurteilen, auch wenn die Gesetze des Staates, dem der Ausländer angehört, die Zuständigkeit anders regeln. Es ist ein im internationalen Privatrecht allgemein anerkannter Grundsatz, daß das auf einen Prozeß anzuwendende Prozeßrecht stets das Gesetz des Prozeßgerichts, die lex fori, ist.

§ 12. **RG.** IV. 21. 3. 12, R. **12** Nr. 1505. Die rechtlichen Grundlagen der Zuständigkeit sind auch beim Zusammenfallen mit der Sachwürdigung selbständig zu prüfen (**RG. 61** 71).

§ 17. Abs. 2. OLG. **25** 49 (KG.). Das Wort „Bergwerk" bezeichnet nach allgemeinem Sprachgebrauch eine jede bergmännische Anlage zur Gewinnung dem Bergbau unterliegender Fossilien. Es ist nicht auf Betriebe mit staatlich verliehenem Bergwerkseigentume beschränkt. Durch einen in Preußen belegenen bergmännischen Betrieb einer außerpreußischen Gewerkschaft wird deshalb der allgemeine Gerichtsstand des § 17 Abs. 2 ohne Rücksicht darauf begründet, daß er an sich dem PrAllg. BergG. vom 22. Februar 1869 untersteht.

§ 18. 1. **RG.** VI. 28. 3. 12, R. **12** Nr. 1507. Klagen gegen den Fiskus als Militärfiskus sind, auch wenn der betreffende Bundesstaat wie Württemberg eine selbständige Militärverwaltung hat, gegen den Reichsmilitärfiskus zu richten.

2. **RG. 76** 15, DNotV. **12** 519. Die Klage auf Rückzahlung zu Unrecht erhobenen Reichsstempels ist nicht gegen den Reichsfiskus, sondern gegen den Fiskus des Bundesstaats zu richten, der die Abgabe zu erheben hatte und erhoben hat.

3. Vertretung des Reichsmilitärfiskus. a) OLG. **25** 62 (Colmar). Der regelmäßige Prozeßvertreter des Militärfiskus ist die zuständige Korpsintendantur. Durch allgemeine Verordnung des Kriegsministers kann jedoch die Befugnis zur Prozeßvertretung auch anderen Behörden übertragen werden. Durch Nr. 13 der Verwaltungsvorschrift des Kriegsministeriums für Artilleriedepots ist angeordnet, daß das Depot in allen zu seinem Verwaltungsbereiche gehörenden Angelegenheiten dem Reichsfiskus gegenüber Behörden und Privatpersonen vertritt, daß es aber nur mit Genehmigung der Feldzeugmeisterei einen Rechtsstreit anhängig machen oder sich auf einen solchen einlassen kann. **b)** Vertretung des Reichsmilitärfiskus in Preußen bei Klagen aus §§ 6, 10 UntersuchEntschG. vom 14. Juli 1904. **RG.** VI. 26. 10. 11, **77** 355, R. **12** Nr. 87, JW. **12** 89. Die Vertretung des Reichsmilitärfiskus in der preußischen Verwaltung steht, abgesehen von besonderen Anordnungen, zwar in der Regel der Intendantur zu. Dagegen kann nicht allgemein eine Rechtsregel dahin aufgestellt werden, daß im Zweifel der Intendantur die Prozeßvertretung des Reichsmilitärfiskus gebühre. Ihre Zuständigkeit reicht vielmehr nicht weiter als ihr Ressort. Zu diesem gehören nicht die Angelegenheiten betreffend Entschädigung für unschuldig

erlittene Untersuchungshaft. Für die Entschädigungsklage aus § 6 UntersuchEntschG. vom 14. Juli 1904 wird daher der Militärfiskus durch den Kriegsminister vertreten.

4. Eichwesen. SchlHolstAnz. **12** 281 (Kiel). Der Eichungsinspektor ist zur Vertretung des Fiskus im Prozesse nicht legitimiert. Die Klage ist, da es für das Ressort des Eichwesens an einer Provinzialverwaltungsbehörde fehlt, gegen den Regierungspräsidenten zu richten.

5. Klage gegen verschiedene Stationen des Fiskus. **RG.** III. JW. **12** 640, BayRpflZ. **12** 254. Kommt eine mehrfache Begründung der Klage gegen den Fiskus in Frage, so steht dieser Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage nicht entgegen, daß verschiedene Behörden zur Vertretung des Fiskus berufen sind. Die Klage ist solchenfalls allen beteiligten Behörden zuzustellen. Dies ist auch dann nicht unmöglich, wenn diese Behörden in verschiedenen Gerichtsbezirken ihren Sitz haben. Durch den Sitz der Behörde nach § 18 wird nur der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus bestimmt. Daneben sind, da er kein ausschließlicher Gerichtsstand ist, auch für die Prozesse gegen den Firkus die besonderen Gerichtsstände, z. B. der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32) gegeben. Sollte ausnahmsweise kein gemeinschaftlicher allgemeiner oder besonderer Gerichtsstand gegeben und eine Vereinbarung zwischen dem Kläger und den beteiligten Behörden über die Zuständigkeit nicht zu erzielen sein, so ist § 36 Ziff. 3 entsprechend anzuwenden (vgl. Skonietzki-Gelpcke, ZPO. I, 90 Anm. 6 zu § 36).

§ 21. I. Abs. 1. 1. OLG. **25** 51 α (Hamburg). Durch eine Zweigniederlassung kann eine Zuständigkeit nur begründet werden, wenn die Zweigniederlassung selbst Vertragsgegner des Klägers ist. Das ist nicht der Fall, wenn der streitige Kauf durch unmittelbaren Briefwechsel mit dem Hauptgeschäfte geschlossen war und der Kläger mit der Zweigniederlassung nur vereinbart hatte, daß diese zur Erledigung eines bei der Lieferung seitens des Hauptgeschäfts entstandenen Mißverständnisses einen Teil der gelieferten Waren gegen Rückzahlung des Kaufpreises zurücknehmen sollte.

2. OLG. **25** 51 β (Hamburg). Voraussetzung der Zuständigkeit nach § 21 ist, daß eine unmittelbare Beziehung zwischen der Klage und dem Geschäftsbetriebe der Zweigniederlassung besteht. Lediglich eine Vermittelung von Geschäftsabschlüssen zwischen dem Kläger und der Hauptniederlassung durch die Zweigniederlassung oder deren Leiter begründet die Zuständigkeit nicht.

3. RheinA. **109** 226, OLG. **25** 51 Anm. 1 (Cöln). Die Hauptwerkstätte ist keine Zweigniederlassung der eine Aktiengesellschaft bildenden Eisenbahngesellschaft im Sinne des § 21.

4. PosMSchr. **12** 126 (Marienwerder). Zum Begriffe der für eine Niederlassung erforderlichen Selbständigkeit gehört weder, daß der Leiter des örtlichen Geschäftsbetriebs Geschäfte in unbeschränktem Umfang abschließen darf, noch kommt es auf seine innere Abhängigkeit vom Prinzipal, auf seine etwaige Verpflichtung, für gewisse Geschäfte zunächst dessen Einwilligung einzuholen, an, sofern nur der Angestellte nach außen selbständig und nicht als bloßer Geschäftsvermittler auftritt und aufzutreten berechtigt ist.

5. Ehrenberg, JheringsJ. **61** 491. Das Bestehen einer Niederlassung kann von einem Kaufmanne nicht bestritten werden, wenn sie auf Grund seiner Anmeldung in das Handelsregister eingetragen ist.

II. Abs. 2. OLG. **25** 52 (Rostock). Ansprüche, die das Pachtverhältnis an dem Grundstücke der Niederlassung betreffen, können in dem Gerichtsstande des § 21 nicht verfolgt werden.

§ 22. R. **12** Nr. 2067 (Stuttgart). Für die Klage einer GmbH. auf Zahlung einer Stammeinlage wird der Gerichtsstand des § 22 nicht dadurch ausgeschlossen, daß über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

§ 23. Literatur: Breit, Ausländerforum und internationales Prozeßrecht. Eine Replik, JW. 12 723—726. — Frankenstein, Dasselbe. Eine Duplik, JW. 12 727—728. — Lebrecht, Gilt § 23 ZPO. auch für Kläger, welche ihren Wohnsitz im Auslande haben? DJZ. 12 918—919. — Widmann, Ausländerforum und internationales Prozeßrecht, JW. 12 1021—1023.

1. Das Ausländerforum im allgemeinen. a) Breit, JW. **12** 723 ff., entgegnet auf die Einwendungen von Frankenstein, JW. **11** 904 (JDR. **10** Nr. 1 b) gegen seine Ausführungen JW. **11** 636 ff. (JDR. **10** Nr. 1 a). Nach seiner Ansicht ist das Ausländerforum gänzlich unabhängig von der Lösung des schwierigen Problems der Anerkennung der Auslandsurteile in der Weise zu regeln, daß der inländische Staat im Punkte der Zuständigkeit eine Art Blankettурteil gibt, das für den Gläubiger zur Vollstreckung im Inlande genügt, das er aber, wenn er es im Auslande vollstrecken will, unter nachträglicher Beibringung der für die Begründung der Zuständigkeit nach dem Rechte des ausländischen Staates erforderlichen Behauptungen ergänzen kann. b) Hierzu wieder Frankenstein, JW. **12** 727 f. Ausländerforum und Anerkennung fremder Urteile sind nur zusammenhängend zu regeln. Eine allgemeine Ausdehnung des Ausländerforums ist bedenklich. § 23 ist trotz theoretischer Bedenken praktisch unter engerer Umgrenzung des Vermögensbegriffs beizubehalten, falls er nicht deutsche Schuldnerinteressen erweislich geschädigt hat. Eine abweichende Regelung ist vielleicht] gegenüber den Staaten zu erwägen, die deutsche Urteile nicht vollstrecken. c) Widmann, JW. **12** 1021 ff. Der Vollstreckungszwang aus ausländischen Urteilen auf Grund bloß tatsächlicher und lediglich auf innerstaatlichem Rechte beruhender Gegenseitigkeit ist zu beseitigen. Es ist zu fordern, daß Deutschland künftighin nur Urteile solcher Staaten vollstreckt, bezüglich deren die Gegenseitigkeit durch internationale Verträge gesichert und verbürgt ist. Diese Verträge werden die notwendigen und sachlich gerechtfertigten Schranken gegen eine Überspannung des Vollstreckungszwanges selbst ziehen. Des kleinlichen, in seinem Erfolg höchst zweifelhaften Mittels, das der § 328 Ziff. 1 in Verb. mit § 23 als Regulativ gegen zuweitgehenden Vollstreckungszwang aus ausländischen Urteilen im Inlande darstellt, bedarf es dann nicht mehr.

2. Gilt der Gerichtsstand auch für Klagen ausländischer Gläubiger? a) **RG.** VII. BayRpflZ. 12 72. § 23 Satz 2 macht keinen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Gläubigern (vgl. **RG. 1** 437, **44** 386). b) Lebrecht, DJZ. **12** 918—919. § 23 gilt nicht für Kläger, welche ihren Wohnsitz im Auslande haben. Er ist eine Ausnahmevorschrift und darf deswegen nicht ausdehnend ausgelegt werden.

3. Zum Begriffe des Vermögens. a) OLG. **25** 56 (Hamburg). Die anteilige Berechtigung des Beklagten an einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, zu deren Gemeinschaftsvermögen drei im Grundbuche des angerufenen Gerichts eingetragene Hypotheken gehören, begründet die Zuständigkeit nach § 23. Die Behauptung des Beklagten, er habe bereits so große Summen auf seinen Anteil erhalten, daß sich bei der Auflösung der Gemeinschaft auf seiner Seite nur eine Schuld ergeben würde, ist unerheblich, da unter Vermögen im Sinne des § 23 nicht der Überschuß der Aktiven über die Passiven zu verstehen ist. b) SächsOLG. **33** 506. (Dresden). Bei Klagen aus einem gegenseitigen Vertrag ist auch eine dem Beklagten aus diesem Vertrage gegen den Kläger zustehende Forderung, sofern nur ihr Bestehen mit dem Bestehen der Klageforderung überhaupt vereinbar ist und zwischen ihnen kein innerer Widerspruch besteht, zur Begründung der Zuständigkeit aus § 23 geeignet, wenn sie auch im Verhältnis einer Gegenleistung zur Klageforderung steht.

4. Das Vermögen braucht nicht schon zur Zeit der Klageerhebung vorhanden gewesen zu sein. KGBl. 12 66 (KG.). Der

Gerichtsstand des Vermögens gegen einen Ausländer ist auch dann begründet, wenn der Vermögenserwerb erst nach der Klagezustellung stattgefunden hat (vgl. § 263 Nr. III.)

5. Einwand der Arglist. Ist es zulässig, den Kostenerstattungsanspruch aus einem wegen Unzuständigkeit zuungunsten des Klägers erledigten Prozesse zu verwerten, um daraufhin in einem neuen Prozesse die Zuständigkeit zu begründen? a) Dagegen: α. OLG. Dresden, JDR. **10** Nr. 5 b jetzt auch SächsOLG. **33** 104. β. OLG. **25** 53, R. **12** Nr. 2068, WürttJ. **24** 305 (Stuttgart). Das Gesetz würde sich mit sich selbst in Widerspruch setzen, wenn es zuließe, daß der wegen Unzuständigkeit des inländischen Gerichts abgewiesene Kläger auf Grund dieses erst durch den Vorprozeß geschaffenen inländischen Vermögensbesitzes des Beklagten diesen wegen desselben Anspruchs nunmehr im Gerichtsstande des § 23 belange. Das Gesetz kann nicht, was es mit der einen Hand gibt, mit der anderen wieder nehmen; wenn im Vorprozesse das Recht des Beklagten, wegen Unzuständigkeit des inländischen Gerichts die Einlassung zur Hauptsache zu verweigern, festzustellen war, so kann unmöglich dieses Recht des Beklagten gerade dadurch zunichte gemacht werden, daß er zur Herbeiführung dieser Entscheidung unter Aufwendung von Kosten auf den Prozeß sich einzulassen gezwungen und daß ihm in der klagabweisenden Entscheidung rechtsnotwendig der Anspruch auf Erstattung seiner Kosten zuzusprechen war. Ob der Kläger den Vorprozeß arglistig, d. h. in der Absicht, die Zuständigkeit für den folgenden Prozeß zu begründen, oder ohne solche Absicht angestrengt hat, macht hierbei keinen Unterschied. Allerdings ist in solchen Fällen ein inländischer Vermögensbesitz des Ausländers tatsächlich vorhanden. Daher kann sowohl der Kläger selbst wegen einer anderen ihm gegen den Beklagten zustehenden Forderung als auch jeder Dritte auf Grund dieses Besitzes gegen den Beklagten im Inlande gemäß § 23 klagen. b) Für Zulässigkeit: α. HansGZ. **12** Beibl. 37, SchlHolstAnz. **12** 171 (Hamburg). β. LeipzZ. **12** 412, HansGZ. **12** Beibl. 112 (Hamburg). Wenn die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen des § 23 vorliegen, ist es ohne Bedeutung, daß unter Umständen mit Hilfe derselben durch Anstrengung eines Prozesses vor einem unzuständigen Gerichte künstlich ein vorher nicht bestehender Gerichtsstand begründet werden kann. γ. BadRpr. **12** 127 (Karlsruhe). δ. BadRpr. **12** 208 (Karlsruhe). Der Gerichtsstand des § 23 ist lediglich an die Voraussetzungen geknüpft, daß der Beklagte keinen Wohnsitz im Deutschen Reiche hat, und daß sich im Bezirke des angerufenen Gerichts Vermögen des Beklagten befindet. Die Vorschrift des § 23, die den Schutz von Gläubigern der im Auslande wohnenden Schuldner bezweckt, ist öffentlich-rechtlicher Natur und muß auch dann durchgreifen, wenn sich Vermögen des Schuldners infolge eines an und für sich unerlaubten Verhaltens des Gläubigers im Inlande befindet.

6. OLG. Colmar JDR. **16** Nr. 6 jetzt auch BuschsZ. **42** 371.

§ 24. Literatur: Oertmann, Eine Streitfrage aus dem Gebiete des dinglichen Gerichtsstandes, R. **12** 80—85.

1. Oertmann, R. **12** 80 ff. Der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 ist, wie mit **RG.** V. **32** 414 anzunehmen ist, dann nicht begründet, wenn das streitige Grundstück im Auslande liegt.

2. R. **12** Nr. 1203, WürttJ. **24** 152 (Stuttgart). In dem dinglichen Gerichtsstande kann nicht bloß der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB., sondern können auch solche auf Befreiung von einer dinglichen Belastung gerichtete Klagen geltend gemacht werden, welche darauf gestützt werden, daß die dingliche Belastung materiell nicht zu Recht bestehe, im Gegensatze zu persönlichen Ansprüchen auf Beseitigung einer materiell zu Recht bestehenden Schuld.

§ 29. Literatur: Hirsch, Erfüllungsort und Gerichtsstand, LeipzZ. **12** 373—374.

1. *Förster-Kann I, 117 Note 3 b. Die Klausel „Erfüllungsort Berlin" bezieht sich im Zweifel nicht auf einen Bezirk der Stadtgemeinde Berlin, sondern auf das Gebiet von Groß-Berlin im postalischen Sinne, und zwar auf denjenigen Teil von Groß-Berlin, in welchem der Schuldner zur Zeit des Vertragsschlusses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte, oder, falls er damals noch nicht in Berlin wohnte, später begründet hat. Wohnt der Schuldner nicht in Berlin, so ist im Zweifel derjenige Ortsteil von Berlin maßgebend, in welchem der Gläubiger seinen Wohnsitz oder sein Geschäftslokal hat. Hat der Schuldner seinen Wohnsitz an verschiedenen Stellen der Stadt Berlin, so sind ebensoviel Erfüllungsorte gegeben, sofern nicht die Umstände auf einen der mehreren Ortsteile als Erfüllungsort hinweisen. Hat keine der beiden Parteien ihren Wohnsitz in Berlin, so ist zu prüfen, ob nicht den Umständen nach eine Stelle in Berlin als von den Parteien gewollter Erfüllungsort in Betracht kommt. Fehlt es an einer solchen, so wird der Vertrag in der Regel dahin auszulegen sein, daß die Parteien nicht einen Erfüllungsort, sondern einen Gerichtsstand bestimmen wollten. Bei welchem der mehreren Berliner Gerichte der Gerichtsstand begründet werden sollte, muß durch Auslegung festgestellt werden. Eventuell kann in solchem Falle gemäß § 36 Nr. 2 ZPO. auf Bestimmung des zuständigen Gerichts angetragen werden.

2. Streitige Verpflichtung. NaumburgAK. **12** 52, OLG. **25** 213 (Naumburg). Wird einem Architekten die Projektierung und Überwachung eines Baues übertragen, so ist bei Klagen auf Schadensersatz wegen sachwidriger Ausführung und mangelhafter Aufsicht die streitige Verpflichtung die gehörige Erfüllung der Vertragspflichten des Architekten. Da diese als Dienstleistung im Sinne des § 611 auf dem Baue zu erfüllen ist, so ist also dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich der Bau befindet.

3. Schadensersatzklage. SächsRpflA. **12** 308 (LG. Freiberg). Für die Schadensersatzklage wegen betrüglicher Verleitung zum Vertragsschluß ist der Gerichtsstand des § 29 nicht begründet.

4. Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB. **RG.** V. 13. 7. 12, R. **12** Nr. 3481, GruchotsBeitr. **57** 160. Für die Klage eines eingetragenen Hypothekengläubigers auf Feststellung, daß dem Beklagten in Ansehung der Hypothek ein Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB. nicht zustehe, ist der Gerichtsstand des § 29 nicht deshalb gegeben, weil die Restkaufgeldforderung, aus deren Nichtentstehung die Unrichtigkeit des Grundbuchs hergeleitet wird, auf vertraglicher Grundlage beruht.

5. Gerichtsstand des Erfüllungsorts gegen den Erwerber eines Handelsgeschäfts. SeuffA. **67** 245 (Dresden). Für die Klage gegen den Erwerber eines Handelsgeschäfts aus § 25 HGB. ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für die Verpflichtung des früheren Inhabers begründet.

6. Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei Geschäftsverbindung mit einer Zweigniederlassung. OLG. **25** 51 α (Hamburg). Durch die Vereinbarung des Klägers mit der von der Beklagten an seinem Wohnorte betriebenen Zweigniederlassung, diese solle einen Teil der von dem Hauptgeschäft irrtümlich gelieferten Waren gegen Preisvergütung zurücknehmen, wird für eine hierauf gestützte Klage eine Zuständigkeit nach § 29 am Orte der Zweigniederlassung nicht begründet, wenn der streitige Kaufvertrag selbst mit der Hauptniederlassung geschlossen ist.

7. Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei Klagen gegen die Entscheidungen der Innungsschiedsgerichte. GewuKfmG. **12** 182 (KG.). Für die Klage des durch die Entscheidung eines Innungsschiedsgerichts zu einer Leistung Verurteilten auf Aufhebung dieser Entscheidung, auf welchen Grund auch immer eine solche Klage gestützt werden mag, ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei demjenigen Gerichte begründet, in dessen Bezirke die durch die angefochtene Entscheidung auferlegte Leistung im Sinne des § 269 BGB. zu erfolgen hat.

8. OLG. **25** 56 (München). Ergibt sich nach der Behauptung des Klägers der Erfüllungsort für die streitige Verpflichtung aus dem zugrunde liegenden Vertrage selbst, so fällt der Nachweis der Zuständigkeit mit der Begründung des Anspruchs zusammen. Der Kläger hat jedoch bei solcher Sachlage die Zuständigkeit, wie sich aus § 275 ergibt, nachzuweisen. Die bloße Behauptung der die Zuständigkeit begründenden Tatsachen genügt nicht.

9. Vereinbarung des Erfüllungsorts. SächsOLG. **33** 108 (Dresden). Die Annahme einer Kommissionskopie mit vorgedruckter Bezeichnung eines Erfüllungsorts begründet im Zweifel keine Vereinbarung dieses Erfüllungsorts.

§ 31. SächsRpflA. **12** 32, R. **12** Nr. 2306 (Dresden). Die Bestimmung bezieht sich lediglich auf Klagen, mit denen Ansprüche aus der Führung einer Vermögensverwaltung verfolgt werden. Sie findet daher keine Anwendung bei der Klage eines Testamentsvollstreckers auf Ausantwortung von Nachlaßgegenständen gegen die Erben.

§ 32. 1. Nur die tatsächlichen Behauptungen des Klägers, nicht seine rechtliche Würdigung dieser Tatsachen sind für die Frage der Begründung des Gerichtsstandes maßgebend. **RG.** IV. JW. **12** 643, HansGZ. **12** Beibl. 184, WarnE. **12** 311, LeipzZ. **12** 461, R. **12** Nr. 1506. Zur Begründung des Gerichtsstandes genügt nicht, daß der Kläger durch eigene rechtliche Würdigung seines Tatsachenvorbringens das behauptete Verhalten des Beklagten als eine unerlaubte Handlung ausgibt. Vielmehr kommt es in entscheidender Weise darauf an, ob unter der Voraussetzung der Richtigkeit dieses Vorbringens bei richtiger Gesetzesanwendung dem Beklagten in Wirklichkeit eine unerlaubte Handlung zur Last fällt. Daher kein Gerichtsstand der unerlaubten Handlung am Orte der Verbreitung, trotz Berufung auf § 32, wenn ein Verleger sich weigert, jemanden in einem genealogischen Jahrbuch aufzuführen oder seine Zugehörigkeit zu einem bestimmten Adelsstand anzuerkennen.

2. Gerichtsstand der Unterlassungsklage. Fliegender Gerichtsstand der Presse. a) *Jacobsohn, Unterlassungsklage. Da die Unterlassungsklage niemals eine Erscheinungsform des Anspruchs aus unerlaubter Handlung ist, besteht auch nie der Gerichtsstand des § 32, sondern der des zugrunde liegenden jeweiligen Rechtsverhältnisses (vgl. Allgemeines oben Ziff. 2 zu § 241 BGB. und die dortigen Verweisungen, bes. § 249 und § 823 BGB.). **b)** Dagegen **RG.** VI. 15. 1. 12, **78** 256, JW. **12** 301, R. **12** Nr. 618. Für die Klage auf Unterlassung einer durch den Inhalt eines Zeitungsartikels begangenen Ehrverletzung ist, wenn die Klage nicht als negatorische, sondern als sog. deliktische Unterlassungsklage erhoben ist, jedes Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Zeitung verbreitet wurde.

3. OLG. **25** 57 (Posen). Der Gerichtsstand des § 32 gilt auch für Klagen aus § 717 Abs. 2.

§ 33. Literatur: Fischer, Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, und Widerklagen im Verfahren auf Gewährung der Vollstreckbarkeit, BuschZ. **43** 87—109.

1. Zuständigkeits- oder Zulässigkeitsnorm? Fischer, BuschsZ. **43** 96 ff. § 33 enthält lediglich eine Zuständigkeitsregel. Die Unzulässigkeit einer nicht konnexen Widerklage folgt aber aus allgemeinen Grundsätzen, nämlich aus dem Verbote der Einführung sachfremden Prozeßstoffs in den Rechtsstreit gegen den Willen des Gegners. Deshalb ist aber auch die Erhebung einer nicht konnexen Widerklage nach §§ 264, 269, 295 (nicht nach § 39) heilbar. — Bei Konnexität mit Verteidigungsmitteln ist prozessuale und sachliche Zulässigkeit (nicht Begründetheit) des Verteidigungsmittels Zulässigkeitsvoraussetzung der Widerklage.

2. Zulässigkeit der Widerklage. a) OLG. **25** 58 (Naumburg). Gegenüber der Klage des Vorerben, der zugleich Testamentsvollstrecker ist, gegen einen Nacherben auf Rückzahlung eines vom Erblasser gewährten Darlehens ist eine Widerklage, mit der Auskunft über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände, sowie Herbeiführung der Auseinandersetzung und Auszahlung des Überschusses gefordert werden, zulässig; die Gegenansprüche hängen mit der Klageforderung rechtlich zusammen. Sie beruhen mindestens zum Teil auf denselben Tatsachen, demselben einheitlichen Lebensverhältnisse. **b)** Fischer, BuschsZ. **43** 96 ff. Auch gegenüber der Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils (§§ 722, 1042) ist eine Widerklage dann zulässig, wenn sie mit Einwendungen im Zusammenhange steht, die den Anspruch selbst betreffen, jedoch nur in den Grenzen des § 767.

3. Unzulässigkeit einer nur eventuell erhobenen Widerklage. Wann liegt sie vor? a) **RG.** LeipzZ. **12** 229, R. **12** Nr. 95, WarnE. **12** 47. Eine bloß eventuelle, d. h. nur für den Fall des Erlasses einer bestimmten Entscheidung über den Klaganspruch erfolgende Erhebung einer Widerklage, die unzulässig ist, liegt nicht vor, wenn von den den Gegenstand des Widerklaganspruchs bildenden Punkten die Entscheidung über die Klage nur bedingt, nämlich nur dann abhängt, wenn der Klaganspruch im allgemeinen für zulässig und begründet erachtet werden sollte. Es kommt vielmehr hierauf nur für die Zulässigkeit einer Inzident-Feststellungs-Widerklage nach § 280 an. **b)** **RG.** II. LeipzZ. **12** 661, R. **12** Nr. 2561. Ein Widerklagantrag, der dahin geht: „für den Fall, daß dem Klagantrage stattgegeben werden sollte, die Klägerin kostenpflichtig zu verurteilen . . . . ." ist unzulässig. Die Widerklage ist wegen dieses Anspruchs nur bedingt erhoben worden, und dies ist, wie das RG. bereits wiederholt ausgesprochen hat (**RG. 40** 331, JW. **05** 150), unstatthaft.

4. Unzulässigkeit einer Widerklage gegen eine Widerklage. OLG. **25** 59 (KG.). Eine Widerklage gegen eine Widerklage ist unzulässig. § 33 kennt nur eine Widerklage des Beklagten. Dem Kläger steht für neue Anträge innerhalb des Rechtsstreits der Weg der Klagänderung oder Klagerweiterung und der des § 280 zu. Ob ein solcher Rechtsbehelf oder eine Widerklage vorliegt hängt lediglich von der Parteirolle des Antragstellers ab.

§ 36. 1. **RG.** IV. LeipzZ. **12** 661, R. **12** Nr. 1649. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts hat, falls es sich um die Zuständigkeit solcher Gerichte handelt, die zwar nicht im Bezirk eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts, wohl aber sämtlich innerhalb eines Bundesstaats liegen, in dem ein oberstes Landesgericht errichtet ist, durch das oberste Landesgericht als „das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht" auch dann zu geschehen, wenn über die Revision das RG. zu entscheiden haben würde (**RG.** BayRpflZ. **07** 434).

2. Ziff. 3. a) RheinA. **109** 267 (Cöln). Das zuständige Gericht kann nur unter den beteiligten Gerichten gewählt werden. **b)** Über die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschrift bei einer Klage gegen mehrere Stationen des Fiskus vgl. § 18 Nr. 5.

§ 37. 1. *Förster-Kann I, 142 Note 5. Durch Erlaß des Zuständigkeitsbeschlusses wird das in demselben bestimmte Gericht noch keineswegs mit der Sache

befaßt. Der Beschluß wird nur den Parteien, nicht dem bestimmten Gerichte bekannt gemacht. Die Überleitung des Verfahrens auf das bestimmte Gericht herbeizuführen, ist Sache der Parteien. — Das bestimmte Gericht hat zu prüfen, ob das bestimmende Gericht ein ihm übergeordnetes, sowie ob ihm die Erledigung der Sache nicht etwa nach den Vorschriften über die ausschließliche Zuständigkeit untersagt ist, dagegen nicht, ob im übrigen die Voraussetzungen der Zuständigkeitsbestimmung gegeben waren. Das bestimmte Gericht muß ferner prüfen, ob die bei ihm auf Grund der Zuständigkeitsbestimmung angebrachte Angelegenheit identisch mit der dem Zuständigkeitsgesuche zugrunde gelegten ist. Dabei sind, wenn es sich um die Erhebung einer Klage handelt, solche Änderungen gegenüber dem Inhalte des Gesuchs zuzulassen, welche gemäß § 268 nicht als Klagänderung anzusehen sind. Im übrigen ist es im Falle des § 36 Nr. 3 statthaft, die Erhebung der Klage gegen einzelne von den Personen, deren Belangung nach dem Inhalte des Gesuchs beabsichtigt war, zu unterlassen, sofern auch für die übrigbleibenden Beklagten die Voraussetzungen des § 36 Nr. 3 gegeben sind. Dagegen wird die Benutzung des gemäß § 36 Nr. 3 erwirkten Beschlusses dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Rechtsstreit gegen einige der Beklagten (z. B. infolge der Erledigung des Anspruchs) unmöglich wird. — Die Tragweite des Zuständigkeitsbeschlusses ist in den einzelnen Fällen des § 36 eine verschiedene. Die Zuständigkeitsbestimmung gemäß § 36 Nr. 1 hat nur die Bedeutung daß das bestimmte Gericht an die Stelle des verhinderten tritt. Darüber, ob das letztere wirklich das „an sich zuständige" ist, entscheidet der Beschluß nicht. Wird daher die Klage vor dem bestimmten Gericht erhoben, so ist die Rechtslage des Beklagten hinsichtlich der Zuständigkeitseinwendungen keine andere, als wenn die Sache bei dem verhinderten Gericht anhängig gemacht worden wäre. — Im Falle Nr. 2 dient der Beschluß nur dazu, die mit Rücksicht auf die Grenzen der verschiedenen Gerichtsbezirke bestehende Ungewißheit auszuschalten. Die Bedeutung des Beschlusses besteht lediglich darin, daß er die vom Kläger angeführten Kompetenztatsachen zu einem der mehreren Gerichtsbezirke in Beziehung setzt. Darüber aber, ob, wenn diese im Beschlusse dekretierte örtliche Beziehung zugrunde gelegt wird, die Zuständigkeit des bestimmten Gerichts gegeben ist, entscheidet der Beschluß nicht. — Im Falle Nr. 3 hat die Zuständigkeitsbestimmung die Bedeutung, daß das bestimmte Gericht als allgemeiner Gerichtsstand für die gemeinsam zu verklagenden Personen anzusehen ist; nicht aber wird darüber entschieden, ob die beabsichtigte Klage überhaupt im allgemeinen Gerichtsstand erhoben und ob sie gegen die mehreren Personen als Streitgenossen gerichtet werden kann. — Ebenso wird im Falle Nr. 4 durch die Zuständigkeitsbestimmung nur ein Gericht als Gericht der belegenen Sache bezeichnet, nicht aber auch über die Zulässigkeit der Klagerhebung im dinglichen Gerichtsstand entschieden.

2. Abs. 2. a) RheinA. **109** 267, OLG. **25** 60 (Cöln). Im Falle des § 36 Ziff. 3 kann die Unzuständigkeit des bestimmten Gerichts geltend gemacht werden, wenn die vom höheren Gericht als gegeben unterstellte, an sich bestehende Zuständigkeit der infolge der Streitgenossenschaft konkurrierenden Gerichte nicht oder zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr vorgelegen hat. In dieser Geltendmachung liegt keine Anfechtung des Zuständigkeitsbeschlusses im Sinne des § 37 Abs. 2, der lediglich eine Nachprüfung nach der rechtlichen Seite oder der Zweckmäßigkeit der Auswahl ausschließen will. b) BadRpr. **12** 227 (Karlsruhe). Ist der Beschluß nach § 36 arglistig erschlichen — der in Mannheim wohnende Kläger hatte seinen Angestellten, den Beklagten St., zum Schein zur Übernahme der Bürgschaft für angebliche Verbindlichkeiten des in Pirmasens wohnenden Beklagten Sch. veranlaßt, um dem RG. vorzuspiegeln, daß ein im Landgerichtsbezirke Mannheim wohnender Streitgenosse zusammen mit einem auswärtigen Streitgenossen verklagt werden solle, und dadurch einen das LG. Mannheim als zuständiges Gericht

bestimmenden Beschluß des RG. herbeigeführt —, so darf von ihm trotz seiner Unanfechtbarkeit entsprechend dem Grundsatze, der von der Rechtsprechung gegenüber durch Arglist erlangten rechtskräftigen Urteilen angewendet wird (**RG. 61** 365, **78** 390), kein Gebrauch gemacht werden.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. 1. *Förster-Kann I, 147 Note 3 b. Gemäß § 38 können die Parteien dadurch, daß sie die Anrufung sämtlicher an sich zuständigen Gerichte durch Vereinbarung ausschließen, ohne irgendein anderes Gericht für zuständig zu erklären, die Klagbarkeit eines Anspruchs aufheben.

2. BadRpr. **12** 51 (Karlsruhe). Erklärt am Schlusse eines außerprozessualen Verhandelns über einen bestimmten Anspruch der Anwalt der einen Partei dem Anwalte des Gegners, die Klage könne ihm zugestellt werden, und erfolgt alsdann die Zustellung an ihn, so liegt hierin eine wenn nicht ausdrückliche, so doch mindestens stillschweigende Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit des Gerichts, bei dem der Anwalt des Beklagten zugelassen ist.

3. HansGZ. **12** Beibl. 133 (Hamburg). Wenn ein Spekulationsgeschäft wegen Verstoßes gegen das Börsengesetz nichtig ist, so ist auch die bei Abschluß des Geschäfts erfolgte Vereinbarung der Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts nichtig. Dies gilt selbst dann, wenn gerade die Frage, ob das Rechtsgeschäft nichtig ist, durch die Vereinbarung einem bestimmten Gericht übertragen ist. Unentschieden wird gelassen, ob die Vereinbarung des Gerichts gültig bleibt, wenn sie in einem selbständigen Nebenvertrage getroffen ist.

4. **RG.** I. LeipzZ. **12** 74, R. **12** Nr. 1914, JW. **11** 79. Aus der vertragsmäßigen Bestimmung: „Für beide Teile gilt Berlin als Erfüllungsort im Sinne des § 29 ZPO." kann nur entnommen werden, daß die Parteien die Zuständigkeit der Berliner Gerichte vereinbart haben, aber keineswegs, daß sie eine daneben begründete Zuständigkeit anderer (ausländischer) Gerichte haben ausschließen wollen.

§ 39. Über die Anwendbarkeit der Bestimmung im Falle der Zuständigkeit des KfmG. s. § 274 Nr. IV.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 42. Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit. 1. OLG. **25** 61 (Hamburg). Der Handelsrichter A. hatte als Teilhaber der Firma X. ein Telegramm mitunterzeichnet, das den Rat enthielt, sein Bruder möge für die bevorstehende Generalversammlung der beklagten Aktiengesellschaft nicht den Vertreter des als Kläger auftretenden früheren Vorstandes, sondern den N. bevollmächtigen. Diese Raterteilung rechtfertigt die Vermutung des Klägers, der Richter A. habe zu der Differenz zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat, über welche in diesem Prozeß entschieden werden soll, Stellung genommen und deshalb geraten, dem M. die Vertretung zu entziehen. Die Ablehnung des A. ist deshalb begründet.

2. OLG. Naumburg JDR. **10** jetzt auch OLG. **25** 61.

§ 46. R. **12** Nr. 2307, HansGZ. **12** Beibl. 280 (Hamburg). Die Beschwerde gegen einen Beschluß, durch den ein Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt ist, wird gegenstandslos und ist zurückzuweisen, wenn das abgelehnte Gericht vor der Entscheidung über die Beschwerde das Endurteil erlassen hat.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Vor § 50. 1. Zulässigkeit einer Ermächtigung zur prozessualen Geltendmachung eines Rechtes des Ermäch-

tigenden durch den Ermächtigten im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten. a) HessRspr. 12 331 (LG. Gießen). Eine solche Inkassozession ist zulässig. Sie folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB. liegt nicht vor. Vgl. JDR. **10**. **b**) KGBl. 12 66 (KG.). Die sog. Inkassozession ist keine Rechtsabtretung. Der Wille der Parteien pflegt keineswegs dahin zu gehen, daß dem „Zessionare" die freie Verfügung über die Forderung übertragen werden soll; beabsichtigt pflegt nur zu sein, daß der Zessionar die Forderung im eigenen Namen einziehe bzw. einklage. Nach innen wird auf diese Weise ein Vertragsverhältnis, nach außen eine Vollmachtserteilung hergestellt. Die Forderung selbst verbleibt bei dem Gläubiger. Der Schuldner kann daher dem Inkassozessionare gegenüber keine Rechte daraus herleiten, daß die Forderung noch im Besitze des Zedenten geblieben ist. Er kann aber auch dem die Forderung einklagenden Gläubiger jedenfalls dann keine Einwendung aus der Tatsache der Inkassozession entgegensetzen, wenn der Inkassozessionar selbst dem Schuldner erklärt, daß ihm die Inkassozession gekündigt worden sei und daß er keinerlei Rechte hinsichtlich dieser Forderung habe. **c**) NaumburgAK. **12** 78 (Naumburg). Der Abtretende ist berechtigt, mit Einwilligung des neuen Gläubigers auf Leistung an diesen im eigenen Namen zu klagen, auch wenn die Abtretung vor der Rechtshängigkeit erfolgt ist. — Vgl. hierzu Hirsch ebenda. **d**) *Förster-Kann I, 169. Nr. 2 vor § 50. Neben den durch das Gesetz geschaffenen Fällen der Prozeßstandschaft können nicht etwa noch weitere durch Parteidisposition getroffen werden. Mit Unrecht beruft sich das **RG. 73** 306 zur Rechtfertigung seiner Ansicht, daß der Berechtigte nach Belieben einem Dritten das Prozeßführungsrecht ohne das zugrunde liegende materielle Recht übertragen könne, darauf, daß „vom Standpunkte desjenigen, gegen den sich das Recht richtet, ein Bedenken gegen die Zulässigkeit der Ermächtigung zur Prozeßführung nicht zu entnehmen sei". Es bedeutet vielmehr eine außerordentliche Verschlechterung der Rechtslage des Beklagten, wenn er sich gefallen lassen muß, statt mit seinem eigentlichen Gegner mit einem beliebigen Dritten zu prozessieren, so z. B. hinsichtlich der Geltendmachung von Gegenrechten durch Aufrechnung und Widerklage, hinsichtlich der Ausschließung und Ablehnung des Richters oder eines Sachverständigen, hinsichtlich der Zeugnisverweigerung, der Pflicht zur Urkundenedition (man beachte auch die nach § 45 HGB. nur den Prozeßparteien obliegende Pflicht zur Vorlegung der Handelsbücher), hinsichtlich der Eideszuschiebung und Zurückziehung, der Prozeßkostenerstattungspflicht usw.

2. Partei kraft Amtes. *Förster-Kann I, 170. Nr. 3 vor § 50. Der Begriff der Partei kraft Amtes gehört in den Verwaltungsprozeß. Ist ein Streit zwischen verschiedenen Ressorts des Staates im Verwaltungsstreitverfahren zum Austrage zu bringen, so würde die Vorstellung, daß in solchem Falle die am Prozesse beteiligte Behörde nur als Vertreterin des Staates, dieser selbst aber als Partei anzusehen sei, zu der begrifflich unmöglichen Annahme eines Prozesses des Staates mit sich selbst führen. Hier ist die Auffassung gerechtfertigt, daß nicht der Staat, sondern das Organ, welchem die in dem Streitverfahren geltend zu machende Angelegenheit anvertraut worden ist, die Partei bildet, aber nicht als Person, sondern als Träger des Amtes, mit welchem die Führung des Prozesses verknüpft wird. Im Zivilprozesse bedarf es dieser Denkform nicht. Ist einer Behörde die Wahrung gewisser öffentlicher Interessen im Wege des Zivilprozesses anvertraut worden, so dem Staatsanwalt im Eheprozesse, der zuständigen Behörde bei der Klage auf Vollziehung einer Auflage gemäß §§ 525 Abs. 2, 2194 BGB. usw., so ist nicht die Behörde, sondern der Staat selbst, vertreten durch die Behörde, als Partei anzusehen. Ebensowenig bedarf es dieses konstruktiven Notbehelfs für die Rechtsstreitigkeiten, welche durch gewisse Güterpfleger für die von ihnen vertretene Masse geführt werden. Die

Schwierigkeit, die sich daraus ergibt, daß diese Personen kraft ihres Amtes die Verwaltung einer Mehrheit von Interessen, sei es unbestimmter Personen, sei es gar eines Kreises von Personen mit einander widerstreitenden Interessen anvertraut worden ist, und daß es daher im einzelnen Falle zweifelhaft sein kann, für welche Person oder Personengruppe der Rechtsstreit geführt wird, kann nicht dadurch beseitigt werden, daß man den Güterpfleger selbst als Partei kraft Amtes ansieht. Wenn nämlich auch mit der Güterpflege im allgemeinen die Verwaltung von Interessen unbestimmter Personen gegeben sein mag, so kann doch von einer Unbestimmtheit nicht mehr die Rede sein, sobald ein solches Interesse zum Gegenstand eines Zivilprozesses gemacht wird: hier muß vielmehr in jedem einzelnen Falle mit Sicherheit festzustellen sein, wessen Sache der Güterpfleger vertritt. Gegen die Ansicht, daß der Güterpfleger selbst Partei sei, spricht auch, daß die Vorschriften der ZPO. über die Partei zum größten Teile nicht für den Amtsträger passen und daß daher immer wieder auf die von ihm vertretene Person zurückgegriffen werden muß, so z. B., wenn die örtliche Zuständigkeit dadurch bedingt ist, daß der Beklagte am Gerichtsorte seinen Wohnsitz, seinen dauernden Aufenthalt, seine Niederlassung hat, die Zuständigkeit des Gewerbegerichts davon abhängt, daß der Beklagte gewerblicher Angestellter ist, wenn es sich darum handelt, ob ein Richter wegen seiner Beziehungen zur Partei von der Amtsübung ausgeschlossen ist, ob jemand einem „zwischen anderen Personen" schwebenden Rechtsstreit als Nebenintervenient beitreten kann, ob der Partei das Armenrecht zu gewähren ist usw. Der Konkursverwalter ist regelmäßig Vertreter des Gemeinschuldners. Nur in einzelnen Fällen, nämlich bei Geltendmachung eines Gläubigeranfechtungsrechts, sowie bei den Klagen aus §§ 171, 217 HGB. übt er ein selbständiges Prozeßführungsrecht aus. In anderen Fällen handelt er kraft eigenen Rechtes, so wenn er gegen den Schuldner auf Auskunftserteilung klagt (§ 100 KO.), das Schuldnervermögen in Besitz nimmt (§ 117 KO.) oder den Schuldner zum Offenbarungseide ladet (§ 125 KO.). — Ebenso ist der Zwangsverwalter als Vertreter des Schuldners anzusehen. Auch dieser handelt nur in vereinzelten Fällen kraft eigenen Rechtes, so z. B. bei der Besitzergreifung an der Verwaltungsmasse (§ 150 Abs. 2 ZVG.), — Vertreter des Schuldners ist auch der gemäß §§ 848, 855, 938 ZPO. bestellte Sequester. — Der Nachlaßverwalter prozessiert als Vertreter des Erben, ebenso der Testamentsvollstrecker; nur in gewissen Fällen, in welchen der letztere der Mitwirkung des Erben zur Erfüllung seiner Aufgaben bedarf, handelt er kraft eigenen Rechtes (vgl. §§ 2203, 2206, 2208 Abs. 2, 2217 BGB.).

3. *Förster-Kann I, 182 Note 7. Nach deutschem Rechtssysteme sind alle physischen Personen rechtsfähig und daher vor deutschen Gerichten parteifähig, auch wenn es sich um Ausländer handelt, welchen nach dem Rechte ihres Heimatsstaats die Rechts- und Parteifähigkeit fehlt, so z. B. um russische Klostergeistliche. Was die Parteifähigkeit ausländischer Personenvereinigungen betrifft, so regelt Art. 10 EGBGB. nur die Rechtsfähigkeit der ausländischen Vereine vom Typus der idealen Vereine des § 21 und der wirtschaftlichen, nicht durch besondere reichsgesetzliche Bestimmung normierten Vereine vom Typus des § 22 BGB. Im übrigen ist — soweit nicht internationale Verträge (Handesverträge) eingreifen — zu prüfen, ob die ausländische Personenvereinigung einem inländischen rechts- und parteifähigen Typus entspricht; ist dies der Fall, so ist sie vor deutschen Gerichten ebenfalls rechts- und parteifähig. So ist z. B. die englisch-amerikanische partnership, da sie der deutschen offenen Handelsgesellschaft entspricht, stets befugt, als solche unter ihrer Firma vor deutschen Gerichten zu klagen, ohne daß es darauf ankommt, ob sie dies vor den Gerichtshöfen ihres eigenen Staates ebenfalls kann.

§ 50. Literatur: Behr, Die gemischten Kommissionen, HansGZ. **12** Beibl. 77—84. — Graf, Besitzt die Königl. Landesuniversität Tübingen eigene Rechtspersönlichkeit? WürttZ. **12** 217—221. — Stintzing, Besitz, Gewere, Rechts-

schein, ACivPr. **109** 347—435. — Zipse, Mangel der Parteifähigkeit und Wegfall einer Partei durch den Tod vor Klagezustellung, BadRpr. **12** 224—225.

I. Zipse, BadRpr. **12** 224. Die Parteifähigkeit ist wesentliche Prozeßvoraussetzung nicht in dem Sinne, daß ihr Fehlen ein Prozeßverfahren überhaupt unmöglich macht, sondern nur insofern, als bei ihrem Mangel nicht materiell über das Streitverhältnis entschieden werden kann. Der Richter darf die Terminsbestimmung bei offenbarer Parteiunfähigkeit auf der einen oder anderen Seite nicht ablehnen, sondern kann den Mangel erst in der mündlichen Verhandlung berücksichtigen. Die Entscheidung ist gemäß §§ 274, 275 durch Urteil zu treffen. Die Kosten sind in jedem Falle nach § 91 dem Kläger aufzuerlegen. Ist der Kläger eine Gesellschaft des BGB., so haftet für die Kosten lediglich das Gesellschaftsvermögen.

II. Reedereien. 1. SchlHolstAnz. **12** 211 (Kiel). Die Reederei kann, wie sich aus § 493 HGB. ergibt, ähnlich wie eine offene Handelsgesellschaft vor Gericht klagen und verklagt werden.

2. HansGZ. **12** Beibl. 251 (Hamburg). Die Reederei ist als solche parteifähig. Die Mitreeder können in ihrem Namen klagen. Vgl. JDR. **10** Nr. I.

3. Ebenso **RG.** II. 1. 5. 12, LeipzZ. **12** 925.

III. HansGZ. **12** Beibl. 197 (Hamburg). Die hamburgische Deichstraßen-Fleet-Interessentschaft, vertreten durch den Rechnung führenden Alten, ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes und als solche rechts- und parteifähig.

IV. Behr, HansGZ. **12** Beibl. 77 ff. Die sog. gemischten Kommissionen der gesetzgebenden Körperschaften Hamburgs sind nicht parteifähig.

V. BadRpr. **12** 195 (Karlsruhe). Eine Rechtspersönlichkeit der Gesamtheit der Agnaten einer hochadeligen Familie in Baden ist für das Gebiet des Privatrechts nicht anzuerkennen.

VI. Protestantische Kirchengemeinden in Preußen. Bay. ObLG. **12** 773, R. **12** 173 (BayObLG.). Die protestantischen Kirchengemeinden sind im Geltungsbereiche PrALR. die organisierte Gesamtheit der Eingepfarrten und haben die Eigenschaft selbständiger juristischer Personen. Sie sind somit parteifähig.

VII. Katholische Ordensniederlassungen. **RG.** III. 28. 6. 12, R. **12** 602. Eine Niederlassung des Franziskanerordens, die nach dem G. vom 29. April 1887 in Preußen errichtet worden ist, hat die Rechte einer juristischen Person nur dann, wenn sie ihr durch Gesetz verliehen sind.

VIII. Rechtsnatur einer Ortsheiligenpflege. **RG.** III. 14. 11. 11, **78** 4. Eine Ortsheiligenpflege ist regelmäßig keine selbständige, parteifähige Stiftung, sondern nur ein nach § 3 Nr. 1, 2 PrG. vom 20. Juni 1875 durch den Kirchenvorstand zu vertretender Sonderteil reinen Kirchenvermögens.

IX. Gewerkschaft. OLG. **25** 49 (KG.). Eine in Gotha nach gothaischem Bergrechte errichtete und mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Gewerkschaft hat auch in Preußen als rechts- und parteifähig zu gelten, ohne daß es einer besonderen staatlichen Anerkennung bedarf. Sie verliert diese Fähigkeit auch nicht durch Verlegung ihres Sitzes nach Preußen, wenn sie Angehörige ihres Heimatsstaats bleibt.

X. Hauptwerkstätte. RheinA. **109** 226 (Cöln). Die Hauptwerkstätte einer eine Aktiengesellschaft darstellenden Eisenbahngesellschaft ist keine selbständige juristische Persönlichkeit, auch keine Zweigniederlassung oder sonstige mit prozessualer Selbständigkeit ausgestattete Niederlassung. Doch ist eine gegen eine solche Hauptwerkstätte gerichtete Klage als eine gegen die Eisenbahngesellschaft gerichtete Klage anzusehen.

XI. Parteifähigkeit der Universität Tübingen. Graf, WürttJ. **12** 217 ff. Die Universität Tübingen ist eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechtes im Sinne des § 89 BGB. Sie wird durch den Senat mit dem Rektor als Vorsitzenden vertreten.

XII. Abs. 2. Der Begriff des nicht rechtsfähigen Vereins. 1. SeuffA. **67** 113 (Rostock). In den Prozessen gegen den nicht rechtsfähigen Verein und bei der Zwangsvollstreckung gegen ihn sind die Mitglieder des Vereins Partei und Schuldner. Nur zugunsten der Gläubiger des Vereins ist diesem formelle passive Parteifähigkeit auf dem Gebiete der Prozeßführung durch § 50 Abs. 2 und auf dem der Zwangsvollstreckung durch § 735 beigelegt. Solange diese formelle Parteifähigkeit besteht, wird der Verein durch den Vorstand vertreten, weil er nach § 50 Abs. 2 in dem Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat. Für die Dauer dieser Vertretungsbefugnis des Vorstandes tritt die Parteistellung der Mitglieder zurück, ähnlich wie gemäß § 53 der durch einen Pfleger im Rechtsstreite Vertretene als nicht prozeßfähig behandelt wird. Löst der Verein sich auf, so fällt die Vertretungsbefugnis des Vorstandes weg und die Parteistellung der Mitglieder tritt wieder unbeschränkt in Kraft.

2. **RG.** V. 13. 12. 11, **78** 101, R. **12** Nr. 544, JW. **12** 302. Da einem nicht rechtsfähigen Verein zum Auftreten als Kläger die Parteifähigkeit nicht gewährt worden ist, so müssen sämtliche Personen, die ihn als Mitglieder bilden, als Kläger auftreten (vgl. **RG. 57** 92, GruchotsBeitr. **43** 749, JW. **99** 202). Fehlt auch nur eine Person, die zur Zeit der Klagerhebung Mitglied des Vereins war, so sind die Kläger nicht als klageberechtigt zu erachten, weil dann nicht der durch die Gesamtheit der Mitglieder gebildete Verein als klagend anzusehen ist. Dagegen verlieren Vereinsmitglieder, die nach der Klagerhebung aus dem Verein austreten, dadurch nicht ihre Klageberechtigung. Nach §§ 54, 738 BGB. wachsen infolge ihres Ausscheidens ihre Anteile an den Vereinsrechten den übrigen Vereinsmitgliedern zu. Diese Übertragung ihrer Anteile kraft Gesetzes nach Eintritt der Rechtshängigkeit stellt sich als eine Veräußerung dar, die nach § 265 Abs. 2 keinen Einfluß auf den Prozeß hat.

3. HansGZ. **12** Beibl. 99 (Hamburg). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann der beklagten Partei nicht als Nebenintervenient beitreten und selbständig ein Rechtsmittel einlegen. Da es sich um einen Mangel der Parteifähigkeit handelt, ändert hieran auch der Umstand nichts, daß die Gegenpartei die Unzulässigkeit der Nebenintervention nicht rügt.

4. Stintzing, ACivPr. **109** 385. Wird die Rechtsfähigkeit eines in das Vereinsregister eingetragenen Vereins bestritten, so braucht der Richter nicht die Eintragung, die dem Vereine Besitz an der Rechtsfähigkeit verschafft, im Prozeß als richtig zu behandeln, sondern kann das Verfahren aussetzen, bis die Frage verwaltungsrechtlich entschieden ist.

5. Studentische Korps. **RG.** V. 3. 1. 12, **78** 134, JW. **12** 339. Studentische Korps sind nicht rechtsfähige Vereine und als solche passiv parteifähig.

6. Erlaubte Privatgesellschaften nach ALR. **RG.** VII. 13. 2. 12, R. **12** 246. Eine sog. erlaubte Privatgesellschaft im Sinne der §§ 1, 11 ff. II. 6 ALR. ist, gleich dem nicht rechtsfähigen Vereine des BGB. (§ 54), passiv parteifähig (**RG.** JW. **03** 2, **11** 53).

7. Mitgliedschaften des Schneiderverbandes. **RG.** VI. GruchotsBeitr. **56** 790, R. **12** Nr. 2130. Die einzelnen Mitgliedschaften des sozialdemokratischen Verbandes der Schneider sind nicht rechtsfähige Vereine und daher passiv parteifähig.

8. Mitgliedschaften des Verbandes der Bäcker. Gewerkschaftskartelle. **RG.** VI. WarnE. **12** 468. Die Mitgliedschaften (Zahlstellen) des Verbandes der Bäcker und Berufsgenossen Deutschlands und die Gewerkschaftskartelle (Kommissionen der am Orte bestehenden Zahlstellen der gewerkschaftlichen Zentralverbände und solcher Lokalvereine, für deren Beruf ein Zentralverband nicht besteht) sind nicht rechtsfähige Vereine und daher passiv parteifähig.

§ 51. Literatur: Wohlfarth, Die Vertretung der altpreußischen Landkreise im Prozesse, JW. 12 679—680.

1. *Förster-Kann I, 192 Note 6. Das Erfordernis einer besonderen Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters zur Prozeßführung und zwar zu einer solchen, die nicht nur im Innenverhältnisse zu der vertretenen Partei, sondern als von Amts wegen nachzuprüfende Prozeßvoraussetzung gegeben sein muß, ist im preußischen Rechte aufgestellt worden: für gewisse Prozesse der Landgemeinden nach § 97 RheinLandgemeindeO., ferner nach der LandgemeindeO. für Hessen-Nassau vom 4. August 1879 § 78 und nach der Hohenzollernschen GemeindeO. vom 2. Juni 1900 § 84. Desgleichen bedarf einer besonderen Ermächtigung das mit der Prozeßvertretung betraute Organ einer evangelischen Kirchengemeinde für Prozesse, welche nur mit Genehmigung des Konsistoriums geführt werden dürfen. Solche Genehmigung ist nur nach dem Rechte der neuen Provinzen vorgeschrieben und zwar in der Provinz Schleswig-Holstein und dem Konsistorialbezirke Cassel (MinErl. vom 28. Juni 1879 und vom 5. Juni 1887), ferner für die reformierte Kirche der Provinz Hannover (MinErl. vom 10. September 1885), endlich für die evangelisch-lutherische Gemeinde der Provinz Hannover, wenn ein Rechtsstreit, „liquide Schuldforderungen ausgenommen", begonnen oder verglichen werden soll (HannKirchenG. vom 14. Oktober 1848 § 19). Ferner ist im Bezirke des ALR. bei Prozessen sowohl evangelischer wie katholischer Kirchengemeinden von Amts wegen festzustellen, ob die etwa erforderliche Genehmigung des Patrons erteilt worden ist (§ 658 II. 11 ALR. in Verb. mit § 23 G. vom 10. September 1873) in den ehemals gemeinrechtlichen Teilen der Monarchie ist dagegen die Genehmigung des Patrons nicht nachzuprüfen.

2. Vertretung der evangelischen Landeskirche in Preußen. **RG.** III. **79** 1, R. **12** 131, JW. **12** 314. Die evangelische Landeskirche in Preußen wird in Rechtsstreitigkeiten über Ruhegehaltsansprüche der Geistlichen durch den evangelischen Oberkirchenrat vertreten, da diesem die Verwaltung und Vertretung des im Eigentume der Landeskirche stehenden Pensionsfonds der evangelischen Landeskirche zusteht.

3. Der Kreiskommunalverband. Wohlfarth, JW. **12** 679. In Preußen werden die Landkreise der sechs alten Provinzen im Prozesse durch den Kreisausschuß und dieser wieder durch den Landrat vertreten.

4. Schulverband. R. **12** 741 (KG.). Die Bezirksregierung ist auch nach dem VolksschulunterhaltungsG. vom 28. Juli 1906 nicht zur Vertretung des Schulverbandes berechtigt.

5. Vertretung des Reichsmilitärfiskus s. § 18 Nr. 3.

6. Vertretung des Fiskus in Eichungssachen s. § 18 Nr. 4.

§ 52. Literatur: Blanckmeister, Prozessuale Streitfragen, R. **12** 137 bis 145.

1. *Blanckmeister, R. **12** 137. Führt eine an sich prozeßunfähige Person, die für bestimmte Arten von Prozessen prozeßfähig ist, einen Prozeß solcher Art, so ist für die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters in diesem Prozesse kein Raum. Dessen Legitimation zur Prozeßführung ist vielmehr insoweit aufgehoben, als die beschränkte Prozeßfähigkeit des an sich Prozeßunfähigen reicht. Auch zur Einlegung eines Rechtsmittels ist der gesetzliche Vertreter nicht befugt.

2. **RG.** IV. 23. 5. 12, JW. **12** 872. Auch eine auf ein bestimmtes Gebiet beschränkte Geschäftsunfähigkeit infolge von Geisteskrankheit kann die Prozeßfähigkeit aufheben, wenn der Rechtsstreit gerade in den krankhaften Vorstellungen der Partei seine Grundlage hat (vgl. JW. **95** 378).

3. SächsRpflA. **12** 272 (Dresden). Die Prozeßfähigkeit eines Angehörigen der russischen Ostseeprovinzen ist nach deutschem Rechte zu beurteilen.

4. ElsLothJZ. 12 490 (Colmar). Französische Ehefrauen sind prozeßfähig, bedürfen aber unter Umständen der Ermächtigung des Ehemanns zur Prozeßführung auch in Deutschland.

§ 56. Literatur: Stintzing, Besitz, Gewere, Rechtsschein, AcivPr. **109** 347—435.

1. Prozeßvertretung der GmbH. SeuffBl. **12** 79 (München). Ein von der Generalversammlung einer GmbH. für einen bestimmten Rechtsstreit gewählter „Spezialbevollmächtigter" ist, wenn er nicht gleichzeitig zum Geschäftsführer bestellt ist, zur Vertretung der Gesellschaft nicht berechtigt. Die von ihm eingelegte Berufung ist auf seine Kosten als unzulässig zu verwerfen, da die Gesellschaft durch einen Unlegitimierten nicht verpflichtet werden kann.

2. Genehmigung der Prozeßführung einer prozeßunfähigen Person durch den gesetzlichen Vertreter. SeuffBl. **12** 295 (Dresden). Die Prozeßführung einer prozeßunfähigen Person wird dadurch wirksam, daß der dem Prozeßunfähigen bestellte Vertreter in das Verfahren eintritt und die bisherige Prozeßführung genehmigt. Die Genehmigung kann in jeder Lage des Verfahrens erfolgen.

3. Feststellung der Vertretungsbefugnis des Konkursverwalters. **RG.** IV. 11. 1. 12, R. **12** Nr. 2069. In einem gegen einen Konkursverwalter geführten Prozesse hat das Gericht, wenn in dieser Hinsicht Streit entsteht, klarzustellen, ob zur Zeit der Urteilsfällung die Vertretungsbefugnis des Konkursverwalters noch besteht. Ist das Urteil gegen den nicht mehr vertretungsberechtigten Konkursverwalter ergangen, so sind die zulässigen Rechtsmittel auch gegen den Konkursverwalter gegeben.

4. Eintreten eines Dritten für den nicht parteifähigen Beklagten vgl. § 274 Nr. III 1.

5. Abs. 2. Stintzing, AcivPr. **109** 381. Im Falle des § 56 Abs. 2 läßt sich von einer richterlichen Gewährung des Besitzes an der Prozeßfähigkeit sprechen.

§ 57. Literatur: v. Valta, Die Aufstellung eines Prozeßpflegers nach § 57 ZPO. BayRpflZ. **12** 43.

v. Valta, BayRpflZ. **12** 43. Die Vorschrift des § 57 ist dahin auszulegen, daß ein Prozeßpfleger für eine nicht prozeßfähige Partei bestellt werden kann, welche allgemein oder bürgerlich-rechtlich für einen einzelnen Fall ohne gesetzlichen Vertreter ist, also insbesondere bei rechtlicher Verhinderung des vorhandenen gesetzlichen Vertreters infolge Widerstreits eigener Privatrechte mit den Rechten der Partei. Das Ausscheiden des gesetzlichen Vertreters in diesem Sinne und damit das „Fehlen" eines gesetzlichen Vertreters ergibt das bürgerliche wie das Prozeßrecht.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§ 59. Der Streitgenosse als Zeuge. Vgl. § 373.

§ 61. 1. **RG.** II. 4. 6. 12, R. **12** Nr. 2290. Hat von mehreren verklagten Miterben nur einer die Klageforderung bestritten unter Geltendmachung einer bereits vom Erblasser erklärten Aufrechnung, haben die übrigen Miterben dagegen lediglich beantragt, ihnen die Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlaß vorzubehalten, so ist die Klage gleichwohl gegen alle Beklagte abzuweisen, wenn die Aufrechnung sich als begründet erweist. Es ist nicht angängig, daß in demselben Urteile die Schuld des Erblassers als schon von ihm getilgt und andererseits als von ihm nicht getilgt festgestellt wird.

2. OLG. **25** 79 (Celle). Soweit über die Kosten der Nebenintervention im Verhältnisse zum Gegner der Hauptpartei entschieden oder noch zu entscheiden ist, ist der Nebenintervenient stets Streitgenosse der Hauptpartei. Als solcher darf er

sich auf § 61 berufen und braucht eine von der Hauptpartei bewirkte Zustellung des Urteils nicht gegen sich gelten zu lassen.

§ 62. 1. Zum Begriffe der notwendigen Streitgenossenschaft. **a)** OLG. **25** 62, SeuffA. **67** 32 (München). Die im § 62 geforderte einheitliche Feststellung ist nur dann gegeben, wenn über das Rechtsverhältnis nach dessen Eigenart gegen den einen nicht anders als gegen den andern Beklagten entschieden werden kann, nicht aber schon dann, wenn die Streitgenossen den Klagansprüchen die nämliche rechtsvernichtende Einrede wie die das Recht zur Zahlungsweigerung begründende Wandelung entgegenhalten können und sonach eine andere als einheitliche Feststellung des Rechtsverhältnisses gegen die Streitgenossen wenigstens im Bereiche der Möglichkeit liegt. **b)** Ebenso **RG.** II JW. **12** 147, R. **12** Nr. 240; LeipzZ. **12** 222, SächsRpflA. **12** 127. Besteht auch nur die Möglichkeit, daß gegen die verschiedenen Beklagten verschiedene Entscheidungen ergehen, also keine einheitliche Feststellung stattfindet, so liegt eine notwendige Streitgenossenschaft nicht vor.

2. Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. OLG. **25** 62, SeuffA. **67** 32 (München). Die Gesellschafter haften gemäß § 128 HGB. persönlich als Gesamtschuldner neben der Gesellschaft. Durch ein Gesamtschuldverhältnis wird aber keine notwendige Streitgenossenschaft begründet (**RG. 64** 79).

3. **RG.** II. 29. 10. 12, R. **12** Nr. 3482. Einer Klage auf Rechnungslegung gegenüber besteht keine notwendige Streitgenossenschaft der Miterben nach französischem Rechte.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

Vorbemerkung: Das RG. hält daran fest, daß der Beitritt des Nebenintervenienten in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen kann (§ 66 Nr. 3).

§ 66. Literatur: Kleinfeller, Zwei Streitfragen zu § 146 KO., R. **12** 33—39.

1. Der Gemeinschuldner im Konkursfeststellungsprozesse. *Kleinfeller, R. **12** 38 ff. Der Gemeinschuldner kann im Feststellungsprozesse zwischen dem Konkursverwalter und einem anmeldenden Gläubiger als Nebeninter enient nur auftreten, wenn man den Konkursverwalter entweder als Vertreter der Gläubiger oder als Partei auffaßt, nicht wenn man ihn als Vertreter des Gemeinschuldners betrachtet. Das rechtliche Interesse läßt sich jedoch nicht darauf stützen, daß dem Gemeinschuldner die Einrede der Schiedsrichterklausel zusteht, denn § 66 setzt ein Interesse am Siege in der Hauptsache voraus.

2. Rechtliches Interesse. **a)** Begriff. **RG.** I. 8. 6. 12, R. **12** Nr. 3106, JW. **12** 873. Das rechtliche Interesse im Sinne dieser Bestimmung setzt voraus, daß der Nebenintervenient mit Bezug auf ein Rechtsverhältnis, worin er zu den Parteien oder zu dem Gegenstande des Rechtsstreits steht, durch eine unrichtige Entscheidung benachteiligt oder gefährdet wird (**RG. 23** 343). Das zwischen den Parteien ergehende Urteil muß auf seine Rechtslage einwirken. Braucht sich auch nicht die Rechtskraft des Urteils auf ihn zu erstrecken, so muß es doch eine sog. Reflexwirkung (Tatbestandswirkung) ausüben, vermöge deren es durch seinen Inhalt oder durch seine Vollziehung die Rechtsstellung des Intervenienten verändert (vgl. Hellwig, System d. deutschen Zivilprozeßrechts I § 90, Stein, Komm. z. ZPO. § 66 III, 4). **b)** Ist schon eine Streitverkündung genügend, um das rechtliche Interesse an einer Nebenintervention zu begründen? HansGZ. **12** Beibl. 135 (Hamburg). Die Frage wird unentschieden gelassen, weil der Nebenintervenient auch abgesehen davon ein rechtliches Interesse hatte. **c)** Nachträglicher Wegfall des

Interesses. OLG. 25 63 (Nürnberg). Fällt das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten im Laufe des Rechtsstreits weg, so bleibt doch sein Interesse daran bestehen, daß die Frage, wem die Kosten der einmal vollzogenen Nebenintervention zur Last fallen, zu seinen Gunsten entschieden wird. Insoweit bleibt daher die Nebenintervention jedenfalls zulässig. (Die Frage, welcher Zeitpunkt für die Zulässigkeit der Nebenintervention entscheidet und ob insbesondere in dem Falle, wenn der Dritte einmal mit Recht beigetreten ist, die Berechtigung überhaupt wieder erlöschen kann, wird unentschieden gelassen.)

3. Abs. 2. Form des Beitritts. Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels. **RG.** IV. 25. 1. 12, JW. **12** 397. Seit den AbänderungsG. vom 5. Juni 1905 und 1. Juni 1909 können der Beitritt des Nebenintervenienten und die Einlegung der Berufung oder der Revision nicht mehr in der Weise miteinander verbunden werden, daß sie durch einen völlig einheitlichen Vorgang erfolgen. Mit **RG.** VI. **76** 166 ist aber anzunehmen, daß es dem Sinne und Wortlaute des § 66 Abs. 2 genügt, wenn nunmehr die Verbindung in der Weise erfolgt, daß der den Beitritt des Nebenintervenienten und zugleich die Berufungs- oder Revisionseinlegung erklärende Schriftsatz beim Berufungs- oder Revisionsgericht eingereicht und dann beiden Parteien, also auch dem zu unterstützenden Teile, von Amts wegen zugestellt wird.

4. Streitwert für die Nebenintervention s. § 3 Nr. VI.

§ 67. 1. Zustellung des Urteils durch den Nebenintervenienten. **RG.** V. WarnE. **12** 422, R. **12** Nr. 2856. Die von dem Nebenintervenienten vorgenommene Zustellung des Berufungsurteils gilt als im Namen der Hauptpartei geschehen und eröffnet für alle Beteiligten die Revisionsfrist; denn der Nebenintervenient hat keine selbständige Parteistellung (vgl. **RG. 17** 409, **64** 70, GruchotsBeitr. **29** 1054).

2. PosMSchr. **12** 45 (Königsberg). Der Nebenintervenient darf auch in zweiter Instanz keine Behauptungen aufstellen, die mit den früheren Erklärungen der in zweiter Instanz nicht vertretenen Hauptpartei im Widerspruche stehen.

3. BadRpr. **12** 172 (Karlsruhe). Auf Antrag des Berufungsklägers kann gegen den nicht vertretenen Hauptbeklagten nicht Versäumnisurteil erlassen werden, wenn der Nebenintervenient der Berufung entgegentritt.

§ 68. Literatur: Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (Fischers Abh. Heft 25). München 1912.

1. *Heim 193 f. Die von § 68 statuierte Bindung des Richters ist im Grunde genommen der Rechtskraft wesensgleich, jedoch nicht allein hinsichtlich ihres möglichen Umfanges von ihr verschieden, sondern möglicherweise auch in Ansehung ihres Gegenstandes. Die Rechtskraft bezieht sich immer auf die festgestellte Rechtsbeziehung als solche, nicht auf präjudizielle Verhältnisse und festgestellte Tatsachen, während für den Nebenintervenienten gerade diese Punkte von Bedeutung sein können, wie das Beispiel des Verkäufers zeigt, der seinen Vorgänger in Anspruch nimmt, nachdem der Käufer einen Gewährleistungsanspruch wegen eines Sachmangels mit Erfolg gegen ihn geltend gemacht hat.

2. Nur die wesentlichen Urteilsgrundlagen des Vorprozesses binden den Nebenintervenienten. **RG.** V. JDR. **10** Nr. 1 jetzt auch GruchotsBeitr. **56** 339.

3. Vergleich. **RG.** VI. 24. 6. 12, JW. **12** 865. Auch ein Prozeßvergleich der Hauptpartei kann unter Umständen den Nebenintervenienten binden.

§ 71. 1. Abs. 2. **RG.** VII. 27. 9. 12, R. **12** Nr. 3384. Entscheidungen der OLG. über die Zulässigkeit der Nebenintervention sind gemäß § 567 Abs. 2 auch dann unanfechtbar, wenn sie in einem sonst revisiblen Endurteile getroffen sind.

2. Abs. 3. HansGZ. **12** Beibl. 99 (Hamburg). Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall der Unzulässigkeit der Nebenintervention wegen mangelnden Interesses, nicht auch auf sonstige Fälle der Unzulässigkeit, z. B. wegen mangelnder Parteifähigkeit.

§ 72. 1. Unzulässigkeit der Streitverkündung in fiskalischen Prozessen gegen einen anderen Zweig der Staatsverwaltung. **RG.** III. JW. **12** 640, GruchotsBeitr. **56** 967, LeipzZ. **12** 456, BayRpflZ. **12** 254, WarnE. **12** 294, R. **12** Nr. 1325, 1508. Die Streitverkündung kann nur an einen Dritten, nicht an eine der Prozeßparteien erfolgen. Hiervon ist auch bei Rechtsstreitigkeiten gegen den Fiskus keine Ausnahme zu machen, wenn die Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits gegen den zunächst in Anspruch genommenen Zweig der Staatsverwaltung einen Anspruch gegen einen anderen Verwaltungszweig glaubt erheben zu können. Den einzelnen Zweigen der Staatsverwaltung kann, auch soweit sie selbständige fiskalische Kassen bilden, prozeßrechtlich eine gesonderte Rechtspersönlichkeit nicht zuerkannt werden.

2. Streitverkündung in Schadensersatzansprüchen. **RG.** VI. LeipzZ. **12** 546, WarnE. **12** 312, GruchotsBeitr. **56** 1047, JW. **12** 469. Unter § 72 fallen auch Schadensersatzansprüche, mittels deren die den Streit verkündende Partei wegen desselben Schadens aus unerlaubter Handlung, auf dessen Ersatz sie zunächst einen andern in Anspruch genommen hat, im Falle des Unterliegens diesem gegenüber den Streitverkündungsgegner aus einem selbständigen Rechtsgrunde haftbar machen will.

§ 74. Abs. 3. Rechtskraftwirkungen der Streitverkündung. 1. **RG.** VI. **79** 81, WarnE. **12** 312, GruchotsBeitr. **56** 1047, JW. **12** 469. Das im Hauptprozeß entschiedene Rechtsverhältnis kann in dem späteren Prozesse zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten nicht mehr in Frage gestellt werden; die Entscheidung des Vorprozesses übt auch für ihr Verhältnis Rechtskraft aus und bindet den Richter. Für die Bemessung der Tragweite der Rechtskraft sind, wie für diejenige des § 322, Tatbestand und Entscheidungsgründe des Urteils heranzuziehen.

2. **RG.** VI. **79** 81, WarnE. **12** 312, GruchotsBeitr. **56** 1047, JW. **12** 469. Die Rechtskraftwirkungen der Streitverkündung treten auch dann ein, wenn der Dritte nicht dem Streitverkünder, sondern dessen Gegner beitritt.

3. R. **12** Nr. 1204 (Stuttgart). Die im § 74 Abs. 3 verb. mit § 60 vorgesehene Wirkung tritt nicht zum Nachteile des Streitverkünders ein.

§ 75. **RG.** VII. 18. 1. 12, R. **12** Nr. 1046. Die Zusprechung des hinterlegten Betrags kann auch in der Form der Verurteilung des Gegners zur Einwilligung in die Auszahlung erfolgen.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 78. 1. DJZ. **12** 577 (KG.). Die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs unterliegt dem Anwaltszwange, gleichviel, ob das LG. in erster oder in der Berufungsinstanz mit dem Prozesse befaßt ist. Die Beschwerde gegen die Versagung der Beiordnung eines Anwalts ist dagegen trotz des Wortlauts in §§ 569 Abs. 2, 78 nicht dem Anwaltszwang unterworfen.

2. Erinnerung. PosMSchr. **12** 80 (Posen). Die Erinnerung kann auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden und unterliegt deshalb nicht dem Anwaltszwange.

3. HessRspr. **12** 215 (Darmstadt). Der Antrag auf Festsetzung des Wertes eines Streitgegenstandes unterliegt dem Anwaltszwange des § 78.

§ 80. 1. **RG.** III. WarnE. **12** 151. Das Erfordernis der Schriftlichkeit der Vollmacht ist nur für den Nachweis der Bevollmächtigung gegenüber dem Gericht oder dem Gegner aufgestellt, gilt aber nicht im Verhältnisse des Bevollmächtigten zu

seiner Partei. — Ein vorgedrucktes, mit den Namen der Prozeßparteien nicht ausgefülltes, von dem Vollmachtgeber unterschriebenes Vollmachtsformular stellt keine Vollmacht im Sinne des § 80 dar.

2. Abs. 2. **RG.** IV. 30. 10. 12, PosMSchr. **12** 126. Der Prozeßbevollmächtigte der klagenden Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins muß eine beglaubigte Vollmacht aller einzelnen Mitglieder beibringen. Die Beglaubigung der Bevollmächtigung durch den Vereinsvorstand unter Hinweis auf dessen satzungsmäßige Befugnisse genügt nicht.

§ 81. Literatur: Aron, Haftet der Prozeßbevollmächtigte dem von ihm bestellten auswärtigen Vertreter für dessen Gebühren und Auslagen? JW. **12** 728—730. — Meyerowitz, Dasselbe (Schiedsspruch des Vorstandes der Anwaltskammer zu Stettin vom 27. Oktober 1906), JW. **12** 730. — Kiefe, Haftet der substituierende Anwalt für die Kosten des Substituierten? JW. **12** 1094—1097. — Schultzenstein, Zur Berichtigung von Anführungen, BuschsZ. **42** 346—370.

1. Ungenannt, WürttZ. **12** 264—266. Die Prozeßvollmacht ermächtigt nicht zur „Anrufung der weiblichen Freiheiten" (Erklärung einer Ehefrau nach württ. Landrecht, das bestehende eheliche Güterrecht zu beendigen).

2. **RG.** V. 1. 7. 12, R. **12** Nr. 3107. Das Anerkenntnis zählt ebenso wie der Vergleich nicht zu den „Prozeßhandlungen" im eigentlichen Sinne (**RG. 19** 364, **44** 343).

3. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 363. Zu den Prozeßhandlungen gehört auch die Berichtigung von Anführungen.

4. Haftet der substituierende Anwalt für die Kosten des Substituten? **a**) SchlHolstAnz. **12** 159 (LG. Kiel). Der von einem Rechtsanwalte für dieselbe Instanz bestellte Vertreter hat Anspruch auf Gebühren und Auslagen unmittelbar gegen den beauftragenden Rechtsanwalt. **b**) Dagegen Aron, JW. **12** 728 ff. Der Anspruch des Substituten auf Ersatz der Gebühren und Auslagen ist rein materiell-rechtlich. Er gründet sich auf den Werkvertrag, der durch die Substituierung zustande gekommen ist, und die Frage, welche Personen dieser Werkvertrag in obligatorische Beziehungen bringt, ist aus § 164 BGB. zu beurteilen. Da die Bestellung eines Vertreters durch den Prozeßbevollmächtigten eine Prozeßhandlung ist und der Prozeßbevollmächtigte grundsätzlich und regelmäßig alle Prozeßhandlungen, die er auf Grund seiner Vollmacht im Rahmen des § 81 vornimmt, nicht in eigenem Namen, sondern im Namen der von ihm vertretenen Partei vornimmt, so ist der von dem Prozeßbevollmächtigten dem Substituten erteilte Auftrag, mag er nun dahin lauten, die Partei zu vertreten oder ihn — den Prozeßbevollmächtigten — für die Partei zu vertreten oder für ihn in dem und dem Termin aufzutreten, im Namen der prozeßführenden Partei erfolgt. Dieser Wille tritt auch dem Substituten gegenüber, dem präsumtiv § 81 bekannt ist, erkennbar hervor. Der durch die Bestellung eines Substituten geschlossene Werkvertrag ist also in jedem Falle zwischen dem Substituten und der prozeßführenden Partei zustandegekommen, und nur diese kann daher der Substitut wegen seiner Gebühren und Auslagen in Anspruch nehmen. **c**) Hierzu Meyerowitz, JW. **12** 730. Entscheidend ist, für wen der Prozeßbevollmächtigte den zwischen ihm und dem Vertreter zustandegekommenen Vertrag geschlossen hat. Lassen die Umstände (z. B. bei Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins) keinen Zweifel darüber, daß der Auftrag im Namen der Prozeßpartei erteilt werden sollte, so wird durch den Vertrag auch nur diese berechtigt und verpflichtet, wenngleich der Auftrag nicht ausdrücklich namens der Prozeßpartei erteilt ist. **d**) *Kiefe, JW. **12** 1094 ff. Nach § 81 ZPO. ist der Prozeßbevollmächtigte befugt, einen Vertreter für sich ebenso wie für seine Partei zubestellen. Die Frage, ob der bestellte Vertreter als Vertreter des Anwalts oder als Vertreter der Partei anzusehen ist, richtet sich danach, ob er

für Aufgaben bestellt ist, deren persönliche Erfüllung dem bestellenden Anwalt oblag oder nicht. In den Fällen der Bestellung zur Wahrnehmung auswärtiger Beweisaufnahme- oder Verhandlungstermine (eigentl. Substitution) ist der Substitut als Vertreter der Partei, nicht des Substituenten anzusehen. Die Partei und nicht der Substituent haftet demnach auch für die Kosten. **e)** NaumburgAK. **12** 95 (LG. Halle). Die Partei selbst, nicht der Prozeßbevollmächtigte haftet für die Kosten des substituierten Vertreters. **f)** Über Substitutionsverhältnis vgl. § 611 BGB.

§ 83. Abs. 2. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 363. Innerhalb des Rahmens des Abs. 2 kann die Befugnis zur Berichtigung von Anführungen ausgeschlossen werden.

§ 85. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 357—360. Mit den tatsächlichen Erklärungen ist nichts anderes gemeint, als was im § 268 Nr. 1 unter den tatsächlichen Anführungen verstanden ist. Anerkennungen, Verzichte, Eideserklärungen und Vergleiche gehören dazu nicht. Nicht bloß die Partei kann den Bevollmächtigten berichtigen, sondern auch die Berichtigung von tatsächlichen Anführungen des Vollmachtgebers durch den Bevollmächtigten ist zulässig.

§ 89. Abs. 1. **RG.** IV. 30. 10. 12, PosMSchr. **12** 126. Einem nicht gehörig legitimierten Prozeßbevollmächtigten der Klagepartei gegenüber darf weder zu irgendeinem Teile über die Sache selbst noch über eine prozeßhindernde Einrede eine Entscheidung ergehen.

§ 90. Abs. 2. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 360, 361. Das Vorgetragene umfaßt mehr als tatsächliche Anführungen jeder Art und jedenfalls auch die rechtlichen Anführungen. Für die Berichtigung gilt dasselbe wie für die im § 85 Satz 2.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

§ 91. Literatur: Hoerle, Die Kostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache, R. **12** 471—481. — Laubhardt, Erstattung von Reisekosten für an demselben Tage ausgeführte Geschäfte eines auswärtigen Rechtsanwalts und Notars, JW. **12** 116—118.

I. Erstreckt sich die Beschränkung der Erbenhaftung auch auf Prozeßkosten? **a)** BadRpr. **12** 14 (Karlsruhe). Die Frage ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen, weil die Kostenbestimmung des § 91 ein Zurückgreifen auf Grundsätze des Privatrechts ausschließt und weil die Kostenpflicht des Erben nicht als Nachlaßverbindlichkeit anzusehen ist. **b)** Ebenso BadRpr. **12** 61 (Karlsruhe) und **c)** BadRpr. **12** 85 (Karlsruhe). **d)** Wie **RG.** II. JDR. **10** Nr. I a jetzt auch **RG.** V. BayRpflZ. **12** 75.

II. Die Entscheidung über die Kosten hat ausschließlich nach den prozessualen Bestimmungen der §§ 91 ff., nicht auch nach materiell-rechtlichen Grundsätzen zu erfolgen. 1. OLG. **25** 215 (KG.). Die §§ 91 ff. regeln die Kostenfrage erschöpfend und ausschließlich. Die Frage, ob der Beklagte sich in Höhe der Prozeßkosten dadurch nach §§ 823 ff. BGB. ersatzpflichtig gemacht hat, daß er den Kläger schuldhaft zu einer verfehlten Klage verleitet hat, kann nach dem geltenden Rechte nur im besonderen Prozeß entschieden werden. Das Verlangen der Partei nach dem Spruche des Gerichts über die Prozeßkosten bildet keinen mit verschiedenen Begründungen denkbaren Teil des Klaganspruchs, sondern stellt lediglich einen überflüssigen Teil im Parteiantrage dar, da das Gericht über die Kostenpflicht auch ohne Antrag zu erkennen hat. Die Kostenentscheidung begründet neben dem Anspruche der obsiegenden Partei auf Kostenerstattung auch den Anspruch des Staates auf Bezahlung der Gerichtskosten durch die unterlegene Partei. Dieser Anspruch des Staates kann nicht auf eine angeblich von dem Unterlegenen gegen den Obsiegenden begangene unerlaubte Handlung, sondern nur auf ein Prozeßgesetz gestützt werden.

2. SeuffA. **67** 203 (Dresden). Im Falle des § 91 kommt nicht in Frage, ob die unterliegende Partei unrecht hat; maßgebend ist allein die Tatsache des wirklichen Unterliegens. Dies gilt auch, wenn im Falle eines Wahlrechts des Klägers zwischen zwei Ansprüchen (Wandelung und Minderung) infolge Änderung der getroffenen Wahl der Klaganspruch wegfällt. Wenn der Kläger kraft eigener Entschließung und nicht infolge einer als Unterwerfung unter die Klage anzusehenden Handlung des Beklagten von der Klage absteht und demgemäß zur Hauptsache unterliegt, so muß er kraft Gesetzes auch die Kosten tragen.

3. SeuffA. **67** 203 (Dresden). Der Kostenanspruch muß in dem Prozeß, in dem die Kosten erwachsen, ausschließlich nach Maßgabe der Vorschriften der Prozeßordnung entschieden werden. Die Geltendmachung des Kostenanspruchs in diesem Prozeß als Anspruchs auf Schadensersatz auf Grund von Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ist unzulässig; denn die Kostenpflicht, der Erstattungsanspruch, entsteht erst mit Erlassung des Urteils, kann also nicht auf dem Wege des § 268 in den Prozeß eingeführt werden, auch nicht als Feststellungsklage, weil das Feststellungsinteresse des § 256 fehlt.

4. RheinARV. **30** 6 (AG. und LG. Cöln). Die prozessuale Vorschrift des § 91 wird durch die materiell-rechtliche Bestimmung des § 840 Abs. 2, wonach der Drittschuldner dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner Auskunftspflicht entstehenden Schaden haftet, nicht berührt. Kommt der Drittschuldner seiner Auskunftspflicht erst im Laufe des gegen ihn angestrengten Rechtsstreits nach und sieht sich auf Grund dieser Auskunft der Gläubiger gezwungen, den Klaganspruch fallen zu lassen, so fallen die Prozeßkosten daher ohne weiteres dem Gläubiger zur Last.

5. ElsLothJZ. **12** 348 (Colmar). Wenn der Antrag, den Gegner zu den Prozeßkosten zu verurteilen, ursprünglich auf § 91, später aber auf eine vertragliche Abmachung in einem außergerichtlichen Vergleiche gestützt wird, so liegt hierin eine Klageänderung.

III. Erledigung der Hauptsache. 1. Erledigung der Hauptsache vor Zustellung der Klage. WürttRpflZ. **5** 24 (Stuttgart). Mit der herrschenden Meinung ist gegen OLG. Stuttgart JDR. **9** Nr. II 3 b, JDR. **10** Nr. III 2 anzunehmen, daß es in diesem Falle an einem Rechtsstreit in der Hauptsache und an einem Rechtsgrunde für die Erstattung von Prozeßkosten als solchen fehlt und demgemäß der Kläger kostenpflichtig ist. Mit der Abweisung des Anspruchs auf Erstattung der Prozeßkosten als solcher ist über einen auf Erstattung dieser Kosten gerichteten Schadensersatzanspruch nicht rechtskräftig entschieden.

2. Hoerle, R. **12** 474 ff. Hat sich der Rechtsstreit vor der Klagerhebung in der Hauptsache erledigt, so fehlt die prozessuale Grundlage zu einer Kostenentscheidung und Prozeßkosten als solche können weder zur Hauptsache werden, noch den Gegenstand eines besonderen Rechtsstreits bilden. Der Kläger kann den Ersatz der ihm durch die Verfolgung seines Rechtes erwachsenen Kosten vom Schuldner nur insoweit verlangen, als dieser sie durch eine Handlung verursacht hat, die nach zivilrechtlichen Grundsätzen die Ersatzpflicht begründet. Er braucht die Klage aber nicht zurückzuziehen und sich in einen besonderen neuen Prozeß drängen zu lassen, kann vielmehr auf Entscheidung über den Kostenpunkt in demselben Prozesse nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten bestehen. Soweit hierin eine Klagänderung liegt, ist sie mangels Erschwerung der Verteidigung des Beklagten zuzulassen. Es empfiehlt sich aber, für alle Fälle schon in der Klageschrift zum Ausdrucke zu bringen, daß die Erstattung der Kosten nicht nur nach den prozeßrechtlichen, sondern auf Grund der klagebegründenden Tatsachen für den Fall der Erledigung der Hauptsache vor der Klagerhebung auch nach den materiell-rechtlichen Vorschriften beansprucht wird.

3. Erledigung der Hauptsache nach Klagezustellung. **a)** Es kommt in jedem Falle, auch bei zufälliger Erledigung, darauf an, zu wessen Gunsten im Falle des Nicht-

eintritts des erledigenden Ereignisses entschieden worden wäre. α. Hoerle, R. 12 471 ff. Bei Erledigung der Hauptsache nach Klagerhebung hat der Richter festzustellen, zu wessen Gunsten entschieden worden sein würde, wenn eine Entscheidung zur Hauptsache ergangen wäre. Maßgebend ist der tatsächliche und rechtliche Stand zur Zeit des die Hauptsache erledigenden Ereignisses, wie er auf Grund der Beweisaufnahme und der letzten mündlichen Verhandlung festgestellt wird. Die auch in der Rechtsprechung vertretenen Ansichten, daß der Zeitpunkt der Klagerhebung oder der Zeitpunkt der Urteilsfällung maßgebend ist, sind unhaltbar. Im übrigen macht es keinen Unterschied, ob die Hauptsache sich durch Erfüllung von seiten des Beklagten oder durch einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand (willkürlichen Entschluß oder arglistiges oder fahrlässiges Verhalten) oder durch ein von dem Willen der Parteien unabhängiges, außerhalb des Rechtsstreits liegendes Ereignis erledigt hat. — Dagegen hat der Kläger die Prozeßkosten zu tragen, wenn die Erledigung der Hauptsache lediglich auf seinem eigenen Entschlusse beruht oder wenn er selbst die Unmöglichkeit der mit der Klage beanspruchten Leistung zu vertreten hat (§ 275 BGB.). β. **RG.** V. 16. 5. 12, R. **12** Nr. 2074. Bei Erledigung der Hauptsache infolge Einstellung des störenden Betriebs durch den Beklagten ist für die Kostenpflicht sachlich zu prüfen, ob der Anspruch bis zu dem erledigenden Ereignisse begründet war. γ. Ebenso **RG.** V. 12. 6. 12, R. **12** Nr. 2865. Es muß geprüft werden, zu wessen Ungunsten entschieden sein würde, wenn das den Klaganspruch erledigende Ereignis nicht eingetreten wäre (**RG. 57** 385, **58** 416). δ. OLG. **25** 65, HansGZ. **12** Beibl. 159 (Hamburg). Die durch das gegen eine einstweilige Verfügung gerichtete Widerspruchsverfahren entstandenen Kosten hat, wenn die Hauptsache (der Widerspruch) für erledigt erklärt ist, derjenige zu tragen, zu dessen Ungunsten in der Hauptsache hätte entschieden werden müssen. **b**) Dagegen: Kostenpflichtig derjenige, der das Verfahren nicht mehr durchführen kann. HessRspr. **13** 69 (LG. Darmstadt). Wer auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gegen den Drittschuldner klagt, hat die Prozeßkosten zu tragen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß aufgehoben wird, auch wenn er darauf alsbald erklärt, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt. **c**) OLG. **25** 65 (München). Eine sachliche Klaglosstellung vor Erledigung der Vorbeschwerde nach Art. 2 BayAGZPO. macht den Fiskus nicht kostenpflichtig. Denn mangels dieser Erledigung wäre die Klage ohne Rücksicht auf ihre sachliche Berechtigung von Amts wegen abzuweisen gewesen (§ 274).

4. Erledigung der Hauptsache durch Zahlung ohne Anerkennung der Schuld. RheinA. **109** 325 (Düsseldorf). Wenn sich durch Zahlung des eingeklagten Betrags, die nicht in Anerkennung des Klaganspruchs erfolgt ist, der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so ist zur Kostenfrage zu prüfen, welche Partei im Rechte war.

5. Fortsetzung des Rechtsstreits in der Hauptsache trotz Erledigung. **a**) **RG.** V. 12. 6. 12, R. **12** Nr. 2866. Beantragt der Kläger als Berufungsbeklagter trotz Sacherledigung Zurückweisung der Berufung neben einem Hilfsantrag auf bloße Kostenentscheidung, so kann nicht schlechthin auf Klagabweisung unter Belastung des Klägers mit sämtlichen Kosten des Rechtsstreits erkannt werden. Die Stellung des unbegründeten Hauptantrags kann vielmehr nur zur Folge haben, daß der Kläger als mit diesem Antrag unterliegender Teil gemäß § 91 von vornherein die durch den Antrag in der Berufungsinstanz entstandenen Mehrkosten zu tragen hat, während im übrigen die Entscheidung über den Kostenpunkt nach den Grundsätzen, die bei nachträglicher Erledigung der Hauptsache gelten, zu treffen ist (**RG. 57** 385, **58** 416, JW. **00** 857, **01** 187).

6. Erledigung der Hauptsache oder Klagerücknahme? S. § 271.

IV. Kostenentscheidung bei mehreren teils unterliegenden, teils obsiegenden Streitgenossen s. § 100.

V. Kosten einer einstweiligen Verfügung. SächsOLG. 33 340 (Dresden). Über die Kosten einer einstweiligen Verfügung kann im Hauptprozesse nicht entschieden werden, wenn gegen die einstweilige Verfügung Widerspruch erhoben worden ist, es sei denn, daß sich der Widerspruch ohne Entscheidung über die Kosten (durch Rücknahme u. ä.) endgültig erledigt hat.

VI. Kosten der Beschwerde des Rechtsanwalts nach § 12 RAGebO. OLG. 25 47 (München). Für die Beschwerde des obsiegenden Anwalts fehlt es an einem Prozeßgegner und damit an einem ersatzpflichtigen Rechtssubjekte mit der Folge, daß, soweit hierauf besondere Kosten erwachsen, sie auf den Antragsteller zurückfallen.

VII. Umfang des Erstattungsanspruchs. 1. Grundsätzliches. OLG. 52 65 (Hamburg). Wenn § 91 von der Pflicht spricht, die Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, so schränkt er die vorher festgesetzte Pflicht zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits nicht grundsätzlich ein, sondern regelt nur ihren Umfang näher. Er besagt mithin nicht, daß die Kostenpflicht an sich nicht bestehe, soweit die Erhebung der Klage selbst oder des Widerspruchs gegen eine einstweilige Verfügung und dergleichen sich nicht als zweckentsprechende Rechtsverfolgung oder Verteidigung darstelle.

2. Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts. a) Bay. RpflZ. 12 339 (LG. Aschaffenburg). Der Umstand, daß ein Rechtsanwalt am gleichen Tage vor demselben auswärtigen Gerichte mehrere Sachen wahrzunehmen hat, rechtfertigt auch nicht die Erstattungsfähigkeit eines Teiles der Reisekosten in einer Sache, wenn in dieser die Reise zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig war. **b)** Laubhardt, JW. 12 116 f. Der zur Tragung der Prozeßkosten verurteilte Gegner der Partei, die dem auswärtigen Anwalte die vollen Reisekosten vergütet hat, ist unter der Voraussetzung des § 91 Abs. 2 Satz 1 zu deren Erstattung in voller Höhe, nicht nur zu dem Anteile verpflichtet, der sich nach der Zahl der an demselben Sitzungstage von dem Anwalte vertretenen Parteien ergibt. **c)** Reisekosten eines auswärtigen Anwalts, wenn am Sitze des Prozeßgerichts nur ein Anwalt ansässig ist und beide Parteien durch auswärtige Anwälte vertreten sind. OLG. 25 69 (Naumburg). Die nur vom Kläger eingelegte Beschwerde gegen die Absetzung der Reisekosten beider Anwälte war zurückzuweisen, da für ihn nichts im Wege stand, sich des beim AG. zugelassenen Anwalts zu bedienen. **d)** PosMSchr. 12 105 (Posen). Reisekosten eines auswärtigen Anwalts sind nur dann erstattungsfähig, wenn nicht bloß die Zuziehung gerade des auswärtigen Anwalts, sondern auch die Zuziehung eines Anwalts überhaupt notwendig war. Liegt die Notwendigkeit einer Vertretung überhaupt vor, so muß auch die Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts als notwendig angesehen werden, ohne daß der Partei zugemutet werden darf, sich eines am Gerichtssitze wohnenden Prozeßagenten zu bedienen, und zwar auch nicht nur zur Wahrnehmung der Verhandlungstermine. Erstattungsfähig sind aber nur die Reisekosten des dem Gericht am nächsten wohnenden auswärtigen Anwalts.

3. Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine durch den am Sitze des Prozeßgerichts ansässigen Prozeßbevollmächtigten. OLG. 25 69 (Colmar). Grundsätzlich ist der Prozeßbevollmächtigte selbst zur Vertretung seiner Partei bei jeder Prozeßhandlung berufen. Nur soweit ihn besondere Gründe zur Substitution verpflichten, soweit namentlich die durch die Reise entstehenden Mehrkosten in einem Mißverhältnisse zur Wichtig-

keit der Sache stehen, sind sie als nicht zweckentsprechend gemäß § 91 Abs. 1 zu streichen. Bei der großen Wichtigkeit eines Ehescheidungsprozesses kann die Verausgabung von nur 8,86 M., die sich durch Substitution hätten ersparen lassen, nicht beanstandet werden.

4. Substitution bei einem Beweisaufnahmetermin im Auslande. OLG. **25** 71, R. **12** Nr. 1509 (Braunschweig). Bedient sich die obsiegende Partei mehrerer Anwälte neben einander, so tut sie das auf eigene Gefahr und Kosten. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn der Prozeßbevollmächtigte der obsiegenden Partei an der Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins (im Auslande) durch Krankheit verhindert war und sich in diesem Termine durch einen anderen Anwalt am Sitze des Prozeßgerichts hat vertreten lassen. Lag es im Interesse der obsiegenden Partei, statt eine Hinausschiebung des Termins zu erwirken, eine Substitution eintreten zu lassen, so können die dadurch entstandenen besonderen Kosten (§ 45 RAGebO.) dem Gegner nicht zur Last gelegt werden.

5. Korrespondenzgebühr. ThürBl. **59** 25 (Jena). Die Korrespondenzgebühr des Anwalts der ersten Instanz ist grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Sie wird es auch nicht dadurch, daß der erstinstanzliche Anwalt die Unterweisung auf Grund seiner eigenen Bitte vermittelt hat. (Mit eingehender Begründung.)

6. Erstattung von Anwaltsgebühren für Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen. KGBl. **12** 90 (KG.). Die Erstattungsfähigkeit hängt, sofern die dahingehende Tätigkeit des Anwalts nicht nach den Umständen des einzelnen Falles überhaupt als durch die Prozeßgebühr abgegolten zu erachten ist, davon ab, ob die Inanspruchnahme des Anwalts zum Entwurfe der eidesstattlichen Versicherung für den Mandanten notwendig war, d. h. ob die Persönlichkeit und der Bildungsgrad der Aussteller mit Rücksicht auf eine etwa vorhandene Schwierigkeit in der Darstellung tatsächlicher oder rechtlicher Verhältnisse oder auf die Unmöglichkeit in der mündlichen Verhandlung zu erscheinen, die Tätigkeit eines Anwalts erforderte. (Verneint im vorliegenden Falle, wo die Aussteller Kaufleute waren und die Versicherungen die Darstellung eines einfachen Tatbestandes zum Gegenstande hatten.)

7. Anwaltsbefragung in Erwartung eines Rechtsstreits. OLG. **25** 67 β (Hamburg). Kosten, die durch die Inanspruchnahme heimischer (englischer) Anwälte einer Partei vor Beginn des vom Gegner angestrengten Rechtsstreits zum Zwecke der tatsächlichen und rechtlichen Klärung der Sachlage, der juristischen Beratung über die zu unternehmenden Schritte und der Einleitung und Führung von Verhandlungen mit dem Gegner entstanden sind, sind nicht Kosten des Rechtsstreits. Die Beschaffung sachkundigen Rates mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines Rechtsstreits ist noch keine zweckentsprechende Rechtsverteidigung anläßlich dieses Rechtsstreits (vgl. **RG. 91** 4).

8. Wechsel der Anwälte infolge grundloser Kündigung des Mandats durch den zunächst bestellten Prozeßbevollmächtigten. a) OLG. **25** 71 (Cöln). Die Mehrkosten sind infolge der Mandatsniederlegung notwendig gewesen und daher erstattungsfähig. Die Frage, ob die Partei berechtigt ist, die durch die Mandatsniederlegung entstehenden Kosten von dem Prozeßbevollmächtigten zu fordern, kann nicht im Kostenfestsetzungsverfahren, sondern nur im Wege einer besonderen Klage gegen den Prozeßbevollmächtigten entschieden werden. Sie hat daher auf die Erstattungspflicht keinen Einfluß. Um jedoch der erstattungspflichtigen Partei die Geltendmachung der Ansprüche aus der angeblich unberechtigten Kündigung zu ermöglichen, ist die obsiegende Partei für verpflichtet zu erklären, ihre Ansprüche bis zur Höhe der Mehrkosten an jene abzutreten. b) OLG. **25** 71 (Dresden). Die obsiegende Partei kann von der unterlegenen Ersatz der Mehrkosten jedenfalls nur gegen Abtretung ihres Anspruchs an

den Anwalt verlangen. Die Möglichkeit dieser Abtretung und damit die Ersatzpflicht entfällt, wenn die obsiegende Partei dem Anwalte gegenüber auf ihre Ansprüche verzichtet hat.

9. Wechsel der Anwälte im Mahnverfahren. a) Für die Erstattungsfähigkeit der Mehrkosten. α. HessRspr. 12 291 (Darmstadt). Der Kläger durfte nach Lage der Sache annehmen, daß auf einen Zahlungsbefehl kein Widerspruch erhoben werden würde und daß deshalb das Mahnverfahren der richtige, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Weg sei. Daß die Sache in das ordentliche landgerichtliche Prozeßverfahren übergeleitet werden mußte, ist lediglich auf die Schuld des Beklagten zurückzuführen, der, wie aus dem demnächst ergangenen Versäumnisurteil erhellt, einen durchaus unbegründeten Widerspruch erhoben hatte, offenbar nur zu dem Zwecke, sich dadurch eine weitere Zahlungsfrist zu verschaffen. β. BreslauAK. 12 8 (LG. Glogau). § 38 RAGebO. verlangt die Anrechnung der Mahngebühr auf die Prozeßgebühr nur für den Regelfall, daß ein Anwalt in beiden Prozeßabschnitten tätig ist oder daß nur die Kosten eines Anwalts ersetzt verlangt werden können. Hier ist aber der Ausnahmefall der Notwendigkeit des Wechsels der Anwälte im Prozesse gegeben. Die Notwendigkeit dieses Wechsels ergibt sich aus dem Umstande, daß der im Mahnverfahren bei dem AG. tätige Anwalt nicht zugleich bei dem Prozeßgerichte zugelassen ist. Dem Kläger kann nicht zugemutet werden, daß er wegen der Möglichkeit eines Widerspruchs des Mahnschuldners bereits bei dem Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls sich an einen solchen Anwalt hätte wenden sollen, der bei dem für die Entscheidung des Rechtsstreits an sich zuständigen LG. zugelassen war. Der Kläger konnte vielmehr damit rechnen, daß der Rechtsstreit selbst nach Erhebung des Widerspruchs bei dem AG. dadurch rechtshängig bleiben würde, daß der Beklagte dem schlüssigen und fälligen Klageanspruch in der mündlichen Verhandlung nicht mehr widersprechen würde (§§ 696 Abs. 1, 697 Abs. 1). γ. **R. 12** Nr. 1047 (Dresden). Beim Wechsel der Anwälte im Mahnverfahren sind die Kosten beider Anwälte zu erstatten, wenn der Beklagte lediglich Widerspruch erhoben hat, um Zeit zu gewinnen, der Kläger aber damit nicht rechnen konnte. **b)** Gegen die Erstattungsfähigkeit. α. MecklZ. **31** 68 (Rostock). Der Kläger mußte von vornherein damit rechnen, daß Widerspruch erhoben und dann der Rechtsstreit vor dem LG. würde verhandelt werden. Mit Rücksicht hierauf hätte er schon mit der Erwirkung des Zahlungsbefehls einen Landgerichtsanwalt beauftragen sollen. β. OLG. **25** 70, R. **12** Nr. 1926 (Colmar). Die durch einen Anwaltswechsel auf seiten des Beklagten entstandenen Mehrkosten sind dann nicht erstattungsfähig, wenn nicht der Kläger sondern der Beklagte in der Verhandlung vor dem AG. die Verweisung an das LG. beantragt hat, nachdem der Kläger bereits zur Hauptsache verhandelt hatte. Der Anwaltswechsel war in diesem Falle nicht notwendig, da das AG. auch nach Erhebung des Widerspruchs zuständig geblieben war (§§ 696, 697). Wollte gleichwohl der Beklagte die Verweisung, so hätte er sie gemäß § 697 Abs. 2 schon bei Erhebung des Widerspruchs beantragen und dadurch eine Verhandlung vor dem AG. vermeiden können. γ) MecklZ. **12** 70 (Rostock). Kosten, die im Mahnverfahren durch eine mündliche Verhandlung über den Antrag auf Verweisung an das LG. (§ 697 Abs. 1) entstehen, sind nicht erstattungsfähig. Der Verweisungsantrag wird zweckmäßig bereits in dem Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt (§ 697 Abs. 2).

10. Umfang der Erstattungspflicht bei einer Vertretung durch Rechtskonsulenten (Rechtsagenten). BadRpr. **12** 8 (LG. Konstanz). Die Erstattungsfähigkeit ist gemäß § 91 nach freiem Ermessen zu beurteilen. Es geht nicht an, bestimmte Gebühren oder Pauschsätze — etwa die Hälfte der Anwaltsgebühren oder die Pauschsätze des § 76 RAGebO. —

für alle Fälle als die notwendigen Kosten zu bezeichnen. Vielmehr ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob die geforderten Kosten der Mühewaltung und den Auslagen des Rechtskonsulenten entsprechen.

11. Kosten der Wahrnehmung von Terminen durch den Bureauvorsteher eines Anwalts. NaumburgAK. **12** 72 (Naumburg). Für die Zurverfügungsstellung der Arbeitskraft seines Bureauvorstehers durch dessen Entsendung usw. zu einem auswärtigen Termine kann der Rechtsanwalt so wenig Entschädigung beanspruchen, wie er in anderen Fällen die Tätigkeit seines Bureauvorstehers besonders in Rechnung stellen darf. Er erhält für sie Bezahlung durch die ihm zustehenden Gebühren.

12. Kosten der Wahrnehmung von Terminen durch den Vater einer Partei. OLG. **25** 66 (Dresden). a) Für die Erstattungsfähigkeit ist bedeutungslos, ob die Versäumnisentschädigung gezahlt ist. Es kommt lediglich darauf an, ob dem Vater ein Anspruch auf die Entschädigung zusteht. Die Ersatzpflicht wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Vater von der Einforderung seiner Vergütung dem Sohne gegenüber schließlich absieht; denn es ist nicht anzunehmen, daß er der Gegenpartei damit hat eine Schenkung machen wollen. b) Es kann aber im Zweifel nur das erstattet verlangt werden, was der Vater selbst als Partei anzusetzen befugt wäre. Eine Entschädigung für Zeitversäumnis setzt also gemäß § 91 Abs. 1 Satz 2 eine Erwerbsversäumnis voraus. (Vorliegend verneint.)

13. HessRspr. **13** 202 (LG. Gießen). Hat eine Partei im Parteiprozeß zunächst mehrere Verhandlungstermine persönlich wahrgenommen und erst später einen Anwalt zugezogen, so kann sie im Falle des Obsiegens neben der Erstattung der Anwaltsgebühren auch Entschädigung für die persönlichen Terminswahrnehmungen beanspruchen. Es besteht keine Verpflichtung zur Zuziehung eines Anwalts im Parteiprozesse. Deshalb kann es einer Partei auch nicht zum Vorwurfe gemacht werden, wenn sie im Interesse der Kostenersparnis zunächst versucht hat, den Prozeß ohne Anwalt durchzuführen.

14. Mehrkosten infolge Erhebung von Teilklagen. a) OLG. **25** 68 (Marienwerder). Entstehen durch die Erhebung von Teilklagen vor dem AG. Kosten, die durch die Erhebung einer Klage vor dem LG. vermieden worden wären, so sind sie nur dann erstattungsfähig, wenn die Teilung zur schnelleren Erlangung vollstreckbarer Titel erforderlich war und die Notwendigkeit einer Beschleunigung des Verfahrens dargelegt ist. b) OLG. **25** 68 (Posen). Die Frage, ob die Geltendmachung eines an sich zur sachlichen Zuständigkeit des LG. gehörenden Anspruchs in mehreren Teilklagen vor dem AG. begründet ist und deshalb die dadurch entstandenen Mehrkosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden. Sie ist zu bejahen, wenn der Beklagte sich seiner Verbindlichkeit zu entziehen gesucht hat. Der Kläger durfte erwarten, im amtsgerichtlichen Verfahren schneller zur Erledigung des Rechtsstreits und zu einem vollstreckbaren Titel zu gelangen als durch Angehung des LG.

15. Erstattung der Kosten eines von der obsiegenden Partei zur Vorbereitung der Klage und zur weiteren Beratung ihres Prozeßbevollmächtigten hinzugezogenen Patentanwalts. MschutzuWettbew. **12** 156 (Düsseldorf). Die Kosten sind erstattungsfähig, wenn schwierige technische Fragen in einem langwierigen und umfangreichen Prozesse auftauchen. Die Höhe des erstattungsfähigen Betrags richtet sich nach der Schwierigkeit des Streitstoffs und der Dauer des Prozesses.

16. Reisekosten eines sachverständigen Beraters. R. **12** Nr. 3223 (Stuttgart). Kosten der Reisen des sachverständigen Beraters einer Partei zu Beweisterminen können, wenn es sich bei den Beweisaufnahmen um technische

Fragen, Untersuchungen und Prüfungen handelt, als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Kosten des Rechtsstreits sich darstellen.

17. Kosten der Übersetzung der Schriftsätze und des erstinstanzlichen Urteils für die ausländische Partei. OLG. **25** 678, HansGZ. **12** Beibl. 107 (Hamburg). Die Kosten sind erstattungsfähig, wenn die ausländische Partei der deutschen Sprache nicht mächtig war. § 186 GVG. schließt die Erstattungsfähigkeit nicht aus, sondern rechtfertigt sie im Gegenteil, weil er die ausländische Partei zwingt, Schriftsätze und Urkunden in deutscher Sprache anzunehmen und ihrer Verteidigung zugrunde zu legen.

18. OLG. **25** 126 (Naumburg). Hat das Gericht im Falle des § 941 nicht von Amts wegen um Eintragung ersucht, so sind die durch einen Antrag des Klägers beim Grundbuchamt entstandenen Kosten erstattungsfähig, auch wenn der Kläger nicht vorher ein Ersuchen nach § 941 beantragt hatte.

§ 92. 1. Unzulässigkeit der Trennung nach Kosten der Klage und Widerklage. ThürBl. **59** 21 (Jena). Es ist unzulässig, anstatt die Kosten des Rechtsstreits verhältnismäßig zu teilen, der einen Partei die „Kosten der Klage", der anderen diejenigen „der Widerklage" aufzuerlegen.

2. BadRpr. **12** 27 (Karlsruhe). Die Mitschuldigerklärung des klagenden Ehegatten nach §§ 1574 Abs. 3, 1575 Abs. 3 BGB. stellt ein teilweises Unterliegen dar, das eine verhältnismäßige Kostenteilung nach § 92 Abs. 1 rechtfertigt.

3. R. **12** Nr. 896 (Stuttgart). Kostenteilung ist auch dann angezeigt, wenn die Hauptsache sich während des Rechtsstreits erledigt, und im Streit über die Kosten sich ergibt, daß dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegen den Klaganspruch zugestanden hätte.

4. Abs. 2. R. **12** Nr. 2962, BayObLG. **13** 502 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 92 Abs. 2 findet auch Anwendung, wenn der Betrag des Anspruchs nach billigem Ermessen des Gerichts festzusetzen ist.

§ 93. Literatur: Großmann, Kosten des Interventionsprozesses, R. **12** 263—264. — Levin, Über die Kostenentscheidung bei Widerspruchsklagen, JW. **12** 219 bis 221. — Derselbe, Das sofortige Anerkenntnis, DJZ. **12** 1403—1404. — Lubowski, Das sofortige Anerkenntnis, DJZ. **12** 1330—1333. — Metzges, Die Klageveranlassung des § 93 ZPO. bei Interventionsprozessen im Lichte moderner Rechtsfindung, JW. **12** 9—11.

I. Allgemeines. 1. Anwendungsgebiet. **a)** Einstweilige Verfügung. OLG. **25** 75 (Nürnberg). § 93 gilt auch für einstweilige Verfügungen. Seine Anwendbarkeit wird durch Erhebung des Widerspruchs nicht ausgeschlossen, wenn der Widersprechende unter Hinweis auf § 93 lediglich seine Kostenpflicht bestreitet. **b)** Unanwendbarkeit auf den Fall der Einlegung eines Rechtsmittels. R. **12** Nr. 3109 (Colmar). Der § 93 ist einer analogen Ausdehnung auf den Fall der Einlegung eines Rechtsmittels nicht zugänglich. **c)** Unanwendbarkeit im Falle des § 271 Abs. 3 s. § 271 Nr. IV 6.

2. Beweislast. **a)** R. **12** Nr. 3108 (Colmar). Für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 93 ist der Beklagte beweispflichtig. **b)** SchlHolstAnz. **12** 95 (Kiel). Durch die Tatsache, daß der Beklagte den Klaganspruch sofort anerkannt hat, wird die Vermutung begründet, daß er auch vorher schon zur Erfüllung bereit gewesen ist. Der Kläger muß daher zur Entkräftung dieser Vermutung darlegen und beweisen, daß er nach den gegebenen Umständen vernünftigerweise annehmen mußte, er werde ohne die Klage nicht zu seinem Rechte kommen.

3. SeuffA. **67** 75 (Dresden). Der Kläger, der über die Klageforderung eine vollstreckbare Urkunde besitzt, ist bei sofortiger Anerkennung des Anspruchs in die Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen. Wird gleichzeitig gegen den in der Urkunde nicht mitaufgeführten Ehemann nach § 739 auf Duldung der Zwangsvollstreckung

geklagt und erkennt dieser den Anspruch ebenfalls sofort an, so fallen dem Kläger, da der Ehemann verpflichtet ist, dem Kläger einen vollstreckbaren Schuldtitel zu verschaffen, die Mehrkosten zur Last, die durch die Klagerhebung an Stelle der Ausstellung einer vollstreckbaren Schuldurkunde entstanden sind, sofern der Ehemann nicht im Verzuge war.

4. Auch das Verhalten der beklagten Partei nach Anerkenntnis kann für die Frage der Klagveranlassung erheblich sein. a) NaumburgAK. 12 61 (LG. Magdeburg). Zahlt der Beklagte, nachdem er im ersten Termin Anerkenntnisurteil gegen sich hat ergehen lassen, nicht freiwillig, sondern läßt er die Schuld zwangsweise beitreiben, so beweist dies, daß die Klage notwendig war. Es sind ihm daher ohne weitere Prüfung der Tatfrage die Prozeßkosten zur Last zu legen. b) OLG. 25 72 (Frankfurt). Für die Frage der Klagveranlassung ist nicht nur das Verhalten des Beklagten vor der Klageerhebung maßgebend. Auch sein späteres Verhalten kann den Schluß rechtfertigen, daß die Klagerhebung zur Herbeiführung der Befriedigung des Klägers notwendig war. Für das Berufungsgericht liegt auch kein Grund vor, nur die Zeit bis zum ersten Urteil zu berücksichtigen. Es hat vielmehr den gesamten Sachverhalt, wie er sich zur Zeit seiner Entscheidung darstellt, zu beurteilen. Daraus, daß der Beklagte nicht einmal bei der Zwangsvollstreckung aus dem ersten Urteile gezahlt hat, ist mit Sicherheit zu schließen, daß er ohne Klagerhebung ebenfalls nicht gezahlt haben würde.

II. Klageveranlassung im einzelnen. 1. Anerkenntnis des vor der Nachlaßteilung auf Bezahlung einer Nachlaßschuld verklagten Miterben. OLG. Marienwerder JDR. 10 Nr. II 1 jetzt auch DNotV. 12 134.

2. Hypothekenklage. BadRpr. 12 14 (Karlsruhe). Der Eigentümer gibt Veranlassung zur Klage, wenn er nicht Befriedigung für die Forderung bietet oder eine zur Zwangsvollstreckung geeignete vollstreckbare Urkunde gewährt.

3. Anfechtungsklage. HessRspr. 13 100 (Darmstadt). Der Beklagte hat zur Anfechtungsklage aus § 3 AnfG. keine Veranlassung gegeben, wenn ihm der Kläger zwar vor Erhebung der Klage einen Schriftsatz nach § 4 AnfG. hat zustellen lassen, ihn aber nach Erwirkung des Schuldtitels nicht zur Anerkennung des Anspruchs aufgefordert hat.

4. Alimentenklage. OLG. 25 126 (Hamburg). Eine Veranlassung zur Klagerhebung ist nicht schon darin zu erblicken, daß der den Anspruch sofort anerkennende uneheliche Vater, der im übrigen bis zur Klagerhebung seine Unterhaltspflicht erfüllt hatte, eine vorher erfolgte Aufforderung des Vormundes, seine Vaterschaft in vollstreckbarer Urkunde anzuerkennen, unbeachtet gelassen hat.

5. NaumburgAK. 12 61 (LG. Magdeburg). Der von einem gesetzlichen Miterben auf Anerkennung der Nichtigkeit eines ihn zum Alleinerben ernennenden Testaments verklagte Ehegatte des Erblassers hat, auch wenn er den Nachlaß trotz Kenntnis von der Nichtigkeit des Testaments im Besitze behalten und geringfügige Schenkungen aus ihm gemacht hat, zur Klagerhebung keine Veranlassung gegeben, wenn er nicht vorher zur Anerkennung der Nichtigkeit des Testaments und zur Nachlaßteilung aufgefordert worden ist.

6. Klage aus § 805. ElsLothJZ. 12 350 (Colmar). Bei einem Anspruch aus § 805 gibt der Beklagte zur Klage Veranlassung, wenn er sich nach Erlaß eines die Hinterlegung anordnenden Beschlusses gemäß § 805 Abs. 4 nicht mit dem Kläger ins Benehmen setzt, sondern sich völlig passiv verhält. Einer vorherigen Aufforderung zur Anerkennung des Klaganspruchs bedarf es nicht.

7. Widerspruchsklage nach § 878. R. 12 Nr. 1048 (Frankfurt). Der an einem Widerspruche gegen den Teilungsplan beteiligte Gläubiger gibt schon

durch das Unterlassen der von ihm in dem Termine nach § 876 abzugebenden Erklärung oder durch sein Nichterscheinen in dem Termine (§ 877 Abs. 2) dem den Widerspruch erhebenden Gläubiger Anlaß zur Klage (§ 878), braucht also nicht erst noch von letzterem zu einer Erklärung aufgefordert zu werden.

8. DJZ. **12** 639 (Oldenburg). Die Protestierung dreier Wechsel bildet in der Regel unter Kaufleuten einen genügenden Anlaß zur Klage auf künftige Leistung nach § 257.

9. Interventionsklage. **a)** *Levin, JW. **12** 219. Die Glaubhaftmachung des Interventionsanspruchs ist weder als eine materiell-rechtliche Voraussetzung der Widerspruchsklage anzuerkennen, noch als ein besonderes prozessuales Rechtsschutzerfordernis. Für die Kostenfrage ist nach §§ 91, 93 ZPO. entscheidend, daß die Kosten zu tragen hat, wer die, an sich begründete Klage — rein objektiv betrachtet — zu Unrecht bestritten hat (vgl. JW. **11** 22 ff., JDR. **10** Nr. III 2 a). **b)** *Metzges, JW. **12** 9 ff. Die bestrittene Frage, wann „Klageveranlassung" zum Interventionsprozesse und ein „sofortiges Anerkenntnis" vorliegt, insbesondere ob vor Anstrengung der Klage eine Glaubhaftmachung des Interventionsanspruchs notwendig ist oder ob eine Aufforderung zur Freigabe mit oder ohne Substantiierung des Anspruchs genügt, läßt sich nicht einheitlich beantworten. Entscheidend für den Einzelfall sind die Erfordernisse eines geregelten Verkehrs und eine gerechte Abwägung der widerstreitenden Interessen. Es ist deshalb verfehlt und führt oft zu ungerechten Entscheidungen, wenn man versucht, einen festen Begriff der Klageveranlassung und des sofortigen Anerkenntnisses ein für allemal zu konstruieren. ➛ Vgl. dazu **RG.** in WarnE. **4** 468. ➛ **c)** OLG. **25** 73, DJZ. **12** 872 (Braunschweig). Der Kläger muß vor der Klagerhebung zur Freigabe der gepfändeten Sachen auffordern und seine Berechtigung darlegen. Wie weit diese Darlegung zu erstrecken ist, ob das Recht glaubhaft gemacht werden muß, ob Beweismittel anzugeben sind, ist nach den Anforderungen des einzelnen Falles zu beurteilen. Der Kläger genügt seiner Pflicht nicht, wenn er auf das Ersuchen des Beklagten um Aufklärung über die Eigentumsverhältnisse zwar eine von ihm selbst ausgestellte eidesstattliche Versicherung über seine Rechte vorlegt, nicht aber den Erwerbsgrund seines Eigentums darlegt. Er muß dem Beklagten ferner eine angemessene Frist zur Prüfung und Nachforschung gewähren. Dies gilt vor allem bei unklaren Verhältnissen und bei Führung der Verhandlungen durch die beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten. **d)** Einstellungsbeschluß genügt nicht. α. SchlHolst. Anz. **12** 365 (LG. Kiel). Der pfändende Gläubiger kann verlangen, daß gerade ihm gegenüber und unmittelbar die Glaubhaftmachung des angeblichen, die Pfändung hindernden gegnerischen Rechtes erfolge. Die Nachprüfung der Angaben des Gegners kann ihm durch die bloß vorläufige Maßregel eines Einstellungsbeschlusses nicht entzogen werden (vgl. OLG. **5** 39). β. OLG. **25** 73 (Braunschweig). Der Umstand, daß das Prozeßgericht die Zwangsvollstreckung ohne Sicherheit eingestellt hat (§ 769), braucht für sich allein den Beklagten nicht zur Freigabe zu veranlassen. **e)** Anwendbarkeit des § 94 vgl. § 94.

III. Sofortiges Anerkenntnis. 1. Die sofortige Anerkennung des Anspruchs muß eine unbedingte sein. **a)** SeuffA. **67** 33 (Dresden). Ein Anerkenntnis des abgeänderten Klagantrags nur für den Fall, daß die Klagänderung trotz Widerspruchs zugelassen werden sollte, ist zur Anwendbarkeit des § 93 nicht ausreichend. Das Anerkenntnis muß unbedingt d. h. ohne Geltendmachung der Klagänderung abgegeben werden. **b)** OLG. **25** 72 (KG.). Genügt der Beklagte dem Klagebegehren mit dem Bemerken, daß er dazu nicht verpflichtet sei, aber einen langwierigen Prozeß vermeiden wolle, so liegt ein Anerkenntnis im Sinne des § 93 nicht vor.

2. Interventionsklage. a) OLG. 25 73, DJZ. 12 872, R. 12 Nr. 1510 (Braunschweig). Mit dem „Anerkennen" des § 93 ist lediglich ein prozessuales Anerkenntnis im Sinne des § 307 gemeint. Hiervon besteht auch für Widerspruchsklagen keine Ausnahme. Klaglosstellung durch Freigabe ist daneben nicht erforderlich noch andererseits für sich allein genügend, wenn sie nicht in Anerkennung des Klagebegehrens geschehen ist. b) Lubowski, DJZ. 12 1330 ff. Ein nach der Beweisaufnahme erklärtes Anerkenntnis ist, auch im Interventionsprozesse, niemals ein sofortiges im Sinne des § 93. Ebensowenig, wenn es nach kontradiktorischer Verhandlung oder nach dem Erlaß eines Versäumnisurteils, sei es nun gegen den Kläger oder gegen den Beklagten, abgegeben wird. c) Übereinstimmend Levin, JDZ. 12 1403 f. Die gegenteilige Rechtsprechung beruht auf einer unzulässigen Vermischung prozessualer und materiell-rechtlicher Vorschriften. d) Großmann, R. 12 263 f. Läßt sich der Pfändungsgläubiger, weil ihm der Widerspruchskläger sein Recht nicht glaubhaft gemacht hat, zunächst auf den Prozeß ein, gibt er aber nach Nachholung der Glaubhaftmachung im Prozesse sofort frei, so treffen ihn im Interventionsprozesse zwar mangels Anwendbarkeit des § 93 die Kosten. Er kann sie aber von dem Widerspruchskläger in einem besonderen Rechtsstreite gemäß § 826 BGB. zurückfordern (LG. Duisburg 28. 10. 11).

§ 94. Literatur: Boschan, Sicherungsübereignung und Gläubigernot, JW. 12 8—9. — Hellwig, Gläubigernot, RuW. 1 25. — Levin, Zur Auslegung des § 94 ZPO. Ein Beitrag zur prozessualen Behandlung der Sicherungsübereignung, JW. 12 118—120.

1. Hellwig, RuW. 1 30, vertritt den Standpunkt, daß der beklagte Pfändungsgläubiger im Interventionsprozeß, auch abgesehen von dem Falle des § 93, von Kosten freizubleiben hat, wenn die Widerspruchsklage auf eine Sicherungsübereignung gestützt wird und der Widerspruchskläger den Übergang des Eigentums dem Pfändungsgläubiger nicht vor der Klagerhebung nachgewiesen hat.

2. Hiergegen a) *Boschan, JW. 12 8 Anm. 1. Macht im Interventionsprozesse der Kläger einen durch Sicherungsübereignung auf ihn übergegangenen Anspruch geltend, so ist § 94 nicht anwendbar, denn der Kläger verfolgt damit nicht ein abgeleitetes Recht, sondern das ihm kraft Sicherungsübereignung unmittelbar erwachsene Widerspruchsrecht. b) *Levin, JW. 12 118. § 94 enthält eine Ausnahmebestimmung zugunsten des Schuldners, dem bis zum Nachweise des Rechtsüberganges das Recht zum Bestreiten schlechthin gewährt wird. Ihre entsprechende Anwendung auf andere „Passivbeteiligte" ist trotz § 413 BGB. ausgeschlossen. Daher steht sie auch nicht dem Pfändungsgläubiger gegenüber dem Sicherungseigentümer zur Seite. Über den Rahmen der §§ 410, 2367, 372 BGB. hinaus ist ein Anspruch auf Nachweis des Rechtsüberganges nicht anzuerkennen (vgl. JW. 11 24).

§ 95. Literatur: Wurzer, Kann die im § 95 ZPO. vorgesehene Kostenseparation durch Beschluß geschehen oder nur durch Urteil? JW. 12 571.

*Wurzer, JW. 12 571. Die hier vorgesehene Kostenseparation kann nur durch Urteil, Teilurteil und Zwischenurteil, nicht durch Beschluß erfolgen.

§ 96. Laubhardt, BuschZ. 43 51. § 96 kann auch auf ein Beweissicherungsverfahren Anwendung finden. Vgl. Vorbem. vor § 485.

§ 97. 1. HansGZ. 12 Beibl. 15 (Hamburg). Der unterliegende Berufungskläger hat die Kosten des Rechtsmittels auch dann zu tragen, wenn die Kostenentscheidung der ersten Instanz (wie im Falle eines Zwischenurteils nach § 304) noch aussteht.

2. Kosten der Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren vgl. § 104 Nr. IV.

§ 98. I. Die Kosten des Vergleichs. 1. Umfaßt die Vereinbarung über die Prozeßkosten auch die Vergleichskosten? OLG. Colmar JDR. 10 Nr. I a, jetzt auch ElsLothJZ. 12 147.

2. FrankfRundsch. **46** 89 (Frankfurt). Bei vergleichsweiser Erledigung eines Rechtsstreits ist die Abmachung, daß die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben werden sollen, im Zweifel als Regelung der gesamten Kostenfrage zu deuten.

II. Kosten der Vergleichsausfertigung, wenn inzwischen gezahlt ist. OLG. **25** 76 (Hamburg). Die Kosten sind gemäß § 788 Vollstreckungskosten. Ihre Erstattungsfähigkeit ist nach § 91 zu beurteilen.

III. Auslegung des Wortes Gerichtskosten. OLG. **25** 76 (Hamburg). Die im Wege des Vergleichs übernommene Verpflichtung zur Tragung der Gerichtskosten umfaßt nicht die dem Gegner durch Ausfertigung von Protokollen und Entscheidungen entstandenen Schreibgebühren.

§ 99. Literatur: Meyer, Mittel gegen die Kostenverurteilung nach § 99 Abs. 1 ZPO., R. **12** 700—701. — Schneider, Die Kostenverurteilung nach § 99 Abs. 1 ZPO., R. **12** 547—549.

I. Reformvorschläge. 1. Schneider, R. **12** 547 ff., empfiehlt zur Vermeidung von Härten die allgemeine Zulassung der Beschwerde gegen die Entscheidung im Kostenpunkt in Anlehnung an § 55 ÖstZPO.

2. Meyer, R. **12** 700 f., schlägt aus demselben Grunde die Zulassung der sofortigen Beschwerde gegen die Kostenentscheidung in allen Fällen vor, in denen die Anfechtung ausdrücklich auf die Kostenentscheidung beschränkt wird.

II. Abs. 1. 1. Die Vollstreckbarkeit gehört zur Hauptsache. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **56** 1050, JW. **12** 247. Die Gegenüberstellung von Entscheidung in der Hauptsache und Entscheidung über den Kostenpunkt im § 99 läßt erkennen, daß hier unter Entscheidung in der Hauptsache die Entscheidung, soweit sie durch Rechtsmittel anfechtbar ist, mit Ausschluß der Entscheidung über den Kostenpunkt gemeint ist (**RG. 23** 341, **32** 430). Die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit des Urteils ist daher insoweit, als es sich um die Vollstreckbarkeit des nicht den Kostenpunkt betreffenden Teiles desselben handelt, im Sinne des § 99 als Entscheidung in der Hauptsache anzusehen. Denn die Vollstreckbarkeitserklärung als solche ist einer selbständigen Anfechtung durch Rechtsmittel im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 534, 717 Abs. 1, 718 unzweifelhaft zugänglich (vgl. **RG. 20** 423).

2. Umgehung des § 99 Abs. 1. R. **12** Nr. 1205 (Stuttgart). Unzulässig ist auch eine Berufung, in der ein Antrag zur Hauptsache nicht ernstlich, sondern nur zur Erzielung einer anderweitigen Kostenverteilung gestellt ist.

3. Beschwerdeverfahren. a) HessRspr. **13** 180 (LG. Gießen). Die Vorschrift gilt auch für das Beschwerdeverfahren, dagegen nicht für die Erinnerung nach § 104 Abs. 3. **b)** HessRspr. **13** 49 (Darmstadt). Die Bestimmung des Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn nicht die Richtigkeit der Kostenentscheidung angefochten und deren Richtigstellung begehrt wird, sondern wenn geltend gemacht wird, daß es an einer Entscheidung über eine bestimmte Art der Kosten überhaupt fehle, und die Ergänzung des Beschlusses in dieser Richtung begehrt wird (**RG.** JW. **98** 501).

4. Berufung des Nebenintervenienten wegen Übergehung seiner Kosten. OLG. **25** 78 (Celle). Ein auf Grund des § 321 ergangenes Urteil, durch das der Antrag eines Nebenintervenienten auf Ergänzung des Haupturteils wegen Übergehung seiner Kosten abgelehnt ist, ist dann mit der Berufung anfechtbar, wenn das Haupturteil in zulässiger Weise mit dem Rechtsmittel angefochten wird (**RG. 46** 393, **68** 301).

5. BadRpr. **12** 263 (Karlsruhe). Anschlußberufung nur wegen der Kosten ist zulässig (JW. **86** 245, **98** 115, SeuffA. **47** Nr. 224).

III. Abs. 2. 1. Anerkenntnis- und Kostenurteil brauchen nicht gleichzeitig zu ergehen. SchlHolstAnz. **12** 95 (Kiel). Die Anfechtung der Kostenentscheidung mittels Berufung ist auch zulässig, wenn die Ent-

scheidung zur Hauptsache durch ein Anerkenntnisurteil und die Entscheidung zum Kostenpunkt in zwei besonderen Urteilen ergangen sind.

2. Wann liegt ein Anerkenntnis im Sinne von Abs. 2 vor? SchlHolstAnz. **12** 62 (Kiel). Ein Anerkenntnis im Sinne von Abs. 2 liegt nicht vor, wenn der Beklagte das mit der Klage geltend gemachte Recht des Klägers nach wie vor bestreitet. Im Interventionsprozesse muß das Anerkenntnis zum Inhalte haben, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber zur Freigabe der Pfandsache verpflichtet sei. Erkennt der Beklagte dagegen lediglich an, weil er im Laufe des Rechtsstreits wegen seiner Forderung befriedigt worden und damit die Voraussetzung der Pfändung fortgefallen ist, und stellt er das Recht des Klägers und seine Kostenpflicht auch ferner in Abrede, so gibt er ein wahres Anerkenntnis im Sinne von § 307 nicht ab und ist ein daraufhin erlassenes, sich als Anerkenntnisurteil bezeichnendes Urteil in Wirklichkeit kein solches.

3. Auch wenn in Wirklichkeit ein Anerkenntnis nicht vorliegt, kann ausnahmsweise die Kostenentscheidung selbständig anfechtbar sein. **RG.** VII .SchlHolstAnz. **12** 190. Die Kostenentscheidung ist auch dann selbständig anfechtbar, wenn der Beklagte ein Anerkenntnis im Sinne des § 307 nicht abgegeben hat, das Gericht aber in der von dem Beklagten abgegebenen Erklärung ein solches Anerkenntnis erblickt und lediglich auf Grund dieses als vorliegend angenommenen Anerkenntnisses ohne eigene Sachprüfung in der Hauptsache nach dem Klagantrag erkannt hat.

IV. Abs. 3. 1. Entscheidung über den Kostenpunkt. OLG. **25** 77 (Nürnberg). Ein Urteil, in dem über die Wirksamkeit des Widerrufs eines Vergleichs entschieden ist, durch den die Parteien sich nach Zahlung des Hauptanspruchs widerruflich über die Kosten geeinigt haben, ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, da Vergleich und Urteil lediglich den Kostenpunkt betreffen.

2. Sofortige Beschwerde gegen ein lediglich über die Kosten entscheidendes Urteil, obwohl ein Urteil auch in der Hauptsache hätte ergehen müssen. OLG. **25** 77 (KG.). Hat das Gericht auf Antrag des Klägers die Hauptsache für erledigt erklärt und dem Beklagten die Kosten auferlegt, obwohl der Beklagte um Abweisung der Klage gebeten hatte, so ist die Entscheidung ein Kostenurteil und deshalb mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Für die Eröffnung des Rechtsmittelzugs ist lediglich entscheidend, ob das Gericht den Willen hatte, ein Kostenurteil zu erlassen (**RG. 60** 317).

3. OLG. **25** 77 Anm. 1 (KG.). Die Bestimmung des § 99 Abs. 3 ist nicht anwendbar, wenn im Urteil über die prozeßhindernde Einrede bei Erledigung der Hauptsache die Einrede verworfen und der Beklagte in die Kosten verurteilt ist.

V. Kombinationsfälle. 1. ThürBl. **59** 21 (Jena). Die sofortige Beschwerde des Abs. 3 ist unzulässig, wenn auch nur über einen Teil der Hauptsache durch Urteil entschieden ist, mögen die Kosten auch durch den ohne Urteil erledigten Teil der Hauptsache verursacht sein. So bei — überdies unzulässiger (vgl. § 92 Nr. 1) — Teilung der Kosten in solche der Klage und der Widerklage, wenn eine Sachentscheidung über die Widerklage nicht ergangen ist und die Beschwerde sich gegen die Kosten der Widerklage richtet.

2. Zusammentreffen von Anerkenntnisurteil und Erledigung des Restes auf andere Weise. R. **12** Nr. 3483 (Stuttgart). Ist der Rechtsstreit teils durch Urteil auf Grund Anerkenntnisses, teils ohne Urteil in der Hauptsache erledigt, so ist die Entscheidung im Kostenpunkte nur dann anfechtbar, wenn die Kosten, die auf den ohne Urteil erledigten Teil der Hauptsache entfallen, von den übrigen Kosten getrennt sind oder sich trennen lassen.

3. BadRpr. 12 163 (Karlsruhe). Bei sog. Klagenhäufung ist die Berufung desjenigen Beklagten, dem gegenüber die Hauptsache für erledigt erklärt wurde, unzulässig, selbst wenn gegenüber den anderen Beklagten eine Entscheidung in der Hauptsache erging. Denn die Streitgenossenschaft ist bei der Klagenhäufung ein rein äußerliches Verhältnis, das lediglich in dem gemeinsamen Verfahren seinen Ausdruck findet, bei dem aber jeder Streitgenosse dem Gegner als einzelner gegenübersteht, so daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteile noch zum Nachteile gereichen.

§ 100. Literatur: Eichbaum, Kostenentscheidung beim Obsiegen eines und Unterliegen des anderen Streitgenossen, HessRspr. 12 292—293. — Meyer, Zur Frage der Entscheidung über die Prozeßkosten, R. 12 20—21. — Winter, Die Kostenpflicht bei Urteilen aus § 739 ZPO., DJZ. 12 1350—1351.

I. Abs. 2. Beteiligung am Rechtsstreite. 1. Gleichheit der Beteiligung. OLG. 25 79 (KG.). Bei einer gegen zwei Pfandgläubiger als Streitgenossen gerichteten Widerspruchsklage ist der Umstand, daß der eine von beiden wegen einer ungleich höheren Forderung vor dem anderen gepfändet hat und dieser also selbst im Falle des Obsiegens voraussichtlich von dem Erlöse nichts erhalten hätte, für die Beteiligung am Rechtsstreit ohne Bedeutung. Beide Beklagte sind vielmehr am Rechtsstreite gleich beteiligt, da jeder von ihnen auf Aufhebung des Pfändungspfandrechts verklagt worden ist. Für ihre Kostenpflicht kommt deshalb Abs. 1, nicht Abs. 2 des § 100 zur Anwendung.

2. Verschiedenheit der Beteiligung. OLG. 25 79 (KG.). Hat sich bei einer gegen zwei Pfandgläubiger als Streitgenossen gerichteten Widerspruchsklage in 2. Instanz die streitige Verhandlung und Entscheidung nur auf das Verhältnis des Klägers zu einem Gläubiger bezogen, während der andere Gläubiger inzwischen die Freigabe erklärt und nicht zur Hauptsache verhandelt hat, so fallen die Kosten der 2. Instanz dem letzteren Gläubiger nur insoweit zur Last, als er dem Kläger die Prozeßgebühr gemäß § 100 Abs. 1 zur Hälfte zu erstatten hat und als seine durch Versäumnisurteil erfolgende Verurteilung in die Kosten besondere Kosten entstehen läßt.

3. Meyer, R. 12 20 bespricht einen Fall der Kostenverteilung aus der Praxis.

II. Kostenentscheidung beim Obsiegen eines und Unterliegen des anderen Streitgenossen. 1. R. 12 Nr. 897 (Stuttgart). Wenn von zwei verklagten Streitgenossen der eine obgesiegt hat, der andere unterlegen ist, und im Urteile der unterlegene Beklagte zur Tragung der einen Hälfte der Kosten, der Kläger zur Tragung der anderen Hälfte und zum Ersatze der dem siegreichen Beklagten erwachsenen Kosten verurteilt sind, so kann der siegreiche Beklagte vom Kläger Ersatz der ganzen Rechnung der (gemeinschaftlichen) Prozeßbevollmächtigten verlangen (entgegen § 100), wenn der andere Streitgenosse zahlungsunfähig ist.

2. Eichbaum, HessRspr. 12 292. Für die Entscheidung ist weder § 92 noch § 100 anwendbar. Sie muß aus dem Grundgedanken des § 91 frei entwickelt werden. Das führt zu folgendem Ergebnisse: Der obsiegende Streitgenosse muß von Kosten gegenüber allen anderen Beteiligten und gegenüber der Staatskasse frei bleiben und kann Erstattung seiner Kosten vom Gegner (niemals natürlich vom Streitgenossen!) verlangen. Die Verteilung der Kosten auf den unterliegenden Streitgenossen und den Gegner kann nur im Wege der Quotisierung nach billigem Ermessen erfolgen. Maßgebend sind hierbei die Höhe der gegen den einen und der gegen den anderen Streitgenossen erhobenen Ansprüche, die durch die Geltendmachung besonderer Angriffs- oder Verteidigungsmittel verursachten besonderen Kosten, die Vertretung der Streitgenossen durch einen oder mehrere Anwälte usw.

III. Abs. 4. 1. BadRpr. **12** 42 (LG. Karlsruhe). Ein passives Gesamtschuldverhältnis liegt auch vor, wenn die mehreren Schuldner dem Gläubiger aus verschiedenen Rechtsgründen haften, z. B. der eine aus dem Vertrage, der andere aus ungerechtfertigter Bereicherung. Werden sie verurteilt, so haften sie folglich auch in einem solchen Falle für die Kosten als Gesamtschuldner.

2. BadRpr. **12** 78 (Karlsruhe). Die Vorschrift gilt nicht für die Kosten der Zwangsvollstreckung gegen einen Mitschuldner. Diese fallen vielmehr nur dem einzelnen Vollstreckungsschuldner zur Last.

IV. Haftung, wenn die Ehefrau zur Leistung und der Mann zur Duldung verurteilt wird. Winter, DJZ. **12** 1350 bis 1351. Ist bei Klagen gegen Eheleute die Frau zur Leistung, der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt, so ist im Regelfalle jeder Ehegatte nach § 100 Abs. 1 zur Hälfte kostenpflichtig und der Mann nach §§ 1387 Ziff. 1, 1388 BGB. auch für den Kostenanteil der Frau als Gesamtschuldner zu verurteilen (**RG.** LeipzZ. **08** 73). Der hierin im Falle der Vermögenslosigkeit des Mannes für den Kläger liegenden Härte kann durch Anwendung von § 100 Abs. 2 abgeholfen werden. Dazu bedarf es aber, was namentlich für das Versäumnisverfahren wichtig ist, eines bestimmten, durch Anführung von Tatsachen zu rechtfertigenden Kostenteilungsantrags.

§ 101. 1. Kosten der Nebenintervention, wenn die Hauptparteien sich verglichen haben, ohne diese Kosten zu berücksichtigen. BayRpflZ. **12** 243, R. **12** Nr. 2308 (München). Die Kostenregelung im Vergleiche gibt auch den Maßstab für den gerichtlichen Ausspruch über die Kosten der Nebenintervention, ohne daß auf die sachliche Berechtigung der Klage einzugehen ist. Da hier der Streitgenosse der unterstützten Partei alle Kosten des Klägers und des Mitbeklagten übernommen hat, sonach den Gegner der unterstützten Partei Kosten überhaupt nicht treffen, sind nach der Regel des § 101 Abs. 1 Halbs. 2 die Kosten der Nebenintervention dem Nebenintervenienten selbst zur Last zu legen.

2. OLG. **25** 79 (Celle). Soweit über die Kosten der Nebenintervention im Verhältnisse zum Gegner der Hauptpartei entschieden oder noch zu entscheiden ist, ist der Nebenintervenient stets Streitgenosse der Hauptpartei. Als solcher darf er sich auf § 61 berufen und braucht eine von der Hauptpartei bewirkte Zustellung des Urteils nicht gegen sich gelten zu lassen.

§ 102. Literatur: Krusen, Zur Anwendung des § 102 im Kostenfestsetzungsverfahren, DJZ. **12** 1521—1523.

I. Grobes Verschulden des Anwalts. Einzelfälle. 1. OLG. **25** 216 (Hamburg). Als grobes Verschulden des Anwalts ist es anzusehen, wenn er die Zulässigkeit der Beschwerde gegen OLG.-Beschlüsse auf Grund einer veralteten Ausgabe der ZPO. geprüft und dabei die durch die Novelle von 1910 getroffenen Änderungen des Gesetzes übersehen hat.

2. RheinAKV. **30** 127 (Kais. G. Kiautschau). Grobes Verschulden des Anwalts, der seinem Gesuch um Kostenfestsetzung einen höheren Wert des Streitgegenstandes, als er auf seinen Antrag gerichtlich festgesetzt war, zugrundegelegt und dadurch höhere Kosten für den Kostenfestsetzungsbeschluß verursacht hat.

II. Abs. 2. OLG. **25** 216 (Hamburg). Im Verhältnisse zur Gegenpartei und zu dem Gericht ist das Verschulden eines Vertreters des Prozeßbevollmächtigten als ein Verschulden des Prozeßbevollmächtigten selbst zu behandeln. Es ist deshalb gemäß § 102 Abs. 2 nicht der Vertreter, sondern der Prozeßbevollmächtigte selbst zu hören. Dieser Vorschrift wird aber durch eine aus dem Bureau des Prozeßbevollmächtigten stammende und in dessen Namen durch den Vertreter unterzeichnete Erklärung entsprochen.

III. Befugnis des Gerichtsschreibers zu einer Entscheidung gemäß § 102 im Kostenfestsetzungsverfahren. 1. Rhein. ARV. **30** 127 (Kaiserl. G. Kiautschau). Da dem Gerichtsschreiber durch die Novelle die gesamte Kostenfestsetzung übertragen worden und er insoweit völlig selbständig an die Stelle des Prozeßrichters getreten ist, erscheint es angängig, ihn nach der Novelle auch unter den Begriff des „Prozeßgerichts" im Sinne des § 102 fallen zu lassen, zumal unbestritten ist, daß der Ausdruck „Prozeßgericht" nicht ganz eng auszulegen ist, sondern auch „Vollstreckungsgericht" mit begreift. Gegen die Entscheidung des Gerichtsschreibers findet gemäß § 104 Abs. 3 lediglich die Erinnerung und erst gegen die Entscheidung des Gerichts die sofortige Beschwerde des Abs. 3 statt.

2. Ebenso Crusen, DJZ. **12** 1521 ff.

IV. Erstattungsfähigkeit der Kosten des Verfahrens. 1. OLG. **25** 126 (KG.). Der § 91 gilt auch für den Zwischenstreit einer Partei mit einem Dritten im Verfahren des § 102.

2. Dagegen wendet sich Mugdan, OLG. **25** 126 Anm. 1. Um einen solchen Zwischenstreit handelt es sich hier nicht. Der § 102 bezweckt, dem Auftraggeber, dem durch grobes Verschulden des Beauftragten unnötige Kosten erwachsen sind, auf einfache und rasche Weise ohne besonderen Prozeß zu seinem Rechte zu verhelfen. Demgemäß kann nach Erlaß des Urteils eine Entscheidung aus § 102 ergehen und steht der Partei wegen Ablehnung einer Entscheidung keine Beschwerde zu.

§ 103. Literatur: Siméon, Kostenfestsetzung für das Beschwerdeverfahren, DJZ. **12** 564—565.

I. Wann entsteht der Kostenerstattungsanspruch? 1. Hess. Rspr. **12** 17 (LG. Gießen). Der Kostenerstattungsanspruch aus einem Rechtsstreit entsteht nicht erst mit der die Kostenpflicht des Gegners aussprechenden Entscheidung, sondern schon mit der Rechtshängigkeit, und zwar als bedingte Verpflichtung.

2. Dagegen a) SchlHolstAnz. **12** 171, HansGZ. **12** Beibl. 37 (Hamburg). Der Kostenerstattungsanspruch entsteht erst mit der Rechtskraft der die Kostenpflicht regelnden Entscheidung. Er besteht vorher auch nicht bedingt. Denn von einer Bedingung kann nur bei solchen Ansprüchen die Rede sein, die in einem Rechtsgeschäft ihre Grundlage haben, nicht aber bei solchen, die kraft Gesetzes sich unmittelbar an einen bestimmten äußeren Tatbestand knüpfen, und ein rechtsgeschäftliches Verhältnis besteht nach heutigem Rechte unter den Prozeßparteien nicht mehr. Andererseits ist er von einer vorgängigen Bezahlung (z. B. des Anwalts) nicht abhängig. Es genügt die bestehende Verpflichtung. **b)** BadRpr. **12** 228 (Karlsruhe). Bevor die Prozeßkosten durch Urteil einer Partei auferlegt worden sind, besteht kein — auch kein bedingter — Anspruch, sondern nur eine Anwartschaft auf Erstattung von Prozeßkosten. Diese Anwartschaft ist kein Vermögen der Partei, sie kann weder gepfändet, noch zur Aufrechnung gestellt werden (Stein [10] I, 265 Nr. 4 Note 31, **RG. 52** 322, JW. **06** 29).

II. Festsetzung der Kosten eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung auf Grund der Kostenentscheidung in der Hauptsache. 1. ThürBl. **59** 23 (Jena). Die Kosten eines Arrestverfahrens, das mit dem Hauptprozesse nicht verbunden gewesen ist, können, soweit sie nicht ausdrücklich mit zum Gegenstande der Verhandlung und Entscheidung im Hauptprozesse gemacht worden sind, nicht auf Grund des Urteils im Hauptprozesse mit festgesetzt werden.

2. BadRpr. **12** 78 (Karlsruhe). Die Regel, daß die Kosten eines Arrestverfahrens oder einer einstweiligen Verfügung nur dann auf Grund der in der Hauptsache ergangenen Kostenentscheidung festgesetzt werden dürfen, wenn sie in dem Urteile mitberücksichtigt wurden, trifft nicht zu, wenn die Absicht, daß die getroffene Kostenentscheidung auch jene Kosten mitumfassen sollte, außer Zweifel steht, z. B. auf

Grund eines dahingehenden Ausspruchs des Prozeßgerichts in dem auf die Erinnerung gegen die Kostenfestsetzung des Gerichtsschreibers erlassenen Beschluß.

III. Besondere Fälle. 1. OLG. **25** 65 (Colmar). Die durch die Mitwirkung eines Anwalts bei der Vollstreckung einer einstweiligen Verfügung entstandenen Kosten werden von der Entscheidung über die Kosten der einstweiligen Verfügung nicht umfaßt.

2. OLG. **25** 63 (Posen). Die Kosten einer Beschwerde wegen Versagung eines Rechtskraftzeugnisses gehören weder zu den Gesamtkosten des Rechtsstreits noch zu den Vollstreckungskosten. Sie können nur auf Grund eines besonderen Vollstreckungstitels festgesetzt werden.

IV. Vollstreckungstitel. SächsOLG. **33** 233 (Dresden). Die nach streitiger Verhandlung zu Protokoll erklärte Einigung der Parteien dahin, daß der Kläger die Klage unter Übernahme der Kosten zurücknimmt und der Beklagte sich damit einverstanden erklärt, stellt einen Prozeßvergleich (§ 794 Ziff. 1) dar und bildet mithin einen Vollstreckungstitel im Sinne von § 103.

V. Zulässigkeit materieller Einwendungen? 1. SeuffA. **67** 35 (Kiel). Hat die obsiegende Partei schon vor Anbringung ihres Kostenfestsetzungsgesuchs die gesamten bis dahin entstandenen Kosten bezahlt erhalten, so ist kein Raum für deren gerichtliche Festsetzung. Die Erhebung des Einwandes der Zahlung ist daher im Festsetzungsverfahren zulässig (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **36** 708).

2. Dagegen **a)** MecklZ. **12** 74 (Rostock). Einwendungen des Gegners gegen seine Erstattungspflicht, wie Aufrechnung, Zahlung usw. können im Kostenfestsetzungsverfahren nicht berücksichtigt werden. **b)** SchlHolstAnz. **12** 347 (Kiel). Das Kostenfestsetzungsverfahren zielt — auch in der Beschwerdeinstanz — nur auf die ziffermäßige Feststellung der auf Grund des Vollstreckungstitels zu erstattenden Kosten ab, ohne daß die materielle Berechtigung des Anspruchs nachzuprüfen ist.

VI. Einfluß des Konkurses auf die Kostenfestsetzung. OLG. **25** 79 (Marienwerder). § 148 KO. ist auf die Kostenfestsetzung ohne Einfluß, wenn der Rechtsstreit nur vor Eröffnung und nach der Aufhebung des Konkurses über den Beklagten betrieben ist und die Feststellung einer in diesem Verfahren bestrittenen Forderung überhaupt nicht zum Gegenstande gehabt hat. Ebenso unbeachtlich ist der Einwand, der Konkurs sei durch einen Zwangsvergleich beendet worden und es sei deshalb eine entsprechende Herabsetzung der Prozeßkosten geboten, weil die Prozeßkostenforderung erst nach der Bestätigung des Zwangsvergleichs entstanden ist und von diesem daher nicht umfaßt wird.

VII. Unzulässigkeit einer Verbindung mehrerer getrennt verhandelter Sachen zu gemeinsamer Entscheidung über die Kostenfestsetzungsgesuche vgl. § 147.

VIII. Festsetzung der Kosten im Beschwerdeverfahren. Siméon, DJZ. **12** 564. Die Kostenfestsetzung erfolgt jetzt auch für das Beschwerdeverfahren durch den Gerichtsschreiber. Der Beschluß darf in Anwendung des § 105 von dem Gerichtsschreiber auch auf die Beschwerdeentscheidung und deren Ausfertigung gesetzt werden.

IX. Wegen Festsetzung der Kosten im Entmündigungsverfahren vgl. § 658.

§ 104. Literatur: Fuhrmann, Die Entlastung des Zivilprozeßrichters im Kostenerinnerungsverfahren, R. **12** 434—435. — Hörle, Übermäßige Belastung des Zivilprozeßrichters im Kostenerinnerungsverfahren, R. **12** 558—559. — Wolff, Kosten der Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren, R. **12** 631—633.

I. Vollstreckbarkeit des Kostenfestsetzungsbeschlusses, falls das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. 1. KGBl. **12** 76 (LG. I Berlin, bestätigt vom

KG.). Kostenfestsetzungsbeschlüsse, in denen kein Vorbehalt hinsichtlich der Sicherheitsleistung gemacht ist, sind ohne weiteres vollstreckbar, auch wenn die Zwangsvollstreckung aus dem der Kostenfestsetzung zugrunde liegenden Urteile nur gegen Sicherheitsleistung zulässig oder wenn die dem Schuldner in dem Urteile nachgelassene Sicherheitsleistung erfolgt ist. Dem Kostenschuldner steht gegen den unvollständig gebliebenen Beschluß nur die Erinnerung nach § 104 zu.

2. SchlHolstAnz. **12** 301 (Kiel). Ist ein Urteil gegen Sicherheitsleistung in bestimmter Höhe für vorläufig vollstreckbar erklärt, so kann die Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses nicht von der Leistung einer weiteren Sicherheit wegen dieser Kosten abhängig gemacht werden.

3. RheinARB. **30** 32 (LG. Cöln). Auch auf Grund eines nur gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils kann, bevor die Sicherheit hinterlegt oder ihre Hinterlegung festgestellt ist, die Festsetzung der Kosten beantragt werden. In dem Festsetzungsbeschlusse ist aber dessen Vollstreckbarkeit ebenfalls von der im Urteil angeordneten Sicherheit abhängig zu machen.

II. Kosten mehrfacher Kostenfestsetzungsbeschlüsse. BuschsZ. **42** 528 (Cassel). Die durch mehrmalige Kostenfestsetzung in demselben Verfahren entstandenen Mehrkosten sind nach § 91 nur dann erstattungsfähig, wenn die wiederholte Festsetzung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. Dies ist nicht der Fall, wenn es sich bei den nachträglich liquidierten Kosten um Kosten der Zwangsvollstreckung handelt, da diese grundsätzlich ohne besonderen Beschluß beigetrieben werden können. Die größere oder geringere Höhe der nachträglich festzusetzenden Kosten ist belanglos.

III. Erinnerung. 1. Befugnis des Gerichtsschreibers zur selbständigen Abänderung des Kostenfestsetzungsbeschlusses. a) OLG. Dresden JDR. **10** Nr. 1 jetzt auch SächsOLG. **33** 109. **b)** Ebenso HessRspr. **13** 42 (LG. Mainz). Der Gerichtsschreiber kann auf Erinnerung seinen Festsetzungsbeschluß abändern. Die Abänderung stellt sich als neuer Festsetzungsbeschluß dar, der von Amts wegen zuzustellen ist und für den Gegner die Notfrist zu einer neuen Erinnerung eröffnet.

2. Fuhrmann, R. **12** 434 f., empfiehlt die Heranziehung des Gerichtsschreibers zur Anfertigung von Entwürfen der auf die Erinnerung ergehenden gerichtlichen Entscheidungen.

3. Dagegen wendet sich Hörle, R. **12** 558 f.

IV. Kosten der Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren. Wolff, R. **12** 631 ff. Die Kosten der von einem Rechtsanwalt ohne ausdrückliche Bezeichnung des Beschwerdeführers eingelegten und erfolglos gebliebenen Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren sind dann dem Anwalte persönlich aufzuerlegen, wenn sich die Beschwerde gegen die Absetzung von Anwaltskosten gerichtet hat, die wegen Unzulässigkeit des Ansatzes (nicht wegen Nichterstattungsfähigkeit oder aus anderen Gründen) gestrichen worden sind. Die von der Partei selbst eingelegte Beschwerde ist in diesem Falle als unzulässig zu verwerfen.

§ 106. R. **12** Nr. 2560, KGBl. **12** 115 (KG.). Die Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn die Kosten erster Instanz nach Quoten geteilt, die Kosten der Berufungsinstanz aber einer Partei ganz auferlegt sind. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Partei selbst oder der ihr für die zweite Instanz bestellte Armenanwalt auf Grund des § 124 die Festsetzung seiner Gebühren und Auslagen für sich im eigenen Namen verlangte.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 109. I. Wegfall der Veranlassung. 1. HansGZ. **12** Beibl. 267 (LG. Hamburg). Die „Veranlassung" für die Stellung der Sicherheit fällt nicht schon durch die Beseitigung der betreffenden Prozeßmaßregel weg.

2. Wegen des Wegfalls der Veranlassung für eine Sicherheitsleistung im Arrest- und Verfügungsverfahren vgl. *Stern zu § 943.

II. Verfahren im Falle des Einverständnisses des Gegners mit der Rückgabe der Sicherheit. OLG. 25 81, ElsLothJZ. 12, 372 (Colmar). Für eine Anordnung nach § 109 Abs. 2 ist mangels des erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses kein Raum, wenn der Gegner in die Rückgabe der Sicherheit bereits eingewilligt hat, und der Hinterleger durch die über das Hinterlegungswesen bestehenden Bestimmungen in die Lage gesetzt ist, ohne richterliche Mitwirkung die Rückgabe bei der Hinterlegungsstelle zu erreichen (vgl. dagegen OLG. Braunschweig JDR. 10 Nr. 1 b).

Siebenter Titel. Armenrecht.

§ 114. Literatur: Bovensiepen, Einige Vorschläge zur Reform unseres Armenrechts, DRZ. 12 295—302. — Francke, Konkursverwalter und Armenrecht, R. 12 286. — Grosebert, Konkursverwalter und Armenrecht, R. 12 233—234. — Josef, Das altpreußische Prozeßrecht und die arme Partei sowie Verwandtes, DRZ. 12 321—325. — Marwitz, Zur Reform des Armenrechts, DJZ. 12 94—95. — Mayer, Vorschläge zur Reform unseres Armenrechts, DRZ. 12 817—819. — Pfister, Zur Verbesserung des Armenrechts, BayRpflZ. 12 307.

I. Reformvorschläge. 1. a) Marwitz, DJZ. 12 94—95. Die völlige Befreiung einer nur teilweise zahlungsunfähigen Partei verstößt gegen ethische Grundsätze, ist unbillig gegenüber dem Staate und dem Rechtsanwalt und unpraktisch. Das Gericht muß befugt sein, die arme Partei auch nur von einem Teile der Gebühren und Auslagen zu befreien. Ebenso müßte die Partei bei Besserung ihrer Vermögensverhältnisse auch schon zur Zahlung nur eines Teiles der vorläufig erlassenen Kosten verpflichtet werden können. b) Ähnlich Pfister, BayRpflZ. 12 307.

2. a) Grosebert, R. 12 233 f., empfiehlt einen Zusatz zu § 114 des Inhalts, daß auch juristischen Personen und Vertretern besonderer Vermögensmassen das Armenrecht zu bewilligen ist, wenn Gründe der Billigkeit es erfordern. b) Dagegen Francke, R. 12 286.

II. Mutwillige Rechtsverfolgung. OLG. 25 82 (KG.). Erfolgt die Abtretung einer Forderung zur Einziehung nur zu dem Zwecke, für den vermögenslosen Zessionar das dem bemittelten Zedenten unzugängliche Armenrecht zu erlangen, so kennzeichnet sich die von dem Zessionare beabsichtigte Rechtsverfolgung als eine mutwillige. Das Armenrecht ist deshalb zu versagen.

III. SeuffA. 67 372, OLG. 25 82, BayRpflZ. 12 115 (München). Der Ehefrau kann im Ehescheidungsprozesse für die zweite Instanz das Armenrecht wegen drohenden Ablaufs der Berufungsfrist bewilligt werden, auch wenn ihr Ehemann in der Lage ist, ihr einen ausreichenden Kostenvorschuß zu gewähren. Es empfiehlt sich aber, ihr in diesem Falle in Anlehnung an die §§ 121, 125 die nachträgliche Einziehung des Vorschusses oder den Nachweis seiner Nichtbeitreibbarkeit bei Vermeidung der Entziehung des Armenrechts aufzugeben.

IV. Abs. 2. a) SächsOLG. 33 110 (Dresden). Im Staate Illinois in den Vereinigten Staaten von Amerika ist die Gegenseitigkeit hinsichtlich des Armenrechts verbürgt. b) Keine Verbürgung der Gegenseitigkeit in Maryland. JDR. 10 jetzt auch R. 12 Nr. 2309.

§ 115. I. Haftkostenvorschuß. SchlHolstAnz. 12 76 (LG. Kiel). Das Armenrecht befreit auch von der Vorausbezahlung der Kosten für die Verpflegung des wegen Verweigerung des Offenbarungseids verhafteten Schuldners (§ 911). Ebenso FürsorgeZ. 4 23 (LG. Ratibor).

II. Nachträgliche Bewilligung des Armenrechts. 1. **RG.** II. WarnE. 12 198, SeuffA. 67 373, R. 12 Nr. 770. Ein bereits gezahlter Gerichtskosten-

vorschuß kann nach Bewilligung des Armenrechts nicht zurückgefordert werden. Die einstweilige Befreiung von der Entrichtung rückständiger und künftig fällig werdender Gerichtskosten tritt erst mit dem Zeitpunkte der Bewilligung des Armenrechts ein.

2. Ebenso HansGZ. **12** Beibl. 72 (Hamburg). Bezahlte Vorschüsse und bezahlte fällige Gerichtskosten werden mit der Bewilligung des Armenrechts nicht rückzahlbar.

III. Pflicht des Anwalts zur Übernahme einer Armensache. R. **12** Nr. 1206, OLG. **25** 83 (Hamburg). Der zum Armenanwalte bestellte Rechtsanwalt kann die Übernahme dieses Amtes nicht deshalb ablehnen, weil er derselben Partei seine Stellung als gewählter Anwalt wegen Nichtzahlung des verlangten Gebührenvorschusses gekündigt hat.

IV. Beiordnung eines Anwalts für auswärtige Beweistermine. WürttJ. **12** 315 (Stuttgart). Der armen Partei, der ein Armenanwalt bereits gemäß § 115 Ziff. 3 beigeordnet ist, kann gemäß § 34 RAO. zur Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine ein weiterer Armenanwalt beigeordnet werden. Die Partei hat aber kein Recht hierauf. Die Beiordnung geschieht durch das Prozeßgericht (§ 34 RAO.), die Auswahl durch den ersuchten Richter. Vgl. auch WürttJ. **12** 232 (LG. Stuttgart).

V. Stempelfreiheit von Substitutions- und Instanzvollmachten in Armensachen. 1. KGBl. **12** 89 (KG.). Die Wirkung des dem Kläger erteilten Armenrechts erstreckt sich gemäß § 115 Ziff. 1 hinsichtlich der einstweiligen Befreiung von der Stempelsteuer allerdings nur auf die von der armen Partei selbst ausgestellte Vollmachtsurkunde, nicht auf die von dem Prozeßbevollmächtigten ausgestellten Substitutionsvollmachten. Aber nach Tarifst. 73 Ziff. 8 PrStempStG. sind Substitutionen bei einer Prozeßvollmacht stempelfrei, sofern über die ursprüngliche Vollmacht eine vorschriftsmäßig versteuerte Urkunde vorhanden ist und sich bei den Gerichtsakten befindet. Ist die Hauptvollmacht stempelfrei, so ist auch die Substitutionsvollmacht stempelfrei, wenn die Hauptvollmacht in an sich stempelpflichtiger Form zu den Gerichtsakten eingereicht ist (AVf. vom 19. April 1899, JMBl. 125).

2. Ebenso BreslauAK. **12** 40 (AG. Neiße). Das Gesetz erachtet es für überflüssig, hervorzuheben, daß in den Fällen der vorläufigen Steuerfreiheit der Hauptvollmacht nach Reichsrecht die Untervollmacht natürlich auch vorläufig stempelfrei sei. Es setzt voraus, daß die maßgebenden Behörden eine nicht zu versteuernde Urkunde einer vorschriftsmäßig versteuerten Urkunde gleichstellen werden.

§ 116. Literatur: Wertheimer, Ersatz der Gebühren des nach § 116 ZPO. beigeordneten Rechtsanwalts, BayRpflZ. 12 176.

1. Wertheimer, BayRpflZ. **12** 176. Die sinngemäße Auslegung des § 116 muß zu dem Schlusse führen, daß die Gebühren des der armen Partei beigeordneten Rechtsanwalts im Falle des Sieges zu erstatten sind und in der Richtung gegen die unterlegene Partei festgesetzt werden müssen. § 116 enthält eine Vorschrift nur zugunsten der armen Partei, nicht aber auch zugunsten ihrer Gegenpartei; der Wortlaut „unentgeltlich" bezieht sich nur auf das Verhältnis des der armen Partei beigeordneten Rechtsanwalts zu seiner Partei.

2. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 363. Der beigeordnete Anwalt ist nicht befugt, außerhalb der mündlichen Verhandlung Anführungen zu berichtigen.

§ 117. ThürBl. **59** 121 (Jena). Die arme Partei ist zur Erstattung von Gebühren- oder Auslagenvorschüssen, die der Gegner bezahlt hat, insoweit verpflichtet, als damit Verbindlichkeiten gedeckt wurden, die nach der Regelung der Kostenpflicht durch Urteil oder Vergleich an sich der armen Partei obliegen würden.

§ 118. Abs. 2. Armutszeugnis. SächsOLG. **33** 113 (Dresden). Das Gericht ist an das Urteil der das Armutszeugnis ausstellenden Behörde nicht

gebunden. Die in dem Zeugnis enthaltenen Angaben über die Vermögensverhältnisse der das Armenrecht nachsuchenden Partei braucht es andererseits nicht selbst zu prüfen. Es muß der Partei überlassen bleiben, die Berichtigung bei der Verwaltungsbehörde zu beantragen.

§ 123. Vollmachtstempel. OLG. Dresden IDR. **10** jetzt auch R. **12** Nr. 2310.

§ 124. Umschreibung des Titels. ElsLothIZ. **12** 81, BuschsZ. **42** 373 (Colmar). Das den für eine arme Partei bestellten Gerichtsvollziehern und Anwälten im § 124 verliehene Recht, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner beizutreiben, beruht nicht auf einer gesetzlichen Zession des Anspruchs der armen Partei, stellt auch kein Pfandrecht an diesem dar, sondern bildet ein selbständiges Recht des Anwalts und Gerichtsvollziehers gegenüber dem in die Kosten verurteilten Prozeßgegner (**RG.** GruchotsBeitr. **45** 652). Daher keine Erteilung der Vollstreckungsklausel für den Anwalt oder Gerichtsvollzieher als Rechtsnachfolger nach § 727. Die Frage, ob eine (davon verschiedene) „Umschreibung" des Kostenfestsetzungsbeschlusses auf den Namen des Anwalts oder Gerichtsvollziehers zulässig ist, wird unentschieden gelassen.

§ 125. **RG.** V. BayRpflZ. **12** 462, R. **12** Nr. 3385. Die Beschränkung der Nachzahlungspflicht gilt auch für die Erben der armen Partei.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

§ 128. Verhandlungsmaxime. I. Kein Verstoß. 1. **RG.** VI. 3. 10. 12, R. **12** Nr. 3386, WarnE. **12** 496. Wenn die Parteien das, was sie dem erkennenden Gerichte vorzutragen beabsichtigen, ihm bereits in einem unmittelbar vorher verhandelten Rechtsstreite mitgeteilt haben und das Gericht dieser Umstände sich noch erinnert, so ist ein nochmaliger Vortrag nicht nötig.

2. **RG.** VI. R. **12** Nr. 1049, IW. **12** 198. Wenn nach Abnahme eines durch Beweisbeschluß auferlegten Eides die Anwälte „um Erkenntnis" bitten, ohne vor dem gleichbesetzten Gericht nochmals zu verhandeln, so liegt, wenn das Gericht daraufhin das Urteil erläßt, hierin kein Verstoß gegen den Prozeßgrundsatz der mündlichen Verhandlung. Zum mindesten beruht das Urteil nicht auf diesem Verstoße.

3. **RG.** I. 13. 1. 12, R. **12** Nr. 2070, IW. **12** 355. Dadurch, daß das Gericht seiner Entscheidung ein Gutachten zugrunde legt, das zwar nicht in der Schlußverhandlung des schwebenden, aber in der unmittelbar vorausgegangenen Verhandlung eines ähnlichen andern Prozesses vorgetragen worden, ist das Mündlichkeitsprinzip nicht verletzt, vorausgesetzt, daß die Vertreter der Parteien sich darüber, daß dieses Gutachten als auch in der schwebenden Sache vorgetragen gelten solle, geeinigt haben, ihr Einverständnis im Tatbestand oder im Sitzungsprotokolle festgestellt und die Wiederholung des Vortrags vom Gerichte nicht für erforderlich erachtet worden ist.

II. Verletzung des Grundsatzes. **RG.** VI. WarnE. **12** 199. Es verstößt gegen die Verhandlungsmaxime, die Aussage eines Zeugen, der als solcher nicht vernommen werden durfte, weil er zur gesetzlichen Vertretung einer Partei berufen ist, als Behauptung dieser Partei zu verwerten, wenn der Prozeßbevollmächtigte der Partei nirgends erklärt hat, die Partei wolle sich die Zeugenaussage aneignen und als ihre Parteibehauptung vorgetragen haben.

§ 130. I. Ziff. 1. Wegen Bezeichnung der Inhaber einer Firma vgl. §§ 253 Nr. I 1, 313, auch 331.

II. Ziff. 6. Wegen der Unterzeichnung der Einspruchsschrift vgl. § 340.

§ 136. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 364. Zu den durch die Bestimmungen über die Prozeß-(Sach-)leitung und die sitzungspolizeilichen Befug-

nisse begründeten Rechten und Pflichten gehören auch das Recht und die Pflicht, das Berichtigen rechtlicher oder tatsächlicher Anführungen anzuregen, wo Grund dazu vorhanden zu sein scheint. Für die Zulässigkeit und Wirkung einer solchen Berichtigung gilt nichts Besonderes.

§ 137. Literatur: Baum, Moderne Schriftlichkeit, R. **12** 458—462. — Meyer, Sollen jedem der Richter Abschriften der Schriftsätze zur Vorbereitung auf die Verhandlung mitgeteilt werden? R. **12** 520—521.

1. Baum, R. **12** 458 ff., empfiehlt Herstellung von Abschriften der Schriftsätze für jedes Gerichtsmitglied, damit auf diese Weise die mündliche Verhandlung von dem überflüssigen Ballast der Wiederholung der Schriftsätze befreit werde. Zu diesem Zwecke hält er eine Ersetzung des in der Praxis doch fast nie befolgten § 137 Abs. 3 Satz 1 durch eine dem § 502 Abs. 2 entsprechende Bestimmung für erwünscht.

2. Dagegen wendet sich Meyer, R. **12** 520 f.

§ 138. Umfang der Erklärungspflicht. **RG.** II. 5. 12. 11, LeipzZ. **12** 230, GruchotsBeitr. **56** 631, JW. **12** 199, R. **12** Nr. 236. Durch § 138 wird eine Erklärungspflicht der Partei in dem beschränkten Sinne begründet, daß die Partei beim Mangel einer prozeßgerechten Erklärung den Rechtsnachteil erleidet, daß die Behauptung des Gegners als zugestanden gilt, daher gemäß § 288 keines Beweises bedarf und ohne Prüfung ihrer Wahrheit dem Urteile zugrunde gelegt werden kann. Erklärt eine Partei, daß sie die Angaben des Gegners im einzelnen bestreite, aber nicht alle Angaben bestreite, eine weitere Erklärung jedoch nicht abgeben könne, so bleibt es völlig ungewiß, auf welche der verschiedenen Angaben sich ihr Bestreiten bezieht. Ein so allgemeines und unbestimmtes Bestreiten genügt nicht und ist nicht prozeßgerecht. Denn bei dem Mangel eines auf bestimmte einzelne Punkte gerichteten Bestreitens und eines jeden Anhaltspunkts für die Absicht der Partei, welche von den einzelnen verschiedenen Posten sie bestreiten und welche anderen sie nicht bestreiten will, muß die Unbestimmtheit ihrer Erklärung die Folge haben, daß alle die einzelnen Behauptungen nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit bestritten worden, daher als zugestanden anzusehen sind.

§ 139. I. Fragepflicht. Einzelfälle. 1. **RG.** III. JW. **12** 591 Nr. 12. Die Vorschrift des § 139 erstreckt sich auch auf die Erläuterung unklarer Anträge und folgeweise auch auf die Ergänzung zu allgemein oder zu unbestimmt gehaltener Anträge (vgl. § 253).

2. **RG.** II. 27. 2. 12, LeipzZ. **12** 920, JW. **12** 457. Erscheint dem Gerichte die (an sich erhebliche) Behauptung, daß die Kläger dem Beklagten gegenüber ein den Geschäftsverkehr ausschließendes unfreundliches Benehmen an den Tag gelegt hätten, zu allgemein, so muß es gemäß § 139 das Fragerecht ausüben.

3. **RG.** II. JW. **12** 644. Die Beweisantretung dafür, daß der Gegner einen Tatumstand gekannt habe, schließt regelmäßig auch die Behauptung in sich, daß er wenigstens mit der Möglichkeit des Vorliegens jenes Tatumstandes gerechnet habe. Sofern letzteres von Erheblichkeit ist, besteht daher für das Gericht die Pflicht, der den Beweis antretenden Partei durch Befragen Gelegenheit zu geben, auch diese Tatsache noch unter Beweis zu stellen.

4. **RG.** VII. LeipzZ. **12** 461. Kommt es beim Fahrniserwerb nach § 932 BGB. auf den guten Glauben an, so ist der Partei, die sich auf ihr Eigentum beruft, durch Ausübung des richterlichen Fragerechts Gelegenheit zu geben, sich über ihren guten Glauben zu äußern und das zu ihrem Schutze Erforderliche vorzubringen, insbesondere darüber Rechenschaft abzulegen, ob sie der ihr obliegenden Erkundigungspflicht nicht in der einen oder anderen Weise genügt habe.

5. **RG.** VI. 2. 5. 12, R. **12** Nr. 1821. Hat der wegen Nichtstreuens bei Eisglätte in Anspruch genommene Beklagte den Entlastungsbeweis für sein Dienstmädchen angetreten, so darf er nicht unter Übergehung dieses Entlastungsbeweises mit der

Begründung verurteilt werden, daß er — da er selbst die Ausübung einer Kontrolle nicht behauptet habe — seiner Kontrollpflicht nicht genügt habe. Hierin liegt eine Verletzung der Fragepflicht.

6. **RG.** V. 10. 7. 12, DJZ. 12 1354. Fordert der Kläger einen Geldbetrag als Schadensersatz, während ihm in Wirklichkeit nur ein Minderungsanspruch zusteht, so hat das Gericht angesichts der falschen, aber für die rechtliche Beurteilung unerheblichen Bezeichnung der Forderung gemäß § 139 auf Erläuterung des unklaren Antrags hinzuwirken, zumal wenn für die Berechnung des Minderwerts Unterlagen gegeben sind.

7. **RG.** VII. 26. 1. 12, R. 12 172. Wer nach gesetzlicher Vorschrift Sicherheit zu fordern hat, mit dem dieserhalb gestellten Antrag aber nicht vollständig die Art der Sicherheit bezeichnet, die ihm der Richter glaubt zubilligen zu können, ist deshalb noch nicht mit der Klage abzuweisen. Vielmehr hat der Richter darauf hinzuwirken, daß der Antrag eine Fassung erhält, bei der für die Anwendung des § 187 I. 14 ALR. der nötige Spielraum bleibt.

II. Grenzen der Fragepflicht. 1. Keine Verpflichtung, auf die Aufstellung völlig neuer Anführungen hinzuwirken. a) **RG.** I. LeipzZ. 12 465. Das richterliche Fragerecht ist nicht gegeben, um im Anwaltprozeß auf eine andere Begründung des erhobenen Anspruchs und auf das Vorbringen der erforderlichen neuen Anführungen hinzuwirken, wenn der Klagegrund bestimmt angegeben ist. So besteht bei einer auf § 823 BGB. gestützten Klage gegen den Eisenbahnfiskus kein Anlaß zur Prüfung der Frage, ob es sich etwa um einen Betriebsschaden handle, der auch unabhängig von dem Nachweise eines Verschuldens ersetzt werden müsse. b) **RG.** III. 2. 2. 12, R. 12 Nr. 3111. Die Aufklärungspflicht des Gerichts hat den Zweck, die Erläuterung und Ergänzung unklarer Anträge und ungenügender Angaben der geltend gemachten Tatsachen herbeizuführen, nicht aber die Parteien zur Aufstellung ganz neuer rechtlicher Grundlagen für Ansprüche oder Einreden zu veranlassen.

2. Voraussichtliche Erfolglosigkeit der Befragung. a) **RG.** LeipzZ. 12 313. Es besteht keine richterliche Fragepflicht, wenn die Partei nicht imstande ist, bestimmte Tatsachen zu behaupten, sondern erst die Beweisaufnahme dazu dienen soll, die Unterlagen zur Aufstellung bestimmter Behauptungen zu beschaffen. b) **RG.** IV. R. 12 Nr. 2963. Keine Verletzung der Fragepflicht, wenn das ungenügende Parteivorbringen die Annahme rechtfertigt, die Partei sei nicht in der Lage, bestimmte Tatsachen anzuführen. c) Ebenso **RG.** IV. R. 12 Nr. 3110. d) **RG.** VI. 16. 11. 11, R. 12 Nr. 1050, JW. 12 198. Die Fragepflicht entfällt, wenn die Parteien weitere Anführungen ersichtlich nicht machen wollen. Sie kann nicht dahin gehen, die Parteien zu Anführungen und Anträgen zu zwingen.

3. a) **RG.** VI. 28. 9. 11, R. 12 Nr. 2071. Auf eine Eideszuschiebung braucht das Gericht neben anderen angebotenen Beweisen nicht hinzuwirken. b) **RG.** V. LeipzZ. 12 656. Sind Wortlaut und Sinn einer Vertragsurkunde unstreitig, so muß die Partei von selbst und ohne Ausübung der richterlichen Fragepflicht die Gründe und Umstände angeben, wegen deren dennoch die mündliche Abrede und nicht das Niedergeschriebene gelten soll. c) **RG.** III. JW. 12 541, LeipzZ. 12 389. Das Gericht ist nicht verpflichtet, zur Verwertung der aus dem persönlichen Eindruck einer Partei entnommenen Geschäftsunerfahrenheit dieser Partei, die Gegenpartei zu einer Äußerung über die Person der Partei zu veranlassen, auch wenn letztere sich selbst nicht auf ihre Geschäftsunerfahrenheit berufen hat.

III. Rein formelle Ausübung des richterlichen Fragerechts. Vertagungspflicht. 1. KGBl. 12 4 (KG.). Kann der Prozeßbevollmächtigte einer Partei auf richterliches Befragen eine Auskunft auf das Vorbringen der Gegenpartei nicht sofort geben, sondern erklärt er, daß er sich lediglich

bestreitend verhalte und irgendwelche erläuternde Angaben nicht zu machen vermöge, so darf sich das Gericht mit dieser negativen Erklärung des Anwalts nicht begnügen, zumal wenn die Partei selbst offenbar in der Lage ist, die erforderliche Aufklärung zu geben. Es muß vielmehr durch eine Vertagung der Verhandlung dem Anwalte Gelegenheit geben, weitere Informationen bei seiner Partei einzuholen.

2. *Förster-Kann 1 429 Note 3. Kann eine Partei die an sie gerichtete Frage nicht sofort beantworten, so ist ihr auf Antrag Vertagung zu gewähren, selbst wenn sie bei gewissenhafter Vorbereitung den zum Gegenstande der Frage gemachten Mangel nicht hätte übersehen dürfen. Durch Ablehnung des Vertagungsantrags würde die Ausübung des Fragerechts zu einer leeren Formalität herabsinken.

§ 147. Unzulässigkeit der Verbindung mehrerer Kostenfestsetzungsgesuche. OLG. 25 127, SächsOLG. 33 333 (Dresden). Die Verbindung mehrerer bis zur Erlassung der Urteile getrennt verhandelter Sachen zu gemeinsamer Entscheidung über die Kostenfestsetzungsgesuche ist unzulässig, weil die Kostenfestsetzung keinen selbständigen Charakter hat und nur dazu dient, jedes Urteil in betreff der darin über die Kosten des zugehörigen Rechtsstreits getroffenen Entscheidung zu vervollständigen.

§ 148. Literatur: Marcus, Zur prozeßrechtlichen Differenzierung der Schiedsrichter- und der Arbitratorenklausel, R. 12 92—93. — Oelenheinz, Die Adelshoheit des Monarchen in Preußen und die Selbständigkeit der richterlichen Entscheidung, JW. 12 173—175.

I. Abhängigkeit. 1. LeipzZ. 12 172 (Colmar). Die Aussetzung der Entscheidung über die Klage des neuen Gläubigers auf Zahlung der ihm abgetretenen Forderung wegen der vom Verwalter im Konkurse des früheren Gläubigers erhobenen Klage auf Anfechtung dieser Abtretung ist unstatthaft, da die Anfechtung keine dingliche Wirkung äußert.

2. OLG. 25 84 (München). Gleichheit der Streitsache unter den gleichen Streitteilen mit nur umgekehrten Parteirollen, nicht aber Abhängigkeit des einen Rechtsstreits von dem anderen im Sinne des § 148 liegt vor, wenn in dem einen Rechtsstreit Erlaß einer Strafandrohung gemäß § 890 beantragt ist und in dem anderen Rechtsstreite der Schuldner gegen den Gläubiger auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung klagt.

II. Aussetzungsgründe.

1. Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. JDR. 10 Nr. I 3 a jetzt auch OLG. 25 84.

2. Schiedsvertrag. Marcus, R. 12 92. Die Frage, ob die Parteien einen Schiedsvertrag abgeschlossen oder sich über ein Schiedsgutachten haben verständigen wollen, spielt auch im Hinblick auf die Aussetzungsbefugnis nach § 148 eine Rolle, die nur im ersteren Falle gegeben ist.

3. Aufrechnung mit einer öffentlich-rechtlichen Gegenforderung. **RG.** VII. 21. 11. 11, 77 411, JW. 12 149, R. 12 Nr. 288. Die Vorschrift ist auch auf den Fall anwendbar, daß einem privatrechtlichen Klaganspruch eine öffentlich-rechtliche Gegenforderung entgegengesetzt wird. Ob das Gericht in einem solchen Falle zur Anordnung der Aussetzung verpflichtet ist, wird dahingestellt gelassen. Hält sich das Gericht für befugt, ohne Aussetzung auch über das Bestehen der Gegenforderung selbständig zu befinden, so könnte das allerdings nur für die Entscheidung über den Klaganspruch von Bedeutung sein und die entgültige Entscheidung der Verwaltungsgerichte nicht ausschließen.

III. Bindung der Gerichte an die Entscheidung des Heroldsamts. Oelenheinz, JW. 12 173 ff. Die deklaratorischen (streit-

entscheidenden) Beschlüsse des Heroldsamts haben für die Gerichte keine weitergehende Bedeutung als gleichartige Entschließungen anderer Verwaltungsbehörden. Sie sind in Ermangelung gegenteiliger Bestimmung der Gesetze für das Prozeßgericht unverbindlich.

IV. Streitwert im Falle der Beschwerde gegen die Aussetzung vgl. § 3 Nr. V 2.

§ 157. Literatur: Landsberger, Die Unanfechtbarkeit der Nichtzulassung geschäftsmäßiger Vertreter vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten, GewuKfmG. 12 220—223. — Levin, Zurückweisung der Rechtskonsulenten nach §§ 157, 158 ZPO., JW. **12** 778—779.

I. Begriff der Geschäftsmäßigkeit. OLG. **25** 86 (KG.). „Geschäftsmäßig" handelt derjenige, der ein bestimmtes Handeln zu einem Teile seiner Lebensaufgabe oder Berufstätigkeit macht.

II. Umgehung der Zurückweisung. Levin, JW. **12** 778 ff. Es unterliegt keinem Bedenken, den gewohnheitsmäßigen Prozeßvertreter, der als Rechtskonsulent bekannt ist oder erkannt wird, auch dann zurückzuweisen, wenn er sich, insbesondere von mehreren Personen, zum Generalbevollmächtigten bestellen läßt.

III. Abs. 2. 1. HansGZ. **12** Beibl. 204 (Hamburg). Kann die Partei (im vorliegenden Falle eine GmbH. in Firma „Ankauf alter Außenstände") nur durch ihren gesetzlichen Vertreter handeln, so richtet sich das Zurückweisungsrecht des Gerichts auf Grund von Abs. 2 Satz 2 des § 157 auch gegen ihn.

2. *Förster-Kann I, 459 Note 2 a bb β. Der Tatbestand der Abtretung des Anspruchs ist auch gegeben, wenn der Kläger zur Geltendmachung des Anspruchs durch Inkassomandat ermächtigt worden ist.

IV. Abs. 3. Zulässigkeit der Beschwerde. OLG. **25** 85 (KG.). Bestreitet der nach § 157 Abs. 1 Zurückgewiesene, daß er das Verhandeln geschäftsmäßig betreibt, so richtet sich seine Beschwerde nicht sowohl dagegen, daß das Gericht von seinem „Ermessen" einen nicht gerechtfertigten Gebrauch gemacht habe, als vielmehr dagegen, daß hier überhaupt ein Fall des § 157 Abs. 1 vorliege. Die Beschwerde ist daher in diesem Falle nach § 567 zulässig.

V. Anwendbarkeit der Bestimmungen im Verfahren vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten. 1. OLG. **25** 86 (KG.). Der § 157 Abs. 2 u. 3 findet vor den Gew.- und KfmG. keine Anwendung, sondern ist für diese durch § 31 GewGG. ersetzt. Deshalb ist, da § 31 GewGG. die Beschwerde nicht ausschließt, das Rechtsmittel nach § 567 zuzulassen.

2. Dagegen BayRpflZ. **12** 466, R. **12** Nr. 3387 (Nürnberg). Soweit der Inhalt des § 157 durch die Sondervorschrift des § 31 GewGG. nicht berührt wird, bleibt er nach § 26 auch für das gewerbegerichtliche Verfahren anwendbar. Dies gilt besonders von Abs. 3, der die Anfechtung der Anordnungen über die Zurückweisung von Vertretern schlechthin ausschließt. Die gleiche Folge ergibt sich auch aus § 55 GewGG., wonach in den vor die GewG. gehörigen Rechtsstreitigkeiten die Rechtsmittel stattfinden, welche in den amtsgerichtlichen Streitigkeiten zulässig sind; hier ist nun aber das allgemeine Beschwerderecht des § 567 durch das Beschwerdeverbot des § 157 Abs. 3 eingeengt, also muß diese Beschränkung auch für gewerbegerichtliche Streitigkeiten gelten.

3. Ebenso Landsberger, GewuKfmG. **17** 220 ff. Eine Beschwerde gegen Anordnungen der Gew.- und KfmG. über die Nichtzulassung von Personen, welche das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, ist unzulässig. Gemäß § 26 GewGG. finden auf das Verfahren vor dem GewG. die Vorschriften der ZPO. entsprechende Anwendung. Demgemäß gilt in diesem Verfahren auch § 157 Abs. 3 ZPO. Durch § 31 GewGG. ist nur Abs. 2, nicht auch Abs. 3 von § 157 ZPO. abgeändert.

4. BayRpflZ. **12** 466 (Nürnberg). Bei unzulässiger Aufhebung eines Zurückweisungsbeschlusses durch das LG. im Verfahren vor dem GewG. steht der Partei zur Fortsetzung des einmal eröffneten Rechtszugs die weitere Beschwerde nach §§ 567, 568 Abs. 2 zu, um die Zulässigkeit des Verfahrens anzugreifen (**RG.** JW. **97** 459).

§ 158. Levin, JW. **12** 778—779. § 158 Satz 2 ist auch anwendbar, wenn im zweiten Termin ein Unterbevollmächtigter des zurückgewiesenen Bevollmächtigten auftritt. Ebenso wenn ein anderer Bevollmächtigter auf Grund neuer Prozeßvollmacht auftritt und die Voraussetzungen einer Gesetzesumgehung zweifellos vorliegen.

§ 160. 1. OLG. **25** 128 (Marienwerder). Ein gerichtliches Anerkenntnis bedarf zu seiner Wirksamkeit nicht der gemäß § 160 vorgeschriebenen Protokollierung und kann auch in die Form der Verlesung eines Antrags eingekleidet sein (vgl. **RG.** JW. **93** 156, GruchotsBeitr. **37** 1232).

2. **RG.** V. 28. 10. 11, R. **12** Nr. 88. Das Sitzungsprotokoll ist nicht zu Feststellungen über die Ausübung des Fragerechts bestimmt.

§ 163. Literatur: Kanzlisten als Protokollführer und Entbehrlichkeit des Protokollführers, Kloß, DJZ. **12** 740—742 und Levin, DJZ. **12** 1346—1347.

Zweiter Titel. Zustellungen.

I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien.

§ 171. I. Zustellung an den Generalagenten einer Versicherungsaktiengesellschaft. OLG. Colmar JDR. **10** Nr. 3 jetzt auch ElsLothJZ. **12** 136.

II. Abs. 3. Das Interesse der mehreren gesetzlichen Vertreter muß gleichmäßig sein. LeipzZ. **12** 946, ElsLothJ. **12** 460 (Colmar). Dem Erfordernisse der an den Vorstand und den Aufsichtsrat der Genossenschaftt zu bewirkenden Zustellung der Anfechtungsklage nach § 51 GenG. wird durch die Zustellung an eines der beiden Vertretungsorgane nach § 171 Abs. 3 nicht genügt. Diese Vorschrift verlangt ein gleichmäßiges Interesse der mehreren gesetzlichen Vertreter. Jene beiden Organe aber können von verschiedenen Interessen geleitet werden (ebenso Skonietzki Anm. 10 und Stein Anm. III zu § 171).

§ 173. Literatur: Ehrenberg, Handelsregistergericht und Prozeßgericht. — Prüfungspflicht und Prüfungsrecht des Registergerichts. JheringsJ. **61** 423—492.

1. Generalbevollmächtigter. **RG.** III. WarnE. **12** 198, R. **12** Nr. 772. Der Begriff des Generalbevollmächtigten im Sinne des § 173 ist nicht auf den zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers Berufenen zu beschränken, vielmehr auch dann gegeben, wenn sich die Vollmacht auf einen bestimmten, durch objektive Merkmale begrenzten größeren Kreis von Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers bezieht, z. B. auf die Ermächtigung zur Öffnung aller an den Vollmachtgeber gerichteten Briefe.

2. Prokurist. Ehrenberg, JheringsJ. **61** 491. Die Zustellung an den Prokuristen ist so lange wirksam, als das Erlöschen der Prokura noch nicht eingetragen oder zwar eingetragen, aber noch nicht bekanntgemacht ist, es sei denn, daß der Zustellende bereits anderweitig Kenntnis von der Entziehung der Prokura erhalten hat.

§ 174. 1. RheinA. **109** 267 (Cöln). Die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten ist für die Zuständigkeit ohne Bedeutung.

2. PosMSchr. **12** 127 (Königsberg). Die deutschen Schutzgebiete gehören nicht zum Deutschen Reiche.

§ 176. I. Beginn der Pflicht für die Zustellung gemäß § 176. HansGZ. **12** Beibl. 172 (Hamburg). Für die Frage der Bestellung des

Prozeßbevollmächtigten und die Kenntnis des Gegners von der Bestellung kommt es auf den Zeitpunkt der Zustellung, nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung des Zustellungsauftrags an (aM. Stein [10] Anm. III Nr. 2 zu § 176).

II. Das Verfahren über eine einstweilige Verfügung gehört nicht zum Rechtsstreit über die Hauptsache. KGBl. 12 77 (LG. I Berlin). Das Verfahren betreffend den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach §§ 916 ff. zeigt gegenüber dem Prozeßverfahren in Beginn und Weiterentwickelung eine derartige Selbständigkeit, daß es als selbständiger Rechtsstreit im Sinne des § 176 anzusehen ist. Die Zustellung einer einstweiligen Verfügung an die Partei selbst ist daher so lange wirksam, als der Prozeßbevollmächtigte des Hauptprozesses nicht auch für das Verfahren der einstweiligen Verfügung besonders bestellt ist.

III. *Förster-Kann I, 487 Note 2. Als „für die Instanz bestellter Prozeßbevollmächtigter" ist anzusehen, wer im Prozeß ohne Widerspruch der vertretenen Partei in der Rolle des Prozeßbevollmächtigten auftritt. Ein Auftreten als Prozeßbevollmächtigter ist darin zu finden, daß der Vertreter seine Bestellung zum Prozeßbevollmächtigten durch Zustellung eines Schriftsatzes oder durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung anzeigt. Die bloße Einreichung der Vollmacht bei Gericht ist dagegen der Gegenpartei gegenüber, die bloße Mitteilung an die letztere dem Gerichte gegenüber unwirksam. Das Auftreten kann auch darin bestehen, daß jemand sich als Prozeßbevollmächtigter geriert, z. B. im Termine für die Partei erscheint, verhandelt, dem Gegner Schriftsätze zustellt usw. Der Anwalt, der eine Klage bei dem AG. ohne Beifügung einer Prozeßvollmacht einreicht, geriert sich damit als Prozeßbevollmächtigter; mithin ist die Ladung ihm, nicht etwa der Partei selbst zuzustellen. — Ist ein kraft materiellen Rechtes mit Prozeßvollmacht versehener Vertreter, z. B. ein Prokurist, vorhanden, so ist die Gegenpartei zwar berechtigt, an diesen zuzustellen. Eine Zustellungspflicht entsteht gegenüber dem Vertreter jedoch erst dadurch, daß er im Prozeß als solcher auftritt; sie hört auf, sobald die Partei einen besonderen Bevollmächtigten für den Prozeß bestellt hat.

§ 178. Vollstreckungsgegenklage. SeuffA. **67** 114 (Posen). Die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 muß dem für den Vorprozeß bestellten Prozeßbevollmächtigten des jetzigen Beklagten zugestellt werden.

§ 180. Abs. 2. Begriff der Wohnung. **RG.** III. JW. **12** 1106, BayRpflZ. **12** 483. Für den Begriff der Wohnung im Sinne der §§ 180 ff. kommt es auf das tatsächliche Wohnen, insbesondere den Ort an, wo der Zustellungsempfänger und seine Familie den Mittelpunkt ihres Lebens haben. Verläßt der Wohnungsinhaber die Wohnung schon einige Tage vor dem Umzuge seiner Familie, um sich an seiner neuen Arbeitsstätte einzurichten, so gibt er damit die Wohnung noch nicht auf.

§ 181. Abs. 2. 1. BuschsZ. **43** 124, ElsLothJZ. **12** 405 (Colmar). Die Übergabe einer Zeugenladung an den Inhaber des Hotels, in dem sich der Zeuge entgegen der Angabe des Beweisführers nicht aufhält, ist keine wirksame Zustellung.

2. OLG. **25** 143, R. **12** Nr. 2689 (Colmar). Eine Ersatzzustellung des Entmündigungsbeschlusses an den in der Irrenanstalt befindlichen Entmündigten „zu Händen des Anstaltspförtners" ist unzulässig.

§ 185. KGBl. **12** 57 (LG. II Berlin). Die Benutzung des Schuldners des Gläubigers zur Ersatzzustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner fällt nicht unter die Ausnahme des § 185.

§ 189. KGBl. **12** 116 (KG.). Aus der Zustellungsbescheinigung braucht nicht hervorzugehen, daß die Zustellung an den Adressaten in mehrfacher Eigenschaft (z. B. Partei und Vertreter einer anderen Partei) erfolgt ist.

§ 190. Abs. 3. HessRspr. **13** 84 (LG. Gießen). Die Vorschrift ist nicht zwingend. Vgl. § 191 Nr. II.

§ 191. I. Ziff. 3. Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll. SchlHolstAnz. **12** 143 (Kiel). Für die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll, ist, wenn es sich um die Zustellung einer Klage handelt, die Klageschrift maßgebend. Bei Verschiedenheit der Bezeichnung in der Klageschrift und in der Zustellungsurkunde ist die Zustellung ungültig, eine Rechtshängigkeit also nicht entstanden. Daher kein Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Kläger. Vgl. unten § 330.

II. Ziff. 6. Beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde. HessRspr. **13** 84 (LG. Gießen). Die Beifügung einer beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde für den Empfänger ist kein wesentliches Erfordernis einer gültigen Zustellung (vgl. **RG. 52** 13, SeuffA. **42** 327).

§ 198. I. Abs. 1. OLG. **25** 77 (Nürnberg). Behält sich beim Abschluß eines Prozeßvergleichs zwischen den Anwälten der Parteien die eine Partei das Recht vor, den Vergleich binnen bestimmter Frist durch die Zustellung eines Schriftstücks an den Vertreter der Gegenpartei zu widerrufen, so spricht die Vermutung für die Vereinbarung einer ordnungsmäßigen Zustellung im Sinne der ZPO. In der bloßen Mitteilung eines den Widerruf enthaltenden Schriftstücks an den Gegner liegt keine wirksame Zustellung im Sinne des § 198.

II. Abs. 2. Zulässigkeit des Gegenbeweises. **RG.** VII. 2. 4. 12, **79** 197, R. **12** Nr. 1513. Gegen die Richtigkeit der Datierung des Empfangsbekenntnisses des Prozeßbevollmächtigten ist die Führung des Gegenbeweises zulässig (**RG. 14** 349, **51** 163).

§ 199. PosMSchr. **12** 127 (Königsberg). Die deutschen Schutzgebiete sind im Sinne des § 199 als Ausland anzusehen (vgl. § 8 Nr. 1, 2 AVf. vom 16. Juni 1910 betr. Ersuchen nach dem Auslande, JMBl. 189).

§§ 199, 202. OLG. **22** 401, DNotV. **12** 35 (Colmar). Die Bestimmungen gelten auch für die Zustellung vollstreckbarer Urkunden im Auslande. Zuständig ist das Gericht, das für die Klage aus der Urkunde zuständig wäre. Die im § 797 Abs. 3 oder 5 bezeichneten Gerichtsstände sind nicht gegeben.

§ 203. Abs. 2. **RG.** VII. BayRpflZ. **12** 72. Beispiel der Zulässigkeit der öffentlichen Zustellung statt der Zustellung auf diplomatischem Wege bei einer in Portugal zu bewirkenden Zustellung.

§ 207. I. Abs. 1. **RG.** VII. R. **12** Nr. 116, BayRpflZ. **12** 72. Wird zunächst ein Gesuch um Zustellung durch Ersuchen ausländischer Behörden und nach dessen Erfolglosigkeit ein solches um öffentliche Zustellung angebracht, so ist die Wirkung der nunmehr erfolgten Zustellung auf den Zeitpunkt der Überreichung des ersten Gesuchs zurückzubeziehen (vgl. **RG. 70** 291).

II. Die Notfrist wird durch die Überreichung der Berufungsschrift an den Gerichtsschreiber in dessen Privatwohnung innerhalb der Frist nicht gewahrt. OLG. **25** 123 (Hamburg). Die Berufungsschrift ist bei dem Berufungsgericht einzureichen. Die Gerichtsschreiber sind nach dienstlicher Anweisung nicht ermächtigt, außerhalb des Gerichtsgebäudes und der Dienststunden in amtlicher Eigenschaft von den Parteien Schriftstücke entgegenzunehmen. Leisten sie dem Antrag einer Partei um Entgegennahme Folge, so stellen sie sich lediglich aus Entgegenkommen in den Dienst der Partei zur Übermittelung des Schriftstücks an das Gericht und dieses wird bei dem Gericht erst mit dem Augenblick eingereicht, in welchem es der Beamte im Gerichtsgebäude an zuständiger Stelle einliefert (vgl. OLG. Hamburg JDR. **10** Nr. 2 für das Recht vor 1. Juni 1909).

II. Zustellungen von Amts wegen.

§ 210. **RG.** LeipzZ. 12 74. Ist noch kein Prozeßbevollmächtigter für die Revisionsinstanz bestellt, so ist im Falle der Unterbrechung des Verfahrens die Anzeige des § 244 an den für die Berufungsinstanz bestellten Vertreter, nicht an den Anwalt erster Instanz zuzustellen.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 216. 1. Abs. 2. OLG. **25** 132 (KG.). Das AG. kann auf die Klage eines gerichtskundig Entmündigten die Terminsbestimmung ablehnen. Es würde ein unerträglicher Formalismus sein, wenn das Gericht verpflichtet sein sollte, auf Antrag einer nicht prozeßfähigen Person Amtshandlungen vorzunehmen, die zu keinem Ziele führen, dem Gegner aber nur überflüssige Schwierigkeiten und Kosten verursachen.

2. *Förster-Kann I, 540 Note 2. Die Prüfung der Ladungsschrift bei der Terminsanberaumung ist eine rein formelle. Insbesondere ist nicht zu prüfen, ob der Ladende und der Geladene Parteistellung haben, da im Wege der Klagänderung dritte Personen in den Prozeß hineingezogen werden können, ferner nicht, ob der Anwalt, welcher die Ladungsschrift unterzeichnet hat, bevollmächtigt ist (auch nicht im Falle der §§ 613, 640) und ob er bei dem Prozeßgerichte zugelassen ist. Hat dagegen die Partei selbst unterzeichnet, so ist die Terminsbestimmung abzulehnen. — Keine besonderen Grundsätze gelten für die Vorprüfung der Klageschrift. So steht z. B. der Terminsanberaumung der Umstand nicht entgegen, daß die Klageschrift nicht den Erfordernissen des § 253 genügt, daß der Rechtsweg unzulässig, das angerufene Gericht unzuständig oder der Beklagte von der inländischen Gerichtsgewalt eximiert ist.

§ 219. *Förster-Kann I, 545 Note 3 b (vgl. auch I, 937 § 357 Note 1). Wird dem Richter, der einen Termin an Ort und Stelle anberaumt hat, von dem Berechtigten der Zutritt verweigert, so ist er keineswegs wie eine Verwaltungsbehörde (vgl. z. B. § 242 Abs. 1 AngVersG., § 1580 RVersO.) ohne weiteres befugt, den Widerstand mit Gewalt zu brechen. Vielmehr kann er Zwang nur so weit üben, als ihm die Prozeßgesetze diese Befugnis gewähren. So ermächtigt ihn das Gesetz (§ 380), das Erscheinen von Zeugen und Sachverständigen zu erzwingen, während ihm gegen die Partei selbst Zwangsmittel nur in Ehe- und Familienstandssachen zustehen (§ 619 Abs. 3). Im gleichen Umfang und mit den gleichen Mitteln kann der Richter gegen den Willen des Berechtigten das Betreten der Räume erzwingen. Für die Anwendung von Zwang gegenüber anderen Personen fehlt es an jeder gesetzlichen Grundlage, ebenso für die Anwendung von Zwangsmitteln anderer Art (Mitwirkung des Gerichtsdieners, des Gerichtsvollziehers oder gar militärischer Macht nach Art des § 758 Abs. 3). — Gestattet ein der Zwangsgewalt des Gerichts nicht unterworfener Berechtigter die Abhaltung eines Termins in seinen Räumen, so begibt er sich damit nicht seines Hausrechts. Daraus folgt, daß der Richter keineswegs die Befugnis hat, den Berechtigten etwa im Wege einer sitzungspolizeilichen Anordnung aus seinen eigenen Räumen zu entfernen. Widerruft der Berechtigte die Genehmigung, so muß der Richter die Sitzung abbrechen. Gestattet der Berechtigte zwar dem Richter und dem Gerichtsschreiber das Betreten der Räume, untersagt er dagegen einer Partei den Zutritt, so muß die Verhandlung unterbleiben. — Mit Genehmigung des Berechtigten kann auch ein Termin zur mündlichen Verhandlung in Privaträumen veranstaltet werden. Die Öffentlichkeit ist gewahrt, solange der Wohnungsinhaber dritten Personen, welche der Verhandlung beiwohnen wollen, das Betreten der Räume nicht verbietet. AM. Laubhardt, R. **11** 425.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 232. Abs. 2. Anwendbarkeit bei der Restitutionsklage s. § 582 Nr. 3.

§ 233. I. Allgemeines zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1. Rechtsirrtum. **RG.** VI. WarnE. **12** 150, JW. **12** 201, R. **12** Nr. 2090. Ein Rechtsirrtum stellt keinen unabwendbaren Zufall dar.

2. Unabwendbarer Zufall. SchlHolstAnz. **12** 47 (Kiel). Erforderlich ist, daß auch das äußerste, nach Lage des einzelnen Falles vernünftigerweise zu erwartende Maß von Vorsicht und Sorgfalt nicht imstande gewesen wäre, die Einhaltung der Frist zu ermöglichen. Daher keine Wiedereinsetzung trotz fristgerechter Einreichung der Rechtsmittelschrift bei einer falschen Annahmestelle.

II. Einzelfälle. 1. Bewilligung der Wiedereinsetzung. **RG.** VI. R. **12** Nr. 89, JW. **12** 77. Verzögerung der Aktenvorlegung durch die Gerichtsschreiberei kann als unabwendbarer Zufall angesehen werden.

2. Ablehnung der Wiedereinsetzung. **a)** Verspätete Einreichung des Gesuchs (2 oder 3 Tage vor Ablauf der Frist). α. **RG.** VI. JDR. **10** Nr. III 3 jetzt auch ElsLothJZ. **12** 171. β. **RG.** VI. 18. 12. 11, R. **12** Nr. 2313. Hat eine Partei erst am vierten Tage vor Ablauf der Revisionsfrist die Bewilligung des Armenrechts für die Revisionsinstanz nachgesucht, so hat sie die Versäumung der Revisionsfrist selbst verschuldet. **b)** R. **12** Nr. 3387 (Nürnberg). Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist kann der Partei nicht gewährt werden, wenn sie das an den Anwalt der Berufungsinstanz gerichtete, den Auftrag zur Einlegung der Berufung enthaltende Schreiben als einfachen Brief zur Post gegeben hatte. Erfahrungsgemäß sind Verluste von Postsendungen, wenn auch verhältnismäßig selten, doch niemals ausgeschlossen. **c)** **RG.** VI. JW. **12** 201, R. **12** Nr. 2090. Unterlassung der Zahlung des Gebührenvorschusses für die Revisionsinstanz innerhalb der Frist des § 554 Abs. 7 infolge von Krankheit und Bettlägerigkeit ist kein unabwendbarer Zufall, wenn die Partei nicht darlegt, weshalb sie nicht jemand anders mit dem Gelde hat zur Post schicken können.

III. Abs. 2. Wann liegt unverschuldete Unkenntnis von der Zustellung des Versäumnisurteils vor? 1. **RG.** I. **78** 121, R. **12** Nr. 620, JW. **12** 248. Es geht nicht an, jede Unterlassung, ohne die es zu dem Versäumnisurteil nicht gekommen wäre, dem Beklagten als Verschulden anzurechnen. Eine Verpflichtung des Beklagten, Vorsorge dafür zu treffen, daß Zustellungen ihn erreichen, besteht nicht, wenn er keinen Anlaß hatte, einen Rechtsstreit zu besorgen.

2. OLG. **25** 87 (Colmar). Verschuldete Unkenntnis von der Zustellung eines Versäumnisurteils ist dann anzunehmen, wenn sich jemand trotz eines ihm drohenden Rechtsstreits von seinem Wohnort entfernt, ohne Maßregeln zu ergreifen, durch die er von Zustellungen erreicht werden kann. Ein Verschulden liegt insbesondere dann vor, wenn jemand es durch Verschwinden in das Ausland darauf anlegt, eine Zustellung zu vereiteln.

§ 234. Abs. 2. **RG.** I. 23. 12. 11, **78** 121, R. **12** Nr. 621, JW. **12** 248. Besteht das Hindernis für die rechtzeitige Einlegung des Einspruchs in der unverschuldeten Unkenntnis von der Zustellung des Versäumnisurteils, so wird es in dem Augenblicke gehoben, wo der Beklagte selbst oder sein Vertreter Kenntnis von der Zustellung des Urteils erlangt oder die fortdauernde Unkenntnis aufhört, unverschuldet zu sein. Die Kenntnis muß aber so genau und eingehend sein, daß sie die sofortige Einlegung des Einspruchs ermöglicht, die nach § 236 Abs. 1 Ziff. 3 mit dem Antrage verbunden werden muß. Eine solche Kenntnis kann dem Beklagten durch einen Brief, in dem nichts weiter steht, als daß in Berlin ein Urteil gegen ihn ergangen sei, nicht verschafft werden. Nur insofern ist ein solcher Brief wichtig, als er den Beklagten veranlassen muß, ohne Zögern die nötigen Schritte zur Ermittelung des Sachverhalts und zur Aufhebung des Urteils zu tun.

§ 236. Abs. 1 Ziff. 2. **RG.** I. 78 121, R. **12** Nr. 622, JW. **12** 248. Wenn der Schriftsatz als Mittel der Glaubhaftmachung „eidesstattliche Versicherungen, eventuell Briefe" aufführt, so ist es unerheblich, daß die im Termine vorgelegten Versicherungen erst nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist angefertigt sind und daß der Schriftsatz Verfasser, Empfänger und Datum der Briefe nicht bezeichnet. Da die eidesstattliche Versicherung in der Überreichung einer schriftlich abgefaßten Erklärung vor Gericht oder in der mündlichen Abgabe der Erklärung besteht und beides erst im Verhandlungstermine geschieht, kommt es auf den Zeitpunkt der Abfassung des Schriftstücks nicht an. Auch der Beweis durch Briefe kann erst durch Vorlegung im Termin angetreten werden (§ 420). Vorher nähere Angaben darüber zu machen, ist zwecklos und wird vom Gesetze nicht verlangt.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239. Wegfall einer Partei durch den Tod vor Klagezustellung. Zipse, BadRpr. **12** 225. Da der Tote nichts anderes als eine Sache ist, liegt ein Prozeß nicht vor. Es ist weder eine mündliche Verhandlung möglich, noch ein Urteil, auch ein Prozeßurteil, zulässig. Beantragt im Termine zur mündlichen Verhandlung der Beklagte oder der als Bevollmächtigter des toten Beklagten Auftretende Klagabweisung, so ist der Antrag durch Beschluß als unzulässig zurückzuweisen. Wird gleichwohl ein Urteil erlassen, so hat dies keinerlei Wirkungen. Es ist absolut nichtig.

§ 240. I. **RG.** IV. WarnE. **12** 194, LeipzZ. **12** 384, R. **12** Nr. 2096. Einer besonderen Aufnahme des Verfahrens bedarf es nicht, wenn eine offene Handelsgesellschaft einen Rechtsstreit, den sie geführt hatte, nach Aufhebung des während des Rechtsstreits über ihr Vermögen eröffneten Konkursverfahrens und nach Fortsetzung der Gesellschaft weiterführen will (**RG. 27** 113).

II. Über das Ausscheiden des Konkursverwalters aus dem Rechtsstreite bei Freigabe des Streitgegenstandes aus der Konkursmasse vgl. § 265 Nr. II.

III. Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter. 1. **RG.** II. R. **12** Nr. 928. Hat der zur Zahlung verurteilte Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die Urteilssumme an den Kläger bezahlt und gerät dieser demnächst in Konkurs, so bildet der Rückforderungsanspruch einen Aktivanspruch der Konkursmasse, und es kann daher in einem solchen Falle der Konkursverwalter nach § 10 KO. das gemäß § 240 unterbrochene Verfahren aufnehmen.

2. Aufnahme des Verfahrens bei einem gegen den Gemeinschuldner anhängig gemachten Rechtsstreit im Falle der Klagezurücknahme zwecks Erwirkung eines Kostenurteils gemäß § 271 Abs. 3 s. § 271 Nr. IV 2.

§ 244. I. Tod des Prozeßbevollmächtigten. OLG. **25** 216 (KG.). Die mit dem Tode des Prozeßbevollmächtigten eintretende Unterbrechung des Verfahrens wird nicht dadurch vermieden, daß ein amtlich bestellter Vertreter des Verstorbenen den Termin wahrgenommen hat. Prozeßrechtlich endet mit dem Tode des Anwalts auch das Amt seines amtlich bestellten Vertreters.

II. Niederlegung der Anwaltschaft nach Verkündung des Urteils. OLG. **25** 87 (Rostock). Auch die nach der Verkündung, aber vor der Zustellung des Urteils eintretende Unfähigkeit des Anwalts zur Fortführung der Vertretung (Löschung aus der Liste der Anwälte) hat nach § 244 Abs. 1 die Unterbrechung zur Folge. Die von dem Anwalte veranlaßte Zustellung des Urteils ist jedoch gültig, da der Umstand, daß die Zustellung nicht auf Betreiben des Prozeßbevollmächtigten der Gegenpartei geschehen ist, ihrer Wirksamkeit keinen Abbruch tut (**RG. 17** 392, **30** 393).

III. **RG.** IV. WarnE. **12** 199. Durch eine Unzuständigkeitserklärung des obersten Landesgerichts nach § 7 EGZPO. tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein.

§ 246. I. Unkenntnis von dem Tode der Partei. OLG. **25** 216 (KG.). Die Bestimmung umfaßt auch den Fall, daß bei Erlaß einer Entscheidung der Tod einer Partei weder dem Prozeßbevollmächtigten noch dem Gerichte bekannt ist. Hiernach ist ein am 19. März auf Antrag der Beklagten ergangener Kostenfestsetzungsbeschluß trotz des am 1. März eingetretenen Todes des bisherigen Klägers gegen seine Erben wirksam. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf erneute Kostenfestsetzung.

II. **RG.** VI. R. **12** Nr. 773. Stirbt der Revisionsbeklagte nach Abgabe einer bayerischen Revision an das RG., ehe er dort einen Anwalt bestellt hat, so ist das Verfahren ohne Rücksicht auf das Vorhandensein des früheren bayerischen Revisionsanwalts unterbrochen.

§ 249. I. Die Unterbrechung auf Grund des § 13 AnfG. ist von Amts wegen zu berücksichtigen. BadRpr. **12** 117 (Karlsruhe). Die Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 13 AnfG. mit ihren sich aus § 249 ergebenden Wirkungen ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Eines besonderen Hinweises der Parteien auf diese Folge der Konkurseröffnung bedarf es nicht. Wird die Verhandlung gleichwohl fortgesetzt und ein Urteil erlassen, so liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel (§ 539) vor.

II. Ein während der Unterbrechung oder Aussetzung erlassenes Urteil ist nicht von selbst wirkungslos. 1. OLG. **25** 216 (KG.). Ein während der Unterbrechung ergangenes Urteil ist nicht ohne weiteres nichtig, sondern nur wie jedes andere unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften gesprochene Urteil auf dem geordneten Wege des Rechtsmittels oder der Nichtigkeitsklage zu beseitigen.

2. Ebenso BadRpr. **12** 117 (Karlsruhe).

III. Abs. 2. 1. Klagerücknahme. RheinA. **109** 223 (Cöln). Zu den unwirksamen Prozeßhandlungen im Sinne von Abs. 2 gehört auch die Klagerücknahme.

2. Revisionsbegründung. a) **RG.** I. 12. 2. 12, **78** 343, JW. **12** 541, R. **12** Nr. 1207. Ist in einem nach Einlegung der Revision durch den Tod des Anwalts unterbrochenen Verfahren die Revisionsbegründung eingereicht worden, bevor der neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige gemacht hat, so ist die Revisionsbegründung an sich zwar unwirksam. Es bedarf aber nach der Aufnahme des Verfahrens nicht ihrer nochmaligen Einreichung. Die Sache ist vielmehr so zu beurteilen, als wäre die Begründung nach Beendigung der Unterbrechung vorschriftsmäßig wiederholt. **b) RG.** VI. LeipzZ. **12** 400. Die nach der Unterbrechung des Verfahrens erfolgte Einreichung der Revisionsbegründung braucht nach der Aufnahme des Verfahrens nicht unbedingt wiederholt zu werden. Durch den Schriftsatz, mit dem der Revisionskläger das Verfahren aufgenommen hat, sowie durch den darin angekündigten Antrag hat er zur Genüge zu erkennen gegeben, daß er die Revision weiterverfolge, sich dieserhalb auf die Begründung der Revision beziehe und sie genehmige. Dies gilt zumal dann, wenn der Gegner die Wirkungslosigkeit der Revisionsbegründung nicht geltend gemacht hat.

3. Befugnis zur Geltendmachung der Unwirksamkeit im Falle der Unterbrechung auf Grund des § 13 AnfG. BadRpr. **12** 117 (Karlsruhe). Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit eines während der Unterbrechung ergangenen Urteils ist die Partei berechtigt, zu deren Ungunsten das Urteil ergangen ist, gleichviel, ob der Unterbrechungsgrund auf ihrer Seite oder auf Seite des Prozeßgegners oder wie im Falle des § 13 AnfG. auf seiten eines am Prozesse unbeteiligten Dritten eingetreten ist.

IV. Abs. 3. SeuffA. **67** 126 (Braunschweig). Ein erst nach der Konkurseröffnung gemäß § 249 Abs. 3 verkündetes Urteil ist ein Titel im Sinne des § 146 Abs. 6

KO. In diesem Falle steht daher das Recht zur Aufnahme des Rechtsstreits neben dem Konkursgläubiger auch dem widersprechenden Verwalter zu. Hiervon ist auch für solche Urteile keine Ausnahme zu machen, die aus zufälligen, der Einwirkung der Parteien entrückten Umständen erst nach dem Prüfungstermine verkündet werden.

§ 250. I. Eine ausdrückliche Aufnahmeerklärung ist nicht erforderlich. **RG.** I. LeipzZ. **12** 758. Zur Aufnahme des Rechtsstreits bedarf es keiner ausdrücklichen Erklärung; die Aufnahmeerklärung kann vielmehr auch stillschweigend erfolgen (vgl. **RG. 14** 334, SeuffA. **51** Nr. 140).

II. Unzulässigkeit der Verbindung der Aufnahmeerklärung mit der Einlegung eines Rechtsmittels oder der Einreichung der Revisionsbegründung. Heilung des Mangels. 1. **RG.** I. WarnE. **12** 448. Die Aufnahme des Rechtsstreits kann seit dem Inkrafttreten der Novelle vom 1. Juni 1909 nicht mehr in der Einlegung eines Rechtsmittels erblickt oder mit dieser verbunden werden. Denn die Einlegung erfolgt jetzt durch Einreichung eines Schriftsatzes, während die Aufnahme erst wirksam wird mit Zustellung eines die Aufnahmeerklärung enthaltenden Schriftsatzes. Letzterer muß daher jetzt der Einlegung des Rechtsmittels voraufgehen (**RG. 66** 399, **68** 255).

2. **RG.** I. 12. 2. 12, **78** 343. JW. **12** 541, R. **12** Nr. 1207. Die in der Revisionsbegründung (§ 554 Abs. 2) enthaltene Erklärung der Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens kann die auch für die Anzeige aus § 244 Abs. 1 im § 250 vorgeschriebene Parteizustellung nicht ersetzen, sondern die Anzeige muß der Einreichung der Revisionsbegründung in einem besonderen Akte vorausgehen. Der entsprechende Grundsatz gilt für die Aufnahme des Verfahrens im Verhältnisse zur Einlegung der Revision. Der Mangel kann jedoch dadurch geheilt werden, daß der Prozeßbevollmächtigte die Aufnahme in der mündlichen Verhandlung erklärt und damit dem Gegner zugleich die Anzeige von seiner Bestellung macht.

§ 251. Wirkung der Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens. SächsOLG. **33** 242 (Dresden). Die Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens hat grundsätzlich dieselben Wirkungen wie die Unterbrechung des Verfahrens. Insbesondere findet darauf die Vorschrift des § 249 Abs. 2 entsprechende Anwendung, so daß eine Prozeßhandlung, die eine Partei während des Ruhens des Verfahrens in Ansehung der Hauptsache vornimmt, der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung ist (vgl. **RG. 49** 349).

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteile.

Vor § 253. I. Prozeßvergleich. *Förster-Kann 402 Nr. 4 vor § 128. Prozeßvergleich ist jede auf Beendigung des Rechtsstreits gerichtete Vereinbarung der Parteien im Zivilprozesse, gleichviel ob sie dem § 779 BGB. entspricht oder ob sie nur einer Partei oder (was § 794 Abs. 1 ZPO. vorsieht) nur einem Dritten Opfer auferlegt. — Der Prozeßvergleich kommt durch mündliche Erklärung vor dem Prozeßgericht oder dem Richterkommissar zustande; die Protokollierung bildet nur eine Voraussetzung der Vollstreckbarkeit, nicht des Zustandekommens des Vergleichs. — Die Beurkundung des Prozeßgerichts ist auch insoweit wirksam, als sie Erklärungen betrifft, für welche außerhalb des Prozesses besondere Beurkundungsformen vorgeschrieben worden sind. Nur insoweit es sich um Beurkundungen handelt, für welche gewisse andere Behörden ausschließlich zuständig sind (Grundbuchamt, Standesamt), ist die Aufnahme in den Prozeßvergleich ausgeschlossen. — Vergleiche schließen kann nur, wer partei- und prozeßfähig ist. Wer auf Grund einer Ermächtigung gemäß

§§ 112, 113 BGB., §§ 7, 8 SeemO. prozessiert, ist auch befugt, Prozeßvergleiche zu schließen. Auch, wer kraft Prozeßführungsrechts einen Rechtsstreit über die Rechte eines Dritten führt, kann Prozeßvergleiche schließen, und zwar nicht nur streitbeendigenden, sondern auch neugestaltenden Inhalts. — Der gesetzliche Vertreter einer Partei ist zum Abschlusse von Prozeßvergleichen befugt; §§ 1822 Ziff. 12, 1829 BGB. stehen nicht entgegen, weil der Prozeßvergleich kein Vergleich im Sinne des bürgerlichen Rechtes ist, ferner deswegen, weil § 54 ZPO. den gesetzlichen Vertreter zur Vornahme aller Prozeßhandlungen ermächtigt.

II. Rechtliche Natur der Einreden. *Förster-Kann I, 619 Nr. 5 vor § 253. Für die Zulässigkeit der außergerichtlichen Geltendmachung der Einrede besteht heute eine große Mehrheit. Man wird aber noch einen Schritt weiter gehen und die Einrede völlig aus dem Prozeßrecht ausscheiden müssen. Das Einrederecht ist vielmehr ein privatrechtliches Gestaltungsrecht, welches ausgeübt wird durch Willenserklärung gegenüber dem Inhaber des mit der Einrede „behafteten" Anspruchs. Die Ausübung des Einrederechts setzt, da sie durch Verweigerung der Leistung geschieht, voraus, daß zuvor die Leistung eingefordert worden ist. Die Erklärung des Einredeberechtigten, er werde, falls der Gläubiger seinen Anspruch geltend machen sollte, die Einrede erheben, ist ohne Gestaltungseffekt. Eine besondere Form für die Geltendmachung der Einrede ist nicht vorgeschrieben. Die einfache, ohne Begründung erklärte Leistungsverweigerung genügt. (Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Weigernde sich richtige Vorstellungen betreffs seines Einrederechts macht.) Die Leistungsverweigerung kann auch stillschweigend erklärt werden. So genügt es z. B. zur Ausübung der Einrede aus § 986 BGB., wenn der Mieter, obwohl der Eigentümer die Herausgabe der Sache von ihm verlangt hat, den Mietbesitz weiter ausübt und so durch Realakt seinen Weigerungswillen zum Ausdrucke bringt. (Damit erledigt sich das Bedenken, welches M. Wolff, Festgabe für Koch 151 Anm. 1 gegen die Ansicht erhebt, daß der Richter selbst „naheliegende Einrederechte" nicht von Amts wegen berücksichtigen dürfe.) — Die Geltendmachung des Einrederechts im Prozesse kann entweder dadurch erfolgen, daß der Einredeberechtigte auf die außergerichtlich erklärte Leistungsverweigerung Bezug nimmt oder daß er die Leistung im Prozeß erstmalig verweigert. Im letzteren Falle hat die Erklärung des Beklagten rechtlich die Bedeutung, daß er — uno actu — das zivilrechtliche Einrederecht ausübt und auf die geschehene Ausübung Bezug nimmt. — Die Wirkung der Ausübung der Einrede besteht darin, daß sie den gegenwärtigen wie allen künftigen Ausübungsakten des Leistungsberechtigten die Wirkung entzieht, es sei denn, daß der Einredeberechtigte seine Erklärung zurücknimmt. Ergibt sich aus dem eigenen Vortrage des Klägers, daß der Beklagte, und zwar mit Recht, ein Einrederecht außergerichtlich ausgeübt habe, so ist, selbst wenn der Beklagte nicht erscheint, die Klage abzuweisen.

III. Klagerecht und Rechtsschutzanspruch. *Förster-Kann I, 609 Nr. 1 vor § 253. Der Rechtsschutzanspruch des Klägers entsteht, vorausgesetzt, daß die Klage begründet ist, in dem Zeitpunkt, in welchem der Rechtsstreit entscheidungsreif geworden ist. Vorher besteht nur ein Gestaltungsrecht des Berechtigten, durch Vornahme geeigneter Rechtsschutzhandlungen den Rechtsschutzanspruch hervorzubringen (Seckel, Festgabe für Koch 249 Anm. 1). Unterläßt es der Kläger, die nötigen Rechtsschutzhandlungen vorzunehmen (trägt er z. B. die Klage unvollständig vor, versäumt er es, Beweise anzutreten usw.), so entsteht trotz vorhandenen Klagerechts kein Rechtsschutzanspruch. Ebenso kann die Entstehung des Rechtsschutzanspruchs dadurch vereitelt werden, daß andere Faktoren versagen, z. B. dadurch, daß ein Zeuge die Unwahrheit bekundet, ein Augenscheinsobjekt vor der Besichtigung zugrunde geht usw. — Erweist sich die Klage als unbegründet, so ist sie, gleichviel, wie sich der Beklagte dazu stellt, von Amts wegen abzuweisen (§ 331 Abs. 2 ZPO.). Für einen Rechtsschutzanspruch des Beklagten bietet also unser Prozeßsystem keinen

Raum. — Ohne Rücksicht darauf, ob ihm die geltendgemachte Berechtigung zusteht oder nicht, hat der Kläger die Befugnis, durch Erhebung einer Klage ein gültiges Prozeßverhältnis hervorzubringen. Folglich muß auch der Akt, welcher zur Entstehung des Prozeßverhältnisses führt, eine Rechtshandlung sein, ebenso die ferneren Akte, durch welche das Prozeßverhältnis weiter entwickelt wird (Geltendmachung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, Stellung von Beweisanträgen usw.). Danach erscheint die Lehre vom abstrakten Klagerechte mit der Theorie vom Rechtsschutzanspruche keineswegs unvereinbar. Die Vorstellung freilich, daß jemand a) ein Recht auf Urteil überhaupt, b) ein Recht auf günstiges Urteil habe, erscheint ganz unsinnig. Wohl aber ist so viel richtig, daß grundsätzlich jede Prozeßpartei — Kläger wie Beklagter — ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage durch geeignete Gestaltungsakte entsprechende Prozeßlagen und schließlich die Reife des Prozesses zur Endentscheidung hervorbringen, der Kläger außerdem, wenn er materiell im Rechte ist, den Rechtsschutzanspruch erzeugen kann.

IV. Klagbarkeit. *Förster-Kann I, 615 Nr. 4 a vor § 253. Die Klagbarkeit ist nicht, wie die gemeinrechtliche Wissenschaft lehrte, eine Eigenschaft des materiellen Anspruchs; sie gehört vielmehr in das Prozeßrecht und ist mit unserem Prozeßrechtssysteme von selbst gegeben. Ebenso sind prozeßrechtlicher Natur die Vorschriften, durch welche die regelmäßig gegebene Klagbarkeit in einzelnen Fällen beschränkt wird. Der „theoretische Irrtum des Gesetzgebers", der von dem Klagbarkeitsbegriffe des gemeinen Rechtes ausgegangen ist, zwingt keineswegs, wie Stein, Nr. IV vor § 253 und Voraussetzungen des Rechtsschutzes 32, meint, dazu, die betreffenden Gesetzesstellen vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus zu interpretieren. Aus der prozessualen Natur der die Klagbarkeit beschränkenden Vorschriften folgt, daß sie sich nur an den inländischen Richter wenden, ferner, daß die Klagbarkeitsbeschränkungen der Landesgesetze, gleichviel, auf welchen dogmatischen Vorstellungen sie beruhen, durch § 14 Abs. 1 EGZPO. außer Kraft gesetzt worden sind. Wirkliche Klagbarkeitsbeschränkungen enthalten nur die §§ 257—259 ZPO., ferner (für Leistungs- wie für Feststellungsklagen) der § 1394 BGB. Dagegen betrifft eine große Anzahl von Gesetzesstellen, in welchen davon die Rede ist, daß jemand klagen oder nicht klagen könne, nicht die Klagbarkeit, sondern den Anspruch selbst, vgl. z. B. § 1297 Abs. 1 BGB., §§ 26, 118, 152 Abs. 2 GewO. Keine Klagbarkeitsvorschriften sind ferner die der §§ 52 ff. BörsG. Prozeßrechtlich, aber ohne Beziehung zur Klagbarkeit, ist auch § 1958 BGB. Endlich haben die sämtlichen Stellen, in welchen eine Gestaltungsklage verliehen wird, mit der Klagbarkeit nichts zu tun.

V. Gestaltungsklagen. *Förster-Kann I, 611 Nr. 2 vor § 253. Die Gestaltungsrechte lassen sich je nach der Form der Ausübung einteilen in solche, die durch außergerichtliches und solche, die durch gerichtliches Gestaltungsgeschäft — Gestaltungsklage — ausgeübt werden. Daraus, daß die Gestaltungsklage somit immer ein unselbständiges Stück eines materiellrechtliches Gesamttatbestandes bildet, folgt, daß — im Gegensatze zur Leistungs- und Feststellungsklage, deren Zulässigkeit von der materiellrechtlichen Beschaffenheit des geltend zu machenden Rechtes unabhängig ist — jede einzelne Gestaltungsklage wie die actio des römischen Formularprozesses auf einen bestimmten materiellrechtlichen Tatbestand zugeschnitten ist und nur erhoben werden kann, wenn das Gesetz für den speziellen Fall eine Gestaltungsklage vorsieht. Daraus folgt ferner, daß der Prozeßrichter Gestaltungsakte nur in denjenigen Fällen vornehmen kann, in welchen ihn das Gesetz ausdrücklich dazu ermächtigt. Wird ein nach ausländischem Rechte zu beurteilendes Gestaltungsrecht vor dem inländischen Richter geltend gemacht, so ist mithin die Klage nur dann begründet, wenn ihm die erforderliche Gestaltungsmacht zukommt, sei es, daß das ausländische Recht die Gestaltungsmacht des inländischen Richters anerkennt oder das deutsche Gesetz sie für die inländischen Gerichte in Anspruch nimmt, wie z. B. gemäß Artt. 8, 9

EGBGB. (AM. Hellwig, Lehrbuch I, 109, der Gestaltungsmacht des inländischen Richters hinsichtlich derjenigen Vermögensrechte annimmt, welche sich im Inlande befinden, gleichviel, ob sie nach inländischem oder ausländischem Rechte zu beurteilen sind).

VI. Rechtsschutzinteresse. 1. WürttJ. **24** 152 (Stuttgart). Die Klage ist wegen Mangels des Rechtsschutzinteresses abzuweisen, wenn der Kläger, anstatt die Rechtskraftwirkung eines erstrittenen Urteils gegen den Rechtsnachfolger zur Geltung zu bringen, gegen ihn aus demselben Rechtsgrunde, der dem Urteile zugrunde liegt, eine neue Klage erhebt. Der Kläger hat sich vielmehr auf den von der ZPO. eröffneten Weg zu beschränken und die Vollstreckungsklausel gegen den Rechtsnachfolger gemäß §§ 727, 731 zu erwirken. Eine neue Klage ist jedoch statthaft, wenn dieser vom Gesetze vorgesehene Weg aus irgendeinem Grunde versagt, z. B. wenn der verfügende Teil des Urteils in seiner Erstreckung auf den Rechtsnachfolger einer Änderung bedarf, weil er zu unbestimmt ist, um unmittelbar als Vollstreckungstitel gegen den Rechtsnachfolger dienen zu können. Der Klagegrund ist aber, ohne daß nochmals auf das materielle Rechtsverhältnis einzugehen wäre, lediglich das gegen den Rechtsnachfolger wirksame rechtskräftige Urteil.

2. R. **12** Nr. 2326 (Colmar). Die Klage im Inland auf Erstattung der Prozeßkosten, die in einem vor Schweizer (anders vor französischen, vgl. RheinZ. **12** 296) Gerichten geführten Rechtsstreite der obsiegenden Partei entstanden sind, ist mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig (**RG. 16** 431, 435, **16** 130, GruchotsBeitr. **39** 1155). Der Kläger kann sich die Vollstreckung seiner Kostenforderung in dem im Art. 18 des Haager Zivilprozeßabkommens in Verbindung mit § 5 RGes. vom 5. April 1909 geregelten Verfahren verschaffen.

§ 253. Literatur: Kisch, Parteiänderung im Zivilprozesse (Bd. 24 der Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozesse, herausgegeben von O. Fischer). München 1912. — Seligsohn, Der Antrag bei Klagen des Abzahlungsverkäufers, KGBl. **12** 2—4. — Vellemann, NaumburgAK. **12** 47.

I. Die Parteibezeichnung (Abs. 2 Ziff. 1). 1. Firma. a) Einzelkaufmann. α. LeipzZ. **12** 405 (KG.). Firmen sind als solche auch nach § 17 HGB. keine parteifähigen Rechtssubjekte. Wird als beklagte Partei die „Firma W. Schl. (Inhaber M. Schl.)" bezeichnet, so muß diese Bezeichnung daher so verstanden werden, daß M. Schl., Inhaber der Firma W. Schl. verklagt worden ist. Ob M. Schl. in der Tat Inhaber oder alleiniger Inhaber der Firma gewesen ist, ist gleichgültig. Die Klage (und folglich auch die Verurteilung) richtet sich nicht gegen den wirklichen Inhaber der Firma, sondern gegen eine bestimmte Person, welche mit Recht oder mit Unrecht als Firmeninhaber bezeichnet worden ist. β. OLG. Dresden JDR. **10** Nr. I b jetzt auch SeuffBl. **12** 126. b) Handelsgesellschaft. OLG. **25** 114, HansGZ. **12** Beibl. 11, BauersZ. **19** 117 (Hamburg). Bei Handelsgesellschaften genügt zur Bezeichnung der Partei der Name der Firma. Die Bezeichnung als Kaufmann schadet in solchen Fällen deshalb nicht, weil auch die Handelsgesellschaft als Kaufmann anzusehen ist. Um die Ermittelung, welches Rechtsgebilde klagt und — wenn es sich um eine offene Handelsgesellschaft handelt — wer die gesetzlichen Vertreter sind, braucht sich das Gericht trotz der Vorschrift des § 313 zunächst nicht zu kümmern. (Wichtig wird diese Frage aber bei Eideszuschiebungen; vgl. unten § 471.)

2. Berichtigung der unrichtigen Parteibezeichnung. a) Kisch 520—606. Von den Fällen des Eintritts einer neuen Partei an die Stelle der bisherigen oder neben diese ist auf das schärfste zu unterscheiden der Fall, daß die Partei die gleiche bleibt, daß aber ihre Bezeichnung berichtigt, ergänzt, präzisiert wird. Es sind drei Gruppen von Fällen als hierher gehörig zu unterscheiden. Die erste wird durch die Fälle gebildet, in denen der Kläger, der von vornherein

eine individuelle Partei im Auge hatte, sie aber unrichtig oder ungenau bezeichnete, nachher die richtige Benennung nachholt (Berichtigung der Parteibezeichnung). Eine zweite Gruppe umfaßt die Fälle, in denen der Kläger sich die Partei überhaupt nicht individuell vorstellte, sondern sie durch generelle Merkmale bezeichnete, an deren Stelle er später genauere Individualisierungsmerkmale setzt (nachträgliche Individualisierung der Partei). Endlich sind Fälle denkbar, in denen zwar nicht zweifelhaft ist, für oder gegen wen tatsächlich der Rechtsstreit geführt werden soll, in denen aber der Kläger die Partei rechtlich nicht zutreffend bestimmt hat und in denen er nachher die richtige Auffassung vertritt (Verbesserung der Parteikonstruktion). — Die Parteiberichtigung ist im Gegensatze zur Parteiänderung unbeschränkt zulässig. Ihre Zulässigkeit folgt aber nicht, wie allgemein gelehrt wird, aus § 268 Ziff. 1, sondern aus den allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts, das seiner ganzen Natur nach auf Klarheit und Bestimmtheit der prozessualen Verhältnisse abzielt. Sie kann in jedem Stadium des Verfahrens, auch noch in der Revisionsinstanz, stattfinden und nicht bloß, wie in aller Regel, vom Kläger, sondern, soweit das zur Berichtigung erforderliche Tatsachenmaterial in der Verhandlung vorgetragen ist, auch vom Gericht ausgehen. Besteht Streit darüber, ob eine Parteiberichtigung oder eine Parteiänderung vorliegt, so entscheidet hierüber das Gericht. Seine Entscheidung, daß eine bloße Parteiberichtigung vorliege, ist trotz § 270 in der höheren Instanz nachprüfbar, da die Parteiberichtigung keine Klagänderung ist. **b)** **RG.** VII. 17. 11. 11, JW. **12** 147. Sind als Kläger die unbenannten Erben des verstorbenen H., „vertreten durch den Testamentsvollstrecker" bezeichnet, so ist diese Parteibezeichnung mit Rücksicht auf § 2212 BGB. dahin richtig zu stellen, daß als Kläger lediglich die Testamentsvollstrecker als solche benannt werden. **c)** Vellemann, NaumburgAK. **12** 47. Wenn in der Klage vor den bürgerlichen Namen einer Partei das Wort „Firma" oder vor ihren Handelsnamen das Wort „Kaufmann" gesetzt wird, so liegt hierin eine ungenaue, im Wege des § 319 richtigzustellende Parteibezeichnung; denn eine „Firma" ist kein Rechtssubjekt, sondern bedeutet begrifflich weiter nichts, als den „Handelsnamen" eines Kaufmanns im Gegensatze zu seinem „bürgerlichen" Namen. Die Partei kann immer nur der Kaufmann, nicht die Firma sein. **d)** **RG.** IV. 30. 10. 12, PosMSchr. **12** 126. Wird in der Klageschrift als klagende Partei ein nicht rechtsfähiger Verein mit dem in Klammern beigefügten Vermerke „siehe anliegendes Mitgliederverzeichnis" aufgeführt, so liegt eine zulässige Parteiberichtigung, nicht die Einführung einer neuen Partei in den Prozeß vor, wenn zur Erläuterung der Unklarheit erklärt wird, daß nur die in dem Verzeichnis aufgeführten Mitglieder als Einzelpersonen die Kläger seien.

II. Bestimmte Angabe des beanspruchten Gegenstandes und des Klagegrundes und Bestimmtheit des Antrags (Abs. 2 Ziff. 2). 1. Einzelfälle. **a)** **RG.** III JW. **12** 591, WarnE. **12** 313, R. **12** Nr. 1328, BayRpflZ. **12** 237. Die Anforderungen, welche an die Bestimmtheit des Antrags zu stellen sind, können in den einzelnen Fällen verschieden sein, werden aber, namentlich dann, wenn jemand verurteilt werden soll, etwas bei Meidung von Strafe zu unterlassen, durch allgemeine Ausdrücke, wie geschäftliche und technische Angelegenheiten und selbst Geschäftsgeheimnisse nicht erfüllt. Ein Klagantrag, der dahin geht, den Beklagten zu beurteilen, bei Meidung von Strafe zu unterlassen, dem Dr. Cr. und dritten Personen über geschäftliche Angelegenheiten der Klägerin, die der Beklagte durch seine Tätigkeit bei der Klägerin erfahren habe, Mitteilungen zu machen, Geschäftsgeheimnisse und insbesondere technische Angelegenheiten, die er bei der Klägerin kennen lernte, praktisch zu verwenden und so weiteren Kreisen bekanntzugeben, ermangelt der erforderlichen Bestimmtheit. Eine nähere Bezeichnung ist nicht bloß durch die Rücksicht auf die Rechtskraftwirkung und

die Vollstreckungsmöglichkeit geboten, sondern vor allem auch durch den Grundsatz, daß dem Beklagten vor der Verurteilung Gelegenheit gegeben werden muß, sich gegen den Klaganspruch erschöpfend zu verteidigen. Der Antrag ist aber wegen dieses Mangels nicht ohne weiteres, sondern erst nach vergeblicher Ausübung des Fragerechts nach § 139 zurückzuweisen. b) OLG. **25** 88 (KG.). Ein Klagantrag, der auf „Verurteilung des Beklagten zur Vornahme aller Reparaturen im Hause der Klägerin, soweit sie zur sachgemäßen Beseitigung des Schadens erforderlich sind" gerichtet ist, entbehrt der nach § 253 Abs. 2 erforderlichen Bestimmtheit. c) **RG.** VII. R. **12** Nr. 3112, JW. **12** 904, GruchotsBeitr. **57** 166. Zu unbestimmt ist ein Antrag, der auf Herausgabe „der Waren und Vorräte auf dem Grundstücke der O.-Brauerei bei Konkurseröffnung" gerichtet ist. Es bleibt ungewiß, welche Sachen im einzelnen nach Art, Beschaffenheit und Menge herauszugeben sind. Eine Verurteilung darf daher trotz Unterlassung einer Rüge nicht ergehen. d) **RG.** I. Mschutzu. Wettbew. **12** 142. Ein Antrag, den Beklagten zu verurteilen, „dahin zu wirken", daß ein anderer etwas unterläßt, ist wegen ungenügender Bestimmtheit unzulässig. e) **RG.** VI. JW. **12** 78, SeuffA. **67** 165. HansGZ. **12** Beibl. 157. Der Antrag braucht nicht auf eine ziffernmäßig bestimmte Summe gerichtet zu sein (**RG.** **21** 387, R. **09** Nr. 2013). Es genügt, wenn die tatsächlichen Unterlagen für die qualitative und quantitative Abgrenzung des Anspruchs so vollständig vorliegen, daß er gehörig individualisiert ist und seinem Betrage nach durch richterliches Ermessen, eventuell unter Zuziehung von Sachverständigen bestimmt werden kann.

2. Antrag in Abzahlungsprozessen. Seligsohn, KGBl. **12** 2—4. Vgl. Hörle, JDR. **10** Nr. II 2.

3. Auslegung. R. **12** Nr. 1916 (BayObLG.). Dauert ein Rechtsstreit längere Zeit, so kann der in der Klage gestellte Antrag auf Entschädigung für die „bisherige" Entziehung der Nutzungen bei Wiederholung im Laufe des Rechtsstreits auch auf den nach Klagerhebung bis zur letzten Antragstellung weiter entstandenen Schaden bezogen werden.

4. Wesen des Klagegrundes. a) **RG.** VI. 22. 1. 12, WarnE. **12** 167, GruchotsBeitr. **56** 895, R. **12** Nr. 1051, JW. **12** 384. Der Klagevortrag muß den Beklagten vergewissern, auf welche Tatsachen der erhobene Anspruch gestützt wird, und wogegen er sich zu verteidigen hat. Die Tatsachen der Klage müssen, wie das RG. in Übereinstimmung mit Stein (10), Anm. III 3 b zu § 253 annimmt, zur Begründung des gestellten Antrags vorgetragen sein; eine gelegentliche Erwähnung, ohne Folgerungen daran zu knüpfen, macht eine Tatsache nicht zum Teile des Klagegrundes (vgl. **RG.** JW. **96** 431, **97** 545). Die Bezeichnung des Rechtssatzes, den der Kläger für die rechtliche Grundlage seines Anspruchs erachtet, ist an sich gleichgültig, da die rechtliche Beurteilung des vorgetragenen Tatbestandes allein Sache des Richters ist. Indessen kann im gegebenen Falle aus der Fassung des Klagevorbringens in Verbindung mit der Erklärung, daß der Kläger seinen Anspruch auf einen bestimmten Rechtssatz (§ 1 HaftpflG.) stütze, entnommen werden, daß lediglich die Tatsache, im Eisenbahnbetriebe der Beklagten habe sich der Unfall ereignet, bei dem er verletzt worden sei, den Klagegrund bilden und ein Vertragsanspruch unter Heranziehung des § 278 BGB. oder ein Anspruch aus § 831 BGB. nicht geltend gemacht werden solle. b) Dagegen **RG.** VI. 3. 6. 12, R. **12** Nr. 2104. Den Klaganspruch bildet die Summe derjenigen Tatsachen, aus denen der Kläger seinen Rechtsanspruch ableitet; die rechtliche Beurteilung des tatsächlichen Vorbringens ist nicht Erfordernis der Klagebegründung, sondern Sache des Richters. Der Tatbestand aber, welchen der Kläger schon in der Klageschrift vorgetragen hatte, genügte zunächst zur Begründung des Schadensersatzanspruchs aus dem Beförderungsvertrage. Zweifellos war damit gesagt, daß dem Kläger als Fahrgast bei der Beförderung auf der Eisenbahn ein Unfall zugestoßen sei. Als eine bloß „gelegent-

liche" Erwähnung darf das bezügliche Vorbringen in der Klage nicht angesehen werden. Nicht erforderlich war es, daß ausdrücklich ein von dem Beklagten zu vertretendes Verschulden in Ausführung des Vertrags behauptet wurde. Es ist kaum denkbar, daß ein so gearteter und so schwerer Unfall bei ordnungsmäßigem Funktionieren aller Einrichtungen und bei gehöriger Sorgfalt aller Beamten sich hätte ereignen können (vgl. R. **12** Nr. 1584). In dem Urt. zu **a** lag die Sache wesentlich anders. Damals war ein Wagen der Straßenbahn mit einem Fuhrwerke zusammengestoßen.

5. Häufung von Klagegründen. a) **RG.** II. LeipzZ. **12** 932, R. **12** Nr. 1917. Es steht nichts im Wege, daß in einer Klage zwei Klagegründe, die miteinander rechtlich nicht vereinbar sind, vorsorglich nebeneinander geltend gemacht werden in dem Sinne, daß, falls der eine nicht für begründet erachtet werden sollte, die Zusprechung des Klagebegehrens auf Grund des anderen verlangt wird. Daß dies der Sinn und die Absicht einer derartigen Häufung mehrerer Klagegründe ist, kann als dem vernünftigen Parteiwillen entsprechend angenommen werden, auch wenn es in der Klage nicht ausdrücklich gesagt ist. **b)** Ebenso **RG.** VI. 24. 6. 11, **77** 201.

§ 254. I. Anwendungsgebiet. 1. BadRpr. **12** 50 (Karlsruhe). Die Vorschrift findet auf die Klage des Provisionsreisenden gegen den Geschäftsherrn auf Erteilung eines Buchauszugs nach § 91 HGB. und Zahlung der ihm hiernach zukommenden Provision entsprechende Anwendung (ebenso Stein [10] Anm. II).

2. SächsOLG. **33** 352 (Dresden). Der Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses im Sinne des § 254 steht die Mitwirkung bei der Aufstellung einer Bilanz gleich.

II. Über die Verpflichtung zur Rechnungslegung ist zunächst durch Teilurteil zu erkennen. 1. SächsOLG. **33** 352 (Dresden). Es ist unzulässig, im voraus, zugleich mit der Entscheidung über den Anspruch auf Rechnungslegung oder Herausgabe eines Vermögensverzeichnisses auf Leistung des sich künftig ergebenden Betrags zu erkennen. Vielmehr muß zunächst ein Teilurteil ergehen und erst nach dessen nötigenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzwingenden Durchführung ist über den Leistungsanspruch zu verhandeln und zu entscheiden (**RG. 58** 59). Auch eine gleichzeitige Entscheidung über den Grund des Leistungsanspruchs ist unstatthaft (**RG. 56** 119).

2. Ebenso **RG.** VI. WarnE. **12** 453.

3. **RG.** III. 13. 2. 12, R. **12** Nr. 1515, JW. **12** 398. Klagt der Gläubiger neben dem Antrag auf Rechnungslegung von vornherein eine bestimmte Summe als den ohne weiteres liquiden Mindestbetrag ein, so darf im letzteren Punkte nicht durch Teilurteil abgewiesen werden, solange nicht die Unmöglichkeit eines derartigen Rechnungsergebnisses feststeht.

4. **RG.** II. 29. 10. 12, R. **12** Nr. 3484. Ist über die Verpflichtung zur Rechnungslegung durch bedingtes Urteil erkannt, so kann in dem Läuterungsurteile, wenn dieses als Teilurteil ergeht, die Kostenentscheidung weiter dem Schlußurteile vorbehalten werden.

III. Kein Teilurteil bei Abweisung des Anspruchs auf Rechnungslegung. BadRpr. **12** 50 (Karlsruhe). Ist der Anspruch auf Rechnungslegung unbegründet, so ist der das Herausgabeverlangen bedingende und mit ihm untrennbar zusammenhängende Teil des Klaganspruchs nicht, wie im umgekehrten Falle, durch Teilurteil abzuweisen, sondern das ganze Klagebegehren muß alsbald zurückgewiesen werden. Erachtet das Berufungsgericht den dem Kläger durch Teilurteil des ersten Richters zuerkannten Anspruch auf Rechnungslegung für unbegründet, so muß es dementsprechend auch hinsichtlich des Herausgabeanspruchs die Klage abweisen, ohne die Sache zur Verhandlung und Entscheidung hierüber an die erste Instanz zurückzuverweisen. Ein nunmehr etwa unabhängig von der Rech-

nungslegungspflicht vom Kläger erhobener Herausgabeanspruch kann nur im Wege einer neuen Klage geltend gemacht werden (vgl. § 538 Nr. II 6).

IV. Verfahren nach erfolgter Rechnungslegung 1. Künftige Leistung. **RG.** III. WarnE. **12** 316, R. **12** Nr. 1514. Die Befreiung von dem Erfordernisse der Bestimmtheit des Antrags ist keine endgültige; das Gesetz läßt nur zu, daß die bestimmte Angabe der beanspruchten Hauptleistung vorbehalten werde, bis die Rechnung gelegt ist. Das Endurteil kann erst ergehen, nachdem die Rechnung gelegt und nunmehr ein dem § 253 Ziff. 2 entsprechender Antrag gestellt ist. Von diesem Erfordernisse kann auch dann nicht abgesehen werden, wenn der Hauptanspruch auf eine künftige Leistung geht. Ist der Kläger in einem solchen Falle nicht in der Lage, einen bestimmten Antrag zu stellen, so bleibt ihm nur die Möglichkeit, mit der Klage auf künftige Rechnungslegung eine solche auf Feststellung, daß der nach der Rechnungslegung sich ergebende Betrag ihm geschuldet werde, zu verbinden.

2. **RG.** III. 13. 2. 12, R. **12** Nr. 1516, JW. **12** 398. Der Kläger ist nicht gehindert, neben der Rechnungslegung oder statt ihres Ergebnisses andere Beweismittel für seine Forderung geltend zu machen.

3. Wie ist zu entscheiden, wenn dem Kläger nach der gelegten Rechnung kein Guthaben zusteht? OLG. **25** 89 (KG.). Ergibt sich im Falle des § 254 auf Grund der Rechnungslegung, daß dem Kläger kein Guthaben zusteht, so ist nicht etwa die Klage auf Zahlung kostenpflichtig abzuweisen, sondern auf Antrag des Klägers der Zahlungsanspruch unter Belastung des Beklagten mit den Kosten des Rechtsstreits für erledigt zu erklären.

§ 256. Literatur: Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (Fischers Abhandlungen 25). München 1912. — Levin, Über die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Prozeßvergleichs (Ein Beispiel „teleologischer“ Gesetzesauslegung), KGBl. **12** 125—129.

I. Allgemeines. *Heim 130 ff. Das Leistungsurteil steht dem Feststellungsurteile der richterlichen Funktion nach ganz gleich. Beide Urteile bilden Unterarten des Feststellungsurteils im weiteren Sinne, dessen Wirkung einzig und allein auf dem Gesetzesbefehle beruht. Was das Leistungsurteil vom Feststellungsurteil unterscheidet, ist seine Eigenschaft als sog. Handlungsurteil; als solches stellt es fest, daß das eingeklagte Recht zu erfüllen ist. Diese Feststellung geht über diejenige der bloßen Existenz des geltend gemachten Anspruchs hinaus. Sie zieht aus ihr eine auf eine Änderung des gegebenen Zustandes abzielende Konsequenz. Sie ordnet aber die Änderung nicht selbst an; sie ist nicht „die Anforderung, daß etwas sein soll“, vielmehr die entsprechende bloße Feststellung.

II. Nicht jedes Feststellungsbegehren ist eine Feststellungsklage im Sinne des § 256. 1. BayObLG. **13** 502 (BayObLG.). Jeder Klaganspruch auf Leistung enthält stillschweigend auch den Anspruch auf Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses, ohne dessen Bestand die Leistung nicht verlangt werden kann. Daraus folgt, daß in der Klage neben dem Antrag auf Verurteilung zur Leistung nicht ein ausdrücklicher Antrag auf die Feststellung des begründenden Rechtes notwendig ist. Wird er dennoch gestellt, so liegt darin keine Feststellungsklage im Sinne des § 256.

2. **RG.** V. 12. 6. 12, R. **12** Nr. 2859. Der nach Erledigung der Hauptsache gestellte Hilfsantrag des Klägers, festzustellen, daß sein Anspruch berechtigt war, hat nicht die Bedeutung einer Feststellungsklage im Sinne des § 256. Er ist nicht auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet, sondern es wird mit ihm nur verlangt, daß die Tatsache, deren Vorliegen Voraussetzung für die Rechtfertigung des ersten Antrags auf Verurteilung des Beklagten in die Kosten, nämlich die frühere Begründetheit der Klage, noch ausdrücklich festgestellt werde.

3. **RG.** II. MSchutzuWettbew. **12** 113. Klagen auf Leistung von Schadensersatz unter Vorbehalt der Feststellung in einem besonderen Verfahren sind auch ohne die Voraussetzungen des § 256 zulässig, wenn der Schadensersatzanspruch als Nebenanspruch neben einem anderen die Hauptsache bildenden Hauptanspruch (z. B. einem Unterlassungsanspruche) geltend gemacht wird und der Kläger sich die Liquidation des Schadens in einem besonderen Rechtsstreite vorbehält.

III. Rechtsverhältnis. 1. Es genügt ein bedingtes Rechtsverhältnis. **RG.** V. WarnE. **12** 145, GruchotsBeitr. **56** 1023, R. **12** Nr. 624. Die Bedingtheit ist aber etwas anderes als die zukünftige Möglichkeit der Entstehung eines Rechtsverhältnisses oder gar einer bloßen Rechtsfrage, die für ein solches Verhältnis Bedeutung hat. Das den sachlichen Anspruch begründende Verhalten des anderen muß bereits vorliegen, der Anspruch darf nicht seiner Entstehung nach von einem künftigen Verhalten dieses anderen abhängig sein. Diese Voraussetzung ist erfüllt bei der Feststellungsklage eines Bergbauberechtigten auf Unterlassung oder Schadensersatz zur Sicherung des künftigen Abbaus von Grundstücken, über die ein Pächter eine Bahn gelegt hat.

2. Das Rechtsverhältnis kann auch in der Vergangenheit liegen. **RG.** I. LeipzZ. **12** 919. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage, daß ein Eingriff in die Patente des Beklagten nicht vorliege, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger sein Geschäft veräußert hat. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, daß der Beklagte aus dem Verhalten des Klägers während des Geschäftsbetriebs Ansprüche herleiten werde.

3. Rechtsverhältnis zwischen einer Partei und einem Dritten. BayObLG. **12** 773, R. **12** Nr. 623, DJZ. **12** 1247 (BayObLG.). Nach § 256 kann nicht nur die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, das zwischen den Streitteilen besteht, sondern auch die Feststellung eines zwischen dem Beklagten und einem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses verlangt werden, wenn der Kläger gerade gegenüber dem Beklagten ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses als solchen hat. Eine Kirchengemeinde, die mit einer anderen Kirchengemeinde zu einem Pfarrverbande vereinigt ist, hat ein rechtliches Interesse daran, daß alsbald, bevor ein Baufall eintritt, der Hand- und Spanndienste erfordert, festgestellt wird, ob die Mitglieder der anderen Kirchengemeinde verpflichtet sind, zusammen mit den Mitgliedern der klagenden Kirchengemeinde die bei Baufällen an den gemeinschaftlichen Kultusgebäuden erforderlichen Hand- und Spanndienste unentgeltlich zu leisten.

4. Bloße Rechtsfrage. **RG.** VII. 20. 6. 12, R. **12** Nr. 2563, DJZ. **12** 923. Kein Rechtsverhältnis, sondern nur eine Rechtsfrage betrifft das Feststellungsbegehren, daß das von dem klagenden Bühnenmitgliede dem beklagten Bühnenleiter gegenüber beobachtete Verhalten keinen Kontraktbruch im Sinne des Bühnenverkehrs darstelle. Die Klage ist daher unzulässig.

IV. Rechtliches Interesse. 1. Es genügt ein wirtschaftliches Interesse. **RG.** V. WarnE. **12** 145, GruchotsBeitr. **56** 1023. Nach ständiger Rechtsprechung des RG. genügt ein wirtschaftliches Interesse (**RG.** **49** 373, GruchotsBeitr. **46** 1062). Ein solches liegt vor bei der Feststellungsklage eines Bergbauberechtigten auf Unterlassung oder Schadensersatz, wenn ein Pächter über künftig abzubauende Grundstücke eine Bahn gelegt hat. Da der Bergbaubetrieb nur nach eingehend geprüften und längere Zeit vorher festgelegten Plänen erfolgen kann, muß der Bergbauberechtigte schon längere Zeit vorher die Gewißheit haben, ob er unter der Bahn den Bergbau in lohnender Weise betreiben kann. Etwas anderes würde es sein, wenn die Ausbeutung der zur Zeit in Angriff genommenen Lager den Kläger so lange beschäftigen würde, daß er vor 30 oder 40 Jahren keine

Veranlassung hätte, an die Ausbeutung etwaiger Lager unter der Bahn heranzugehen.

2. Feststellungsinteresse trotz Geständnis des Beklagten. BadRpr. 12 26 (Karlsruhe). Wenn der Beklagte erst nach der zulässig erhobenen negativen Feststellungsklage oder gar erst nach einer ihm ungünstigen Beweisaufnahme zugesteht, daß der von ihm früher behauptete Anspruch nicht begründet ist, so wird dadurch das Interesse des Klägers an der richterlichen Feststellung des Nichtbestehens noch nicht beseitigt. Denn der Beklagte kann z. B. das Geständnis, wenn auch im Prozesse nur unter gewissen Voraussetzungen (§ 290), widerrufen. Das Recht des Klägers auf ein Sachurteil kann durch ein Geständnis des Beklagten ebensowenig weggeräumt werden wie durch ein Anerkenntnis des Klaganspruchs, auf das hin der Kläger ohne weiteres ein Urteil gemäß § 307 verlangen kann (vgl. JDR. **10** Nr. III 2).

3. Eigentumsfeststellungsklage. **RG.** V. LeipzZ. **12** 462. Durch die Rechtsprechung des RG. ist auch in Eigentumsstreitigkeiten neben der eigentlichen Eigentumsklage (rei vindicatio) und der eigentlichen Eigentumsfreiheitsklage (Negatorienklage) eine Klage mit alleinigem Antrag auf Eigentumsfeststellung nach § 256 zugelassen und es sind in solchen Fällen auch an das Feststellungsinteresse nicht allzu strenge Anforderungen gestellt worden (**RG.** GruchotsBeitr. **33** 1147, JW. **02** 68). Solche Feststellungsklagen sind aber in Fällen, wo die Leistungsklage möglich ist, nicht als die Regel zu betrachten, so daß sie ohne Erörterung des Feststellungsinteresses ohne weiteres zugelassen werden könnten (**RG.** JW. **04** 413). Vielmehr ist auch in den erwähnten Urteilen daran festgehalten, daß ein besonderes Interesse vorhanden sein und daß die Feststellungsklage die Rechtsstreitigkeiten im wesentlichen erledigen muß.

4. Klage auf erneute Feststellung bei Zweifelhaftigkeit der Tragweite der Vorentscheidung. **RG.** III. 15. 3. 12, R. **12** Nr. 1329. Ist die Auslegung eines früheren Feststellungsurteils bestritten, so kann der frühere Kläger von neuem mit genauer Antragsfassung auf Feststellung klagen.

5. Klage auf Feststellung, daß die Ausschließung aus einem Vereine zu Unrecht erfolgt ist. **RG.** IV. 10. 10. 12, R. **12** Nr. 3389. Bei der Klage auf Feststellung, daß die Ausschließung eines Vereinsmitglieds aus dem Verein zu Unrecht erfolgt sei, wird das Feststellungsinteresse nicht dadurch beseitigt, daß während des Prozesses das Mitglied freiwillig aus dem Verein austritt (JW. **05** 315, **RG.** **78** 134).

6. Zulässigkeit der Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Prozeßvergleichs. **RG.** VII. 5. 1. 12, **78** 286, R. **12** Nr. 902, JW. **12** 355 (unter Abänderung von OLG. Dresden JDR. **10** Nr. III 6). Der Wortlaut der Vorschriften der ZPO. läßt einen sicheren Schluß auf die Beantwortung der streitigen Frage nicht zu, ob die zur Beseitigung eines Prozeßvergleichs erforderlichen Prozeßhandlungen durch Fortsetzung des früheren Rechtsstreits oder durch Anstellung eines neuen besonderen Prozesses vorzunehmen sind. Aus dem schwerwiegenden Umstand aber, daß ein Prozeßvergleich nach § 794 auf Antrag unter Beihilfe des Staates zwangsweise ebenso wie ein vollstreckbares Urteil vollstreckt werden muß, ist zu entnehmen, daß dem durch den Prozeßvergleich abgeschlossenen Rechtsstreite jedenfalls so lange ein weiterer Fortgang nicht zu geben ist, als der Prozeßvergleich in seiner Wirkung nicht anderweit im Wege Rechtens beseitigt ist. Ebenso **RG.** I. GruchotsBeitr. **50** 428. Die Anfechtung eines Prozeßvergleichs hat daher grundsätzlich in einem besonderen Rechtsstreite zu erfolgen, zumal wenn es zu der Feststellung, ob der Vergleich ungültig ist, noch eines weiteren, hinsichtlich seiner Ausdehnung ungewissen Verfahrens bedarf. Dagegen ist in dem früheren Rechtsstreite die Frage zum Austrage zu bringen, ob der angebliche Prozeßvergleich nach seiner äußeren Form und mit Rücksicht auf den Inhalt der darin abgegebenen

Parteierklärungen wesentliche Mängel zeigt und ob hiernach der Urkunde die Eigenschaft eines vollstreckbaren Vergleichs im Sinne der §§ 160 Ziff. 1, 794 Ziff. 1 abzusprechen ist. Dieser Fall wäre z. B. gegeben, wenn das den Vergleich enthaltende gerichtliche Protokoll wesentliche Mängel aufweist, wenn eine Partei beim Vergleichsabschlusse nicht gehörig vertreten war oder wenn die abgegebenen Erklärungen nach Wortlaut und Sinn den Rechtsbegriff eines Vergleichs offenbar nicht erfüllen. Hier kann der Richter des früheren Prozesses ohne weiteres auf Grund des Inhalts seiner Akten erkennen, ob der Versuch der Beseitigung des Prozeßvergleichs gerechtfertigt ist; es hätte daher keinen Sinn und Zweck, den Anfechtenden auf den Weg eines besonderen Prozesses zu verweisen. Dasselbe muß gelten, wenn beide Parteien übereinstimmend erklären, der Prozeßvergleich solle keine Wirkung haben und dem früheren Rechtsstreite solle Fortgang gegeben werden, als ob der Prozeßvergleich nicht geschlossen worden wäre. (Eine Stellungnahme zu den noch weitergehenden Entscheidungen **RG.** IV. GruchotsBeitr. **50** 425 und **RG.** V. **65** 420 wird vermieden.)

7. Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers, ob er einen bestimmten Teil des Nachlasses nach dem Tode des Vorerben dessen Erben oder dem Nacherben herauszugeben hat. **RG.** IV. WarnE. **12** 190, R. **12** Nr. 888, BayRpfl. **12** 1212, DNotV. **12** 810. Da es zu den Pflichten des Testamentsvollstreckers gehört, nicht nur die letzwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, sondern auch nach Möglichkeit dafür Sorge zu tragen, daß der sofortigen Ausführung in dem Zeitpunkte, zu dem sie erfolgen soll, kein Hindernis entgegensteht, hat der Testamentsvollstrecker ein in seiner Stellung und seiner Aufgabe begründetes rechtliches Interesse daran, daß die Berechtigung oder Nichtberechtigung des Widerspruchs des Vorerben durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt und auf diese Weise die Streitfrage nicht nur im Verhältnisse zwischen ihm und dem Vorerben, sondern auch im Verhältnisse zwischen ihm und den späteren Erben der Vorerben (§ 325 Abs. 1) endgültig entschieden werde. Der Umstand, daß die beantragte Entscheidung nicht auch den Nacherben gegenüber wirkt, ändert nichts an dem Interesse, das der Testamentsvollstrecker daran hat, daß wenigstens dem Vorerben und seinen Erben gegenüber rechtliche Klarheit geschaffen werde.

8. Keine Klage des einzelnen Jagdgenossen auf Feststellung der Nichtigkeit eines Jagdpachtvertrags. RheinA. **109** 301 (Cöln). Der einzelne Jagdgenosse hat kein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Nichtigkeit eines von dem Jagdvorsteher abgeschlossenen Jagdpachtvertrags (PrJagdO. vom 25. Juli 1907).

9. Feststellungsklage aus § 844 Abs. 2 BGB. bei Tötung eines siebenjährigen Kindes. BadRpr. **12** 172 (Karlsruhe). Die Feststellung kann nur begehrt werden, wenn nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit die Getötete, wenn sie am Leben geblieben wäre, bei Eintritt der Unterstützungsbedürftigkeit ihrer Eltern auch voraussichtlich imstande gewesen wäre, ihnen bei Berücksichtigung ihrer (der Tochter) sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung ihres eigenen standesgemäßen Unterhalts den gesetzlichen Unterhalt zu gewähren (vgl. OLG. **20** 267).

10. Übergang von der Leistungs- zur Feststellungsklage. WürttRpflZ. **5** 134, R. **12** Nr. 237 (Stuttgart). Der Übergang von der Leistungs- zur Feststellungsklage ist auch noch in dem nach rechtskräftiger Feststellung des Grundes des Anspruchs über dessen Höhe fortgesetzten Verfahren zulässig, wenn der Kläger nicht in der Lage ist, seinen Schaden zu beziffern. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus der Tatsache, daß im Falle der Abweisung der Leistungsklage wegen mangelnden Nachweises eines Schadensbetrags einer späteren Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache

entgegenstehen würde, da das rechtskräftige Zwischenurteil über den Grund mit dem Erlasse der Entscheidung im Nachverfahren nur noch als ein der selbständigen materiellen Rechtskraft nicht fähiges Element des Endurteils erscheint.

11. Zulässigkeit der Feststellungsklage trotz möglicher Leistungsklage. a) **RG.** V. 27. 9. 11, R. **12** Nr. 2857. Die Möglichkeit einer Klage auf Rechnungslegung schließt nicht ohne weiteres eine entsprechende Feststellungsklage über eine streitige Vertragsauslegung aus. **b)** Weil Kläger nicht in der Lage ist, schon jetzt alle Einzelleistungen einzuklagen. **RG.** II. LeipzZ. **12** 461. Ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung und damit die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist gegeben, wenn eine Leistungsklage nicht erhoben werden kann, weil beide Teile in noch nicht abgeschlossenem Kontokorrentverkehre stehen, der Klaganspruch ebenfalls in diesem Kontokorrent erscheint und dem Kläger Bonifikationen, Zahlungen und sonstige Forderungen gutgebracht sind (vgl. **RG. 61** 244, **65** 402). **c)** Weil die Feststellungsklage das zweckmäßigere Verfahren ist. BayRpflZ. **12** 465 (München). Die Feststellungsklage ist trotz der Möglichkeit der Leistungsklage nicht ausgeschlossen, wenn sie sich als das einfachere, billigere und zweckmäßigere Verfahren darstellt und kein Grund zu der Annahme besteht, daß der Beklagte sich nicht auch einer bloßen gerichtlichen Feststellung fügen wird (vgl. **RG.** JW. **11** 816). **d)** Weil das Hindernis für die Leistungsklage erst nachträglich weggefallen ist. **RG.** VI. LeipzZ. **12** 230, R. **12** Nr. 90. War der Kläger zur Erhebung der Feststellungsklage berechtigt, so fällt deren Zulässigkeit nicht deswegen fort, weil dem Kläger vielleicht nachträglich möglich geworden ist, die Leistungsklage zu erheben. So ist Schwierigkeit der Berechnung bei Erhebung der Leistungsklage ein genügender Grund für die Zulässigkeit der Feststellungsklage, mag auch später die Berechnung möglich sein.

V. Insbesondere die negative Feststellungsklage. 1. Negative Feststellungsklage gegen den Konkursverwalter, der behauptet hat, der Konkursmasse stehe ein Schadensersatzanspruch gegen den Kläger zu. a) HansGZ. **12** Beibl. 40 (Hamburg). Wird einem austretenden Gläubigerausschußmitgliede vom Konkursverwalter erklärt, er behalte sich Schadensersatzansprüche wegen seiner Geschäftsführung vor, so besteht für das ausgeschiedene Mitglied ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß solche Ansprüche nicht bestehen, und zwar auch dann, wenn die etwaige Haftpflicht vom Ausfalle mehrerer Prozesse abhängig gemacht wird. Der Beklagte kann für diesen Fall höchstens Aussetzung des Verfahrens nach § 148 beantragen. **b)** R. **12** Nr. 898 (Stuttgart). Die negative Feststellungsklage eines Anspruchsprätendenten ist, wenn der Gemeinschuldner sich des Anspruchs berühmt hat, ohne weiteres gegen den Konkursverwalter gegeben. **c)** SächsOLG. **33** 114 (Dresden). Gibt der Konkursverwalter den Schadensersatzanspruch aus der Konkursmasse frei, so fehlt es an einem weiteren Feststellungsinteresse. Es ist höchst unwahrscheinlich, daß der Konkursverwalter eine einmal freigegebene bestrittene Forderung, die voraussichtlich nicht ohne langwierigen Prozeß geltend zu machen ist, wieder zur Konkursmasse ziehen werde. Gegenüber dem sich berühmenden Gemeinschuldner aber würde das gegen den Konkursverwalter beantragte Urteil keine Rechtskraftwirkung äußern. Wenn der Gemeinschuldner auch als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters im Sinne des § 325 anzusehen ist, so liegt doch in der Freigabe des Schadensersatzanspruchs nicht die Veräußerung einer „im Streite befangenen" Sache, weil die negative Feststellungsklage nicht die Rechtshängigkeit des vom Kläger verneinten Anspruchs bewirkt. Erklärt der Kläger daher nach Freigabe nicht die Erledigung der Hauptsache dem Konkursverwalter gegenüber, so muß er mit der Klage abgewiesen werden.

2. Klage des Drittschuldners auf Feststellung des Nichtbestehens der gepfändeten Forderung. OLG. **25** 129 (Hamburg). Zu den Voraussetzungen der negativen Feststellungsklage gehört, daß die Rechtslage des Klägers durch eine tatsächliche Ungewißheit gefährdet ist; diese kann auch durch Handlungen, welche ihrer Natur nach die Berühmung eines Anspruchs in sich schließen, wie die Erwirkung eines Pfändungsbeschlusses seitens eines Dritten, hervorgerufen werden. Eine solche Ungewißheit begründet das nach § 256 erforderliche Interesse allerdings nur dann, wenn es auf die Rechtslage des Klägers von Einfluß ist. Dazu genügt aber, wenn der Kläger durch das angemaßte Recht in der Freiheit seiner vermögensrechtlichen Verfügungen (Abtretung der gepfändeten Forderung) gehemmt wird, selbst wenn bisher die Gelegenheit zu einer bestimmten einzelnen Verfügung noch nicht eingetreten ist.

3. Bordellhypothek. **RG.** V. JW. **12** 853. Auch das Berühmen des Beklagten mit einer Bordellhypothek ist geeignet, das rechtliche Interesse des Klägers an der Feststellung des Nichtbestehens dieses Anspruchs zu begründen (GruchotsBeitr. **50** 114).

4. Unzulässigkeit wegen Erhebung der entsprechenden Leistungsklage. **RG.** I. 3. 6. 12, LeipzZ. **12** 662, R. **12** Nr. 2858, JW. **12** 873, WarnE. **12** 498. Hat bei der negativen Feststellungsklage der Gegner die entsprechende Leistungsklage erhoben, so ist damit das Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des gegnerischen Anspruchs entfallen. Der Kläger ist in einem solchen Falle, wie in **RG. 71** 68 eingehend begründet worden ist, nicht in der Lage, den Anspruch auf Feststellung aufrecht zu erhalten und muß abgewiesen werden, wenn er es gleichwohl tut. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten.

5. Die positive Feststellungsklage hebt dagegen die Zulässigkeit nicht auf. **RG.** II. LeipzZ. **12** 661, R. **12** Nr. 2562. Einer negativen Feststellungsklage fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse nach § 256, wenn der Gegner die Leistungsklage erhoben hat und durch diese Leistungsklage nun das ganze Rechtsverhältnis zur Entscheidung gebracht wird. Was für die Leistungsklage gilt, kann aber nicht auf die positive Feststellungswiderklage übertragen werden. Denn diese würde, wenn sie Erfolg hätte, das unter den Parteien streitige Rechtsverhältnis nicht erschöpfen. Würde der Bekl. siegen, so würde immer noch von ihm die Leistungsklage, mindestens hinsichtlich des Betrags, erhoben werden müssen. Die umfassendere Klage ist vielmehr die negative Feststellungsklage; denn wenn sie durchdringt, steht es fest, daß der Beklagte keinerlei Ansprüche gegen den Kläger erheben kann.

6. Bestimmter Antrag. **RG.** II. JDR. **10** Nr. V 7 jetzt auch SeuffBl. **12** 73.

VI. Prozessuales. 1. Welche Anforderungen sind an die Entscheidung auf die negative Feststellungsklage zu stellen? **RG.** V. WarnE. **12** 314. Die Entscheidung auf eine negative Feststellungsklage, die sich gegen einen bezifferten Anspruch richtet, muß Klarheit darüber schaffen, woran der Kläger mit dem Beklagten in Ansehung des Anspruchs ist. Diesem Erfordernisse wird nicht genügt, wenn die Klage abgewiesen wird, weil das Gericht den mit ihr bekämpften Anspruch wenigstens in einer bestimmten Höhe für dargetan erachtet, dagegen eine Entscheidung darüber, ob der Anspruch, insoweit er diesen Betrag übersteigt, besteht oder nicht, nicht getroffen wird. Ein solches Verfahren wird auch nicht durch die allgemeine Fassung des Klagantrags, festzustellen, daß dem Beklagten „irgend ein Anspruch" an den Kläger nicht zustehe, gerechtfertigt. Denn dieser Antrag kann nur die Bedeutung haben, festzustellen, daß dem Beklagten der

bekämpfte Anspruch weder in der behaupteten Höhe noch zu irgendeinem anderen, insbesondere geringeren Betrage zustehe.

2. **RG.** IV. 24. 4. 12, R. **12** Nr. 1823. Bei einem Streite über die Feststellung, welche Vertragspartei die Wertzuwachssteuer zu tragen hat, kann die Rechtsgültigkeit der Steuerauflage offen gelassen werden.

3. *Förster-Kann I, 635 Note 2 b. Zum Gegenstand eines Feststellungsprozesses, der vor einem deutschen Gerichte geführt wird, können auch Rechtsverhältnisse gemacht werden, die zwischen Ausländern bestehen und nach ausländischem Rechte zu beurteilen sind. Insbesondere muß es zulässig sein, das Bestehen oder Nichtbestehen eines ausländischen Patents vor dem inländischen Richter zur Feststellung zu bringen. Dem steht weder das Bedenken entgegen, daß das Erfinderrecht noch nicht „gemeinsames Rechtsinstitut der Kulturstaaten" geworden (so **RG.** JW. **90** 280 Nr. 24, **99** 444 Nr. 34), noch daß „das fremde Territorium und das Tun und Lassen auf demselben" der inländischen Gerichtsgewalt entzogen sei (so Kohler, Beiträge 538), noch, daß der inländische Richter nicht befugt sei, den Umfang eines ausländischen Patentes „festzusetzen" (so Isay, PatG. § 4 Note 18).

§ 259. I. Anwendungsgebiet. 1. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 53. Diese Vorschrift ist für die Unterlassungsklage unanwendbar (aA. Hellwig); § 259 setzt einen nicht-fälligen Anspruch auf eine künftige Leistung voraus, die Unterlassungsklage einen solchen fälligen Anspruch, der jetzt und zukünftig zu erfüllen ist. Darüber, daß § 259 nicht geringere Voraussetzungen als die Einzelvorschriften über die Unterlassungsklage aufstellt, vgl. o. Ziff. 1 a zu § 1004 BGB., Allgemeines Ziff. 2 zu § 241 BGB. und die dortigen Verweisungen.

2. ElsLothJZ. 12 16 (Colmar). § 259 findet auch auf bedingte Ansprüche Anwendung.

II. 1. Besorgnis des Sichentziehens. ElsLothJZ. **12** 16 (Colmar). Beruht das Nichterfüllen der Verbindlichkeit nur auf objektiver Zahlungsunfähigkeit, insbesondere Zahlungseinstellung, so ist weder ein „Sichentziehen" des Schuldners im Sinne von § 259 gegeben, noch die Besorgnis begründet, der Schuldner werde sich der Leistung entziehen.

2. BadRpr. **12** 155 (LG. Mannheim und OLG. Karlsruhe). Zahlt der Beklagte einen fälligen Teilbetrag, nachdem der Kläger ein ihm zu dessen Deckung zweimal übersandtes Dreimonatsakzept jedesmal zurückgewiesen und bei der zweiten Zurückweisung geschrieben hat, er werde jetzt andere Schritte ergreifen, sofort nach Empfang dieses letzteren Schreibens, so ist die Besorgnis, daß er sich auch bezüglich der künftig fällig werdenden Beträge der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, nicht begründet.

III. Bedeutung des Anerkenntnisses bei einer Klage aus § 259 s. unten § 307 Nr. V.

§ 260. Literatur: Lesser, Die Verbindung des Herausgabeanspruchs mit dem Anspruch auf Wertersatz, PosMschr. **12** 113—115.

I. LeipzZ. **12** 247, R. **12** Nr. 455, ElsLothZ. **12** 490 (Colmar). Eine gegen den Beklagten als Konkursverwalter, „eventuell" gegen ihn „persönlich" gerichtete Klage ist prozessual unzulässig. Der Beklagte als Konkursverwalter und der Beklagte eigenen Namens sind zwei verschiedene Prozeßsubjekte.

II. *Förster-Kann I 653 Note 2 d bb. Der Kläger kann nicht willkürlich zwei Ansprüche, die nichts miteinander zu tun haben, in ein Eventualverhältnis zueinander setzen. Vielmehr ist dies nur hinsichtlich zweier Ansprüche zulässig, von welchen nur der eine oder nur der andere, nicht aber beide nebeneinander bestehen können. (Beispiel: Klage auf Lieferung der gekauften Ware, falls aber der

Kaufvertrag nichtig sei, auf Rückgewähr der Anzahlung.) Die Eventualität, von welcher der zweite Anspruch abhängt, ist nicht der Ausfall des Prozesses über den Eventualanspruch — das wäre eine bedingte Klagerhebung —, sondern die zwar subjektiv vorläufig noch ungewisse, objektiv aber von vornherein feststehende Tatsache des Bestehens oder Nichtbestehens des Prinzipalanspruchs. Auch der Eventualanspruch wird mithin, da die Ungewißheit, welche dazu führt, den zweiten Anspruch als eventuellen einzuführen, keine Bedingung im technischen Sinne, sondern eine reine condicio iuris ist, unbedingt erhoben. Die herrschende Lehre (vgl. **RG.** JW. **94** 362 Nr. 9, **00** 292 Nr. 2, **10** 826 Nr. 51), wonach die Verbindung eines Eventualanspruchs mit einem Hauptanspruche nur zulässig sein soll, wenn beide miteinander vereinbar seien, ist haltlos. Es ist im Gegenteil das Merkmal eines Eventualanspruchs, daß er nur begründet sein kann, wenn der Prinzipalanspruch nicht zu Recht besteht. Mithin muß der den Eventualanspruch ergebende Tatbestand unter allen Umständen mit dem Tatbestande des Prinzipalanspruchs unvereinbar sein. Zuzugeben ist, daß die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Eventualverhältnisse Ansprüche betreffen, deren Tatbestände sich teilweise decken. Indes ist der Tatbestand $a + b + c$ mit dem Tatbestand $a + b + d$ genau ebenso unvereinbar wie mit dem Tatbestande $x + y + z$. Verlangt z. B. der Kläger den vereinbarten, falls aber eine Einigung über den Kaufpreis nicht zustande gekommen sein sollte, den angemessenen Kaufpreis, so macht er zwei Tatbestände geltend, die sich zwar zum größten Teile decken, gleichwohl aber einander ausschließen. — Nicht erforderlich ist, daß das Eventualverhältnis in der Stellung von Eventualanträgen zum Ausdrucke kommt. Vielmehr kann ein Eventualverhältnis auch dann vorliegen, wenn aus dem eventuell geltend gemachten Anspruche kein anderer Antrag hergeleitet wird, als aus dem prinzipaliter erhobenen, so z. B. wenn der Kläger Erstattung seiner Aufwendungen auf Grund Auftrags, eventuell aus auftragloser Geschäftsführung, ferner, wenn der Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis und eventuell die gleiche Summe als angemessenen Kaufpreis fordert.

III. Verbindung des Herausgabeanspruchs mit dem Anspruch auf Wertersatz. Lesser, PosMSchr. **12** 113 ff. Die Verbindung des Herausgabeanspruchs mit dem Anspruch auf Wertersatz ist grundsätzlich nur in der Form der sog. facultas alternativa, deren prozessuale Ausdrucksweise § 713 Abs. 2 ist, insoweit aber allgemein zulässig. Ein Urteil, das dem in Form der Wahlschuld gestellten Klagebegehren nur in Form der facultas alternativa stattgibt, ist zulässig, da es sich hierbei um ein minus, nicht um ein aliud handelt. Der Anspruch auf Leistung des Geldwerts kann aber in Verbindung mit dem Herausgabeanspruch auch unter den Voraussetzungen des § 259 als Klage auf künftige Leistung erhoben werden. Das Urteil muß aussprechen, daß der Schuldner verurteilt wird, den Geldersatz zu leisten, wenn der Gläubiger ihm nach Rechtskraft des Urteils eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, und diese Frist abgelaufen ist. Der Gläubiger kann verlangen, daß die dem Schuldner zu setzende Frist gemäß § 255 schon im Urteile bestimmt wird.

§ 263. I. Fortsetzung des durch Vergleich beendigten Rechtsstreits. 1. OLG. **25** 76, ElsLothZ. **12** 348 (Colmar). Der Anspruch auf Verurteilung des Gegners zur Tragung der Prozeßkosten auf Grund eines privatrechtlichen Titels kann auch dann noch geltend gemacht werden (durch Klagänderung), wenn der materielle Rechtsstreit sowohl in der Hauptsache als auch hinsichtlich der Prozeßkosten durch einen außergerichtlichen Vergleich erledigt ist. Durch diesen wird der formale Rechtsstreit noch nicht beendet. Seine Rechtshängigkeit bleibt bestehen, solange nicht die Klage oder das Rechtsmittel auf Grund des Vergleichs zurückgenommen oder der Vergleich zu gerichtlichem Protokoll erklärt worden ist.

2. **RG.** VII. 5. 1. 12, **78** 206, R. **12** Nr. 902, JW. **12** 355 (unter Abänderung von OLG. Dresden JDR. **10** Nr. 4 b). Bedarf es zur Feststellung, ob ein Prozeßvergleich ungültig ist, noch eines weiteren hinsichtlich seiner Ausdehnung ungewissen Verfahrens, so kann der formell erledigte Rechtsstreit erst fortgesetzt werden, wenn die Unwirksamkeit des Vergleichs in einem besonderen Prozesse festgestellt ist. Anders bei formellen äußeren Mängeln des Vergleichs oder bei Einigkeit der Parteien über die Unwirksamkeit (vgl. auch § 256 Nr. IV 6).

3. MecklZ. **30** 316 (Rostock). Ein zur Beilegung eines Rechtsstreits außergerichtlich abgeschlossener Vergleich beendet den Prozeß nicht ohne weiteres. Er gibt dem Beklagten nur das Recht, zu verlangen, daß das Urteil konform dem Vergleich ergeht; er erzeugt eine materiellrechtliche Einrede, die dem Klaganspruch in derselben Weise entgegensteht wie eine sonstige rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsache.

II. Abs. 2 Ziff. 1. 1. **RG.** I. WarnE. **12** 50. Einer im Inlande erhobenen Klage kann auf Grund eines im Auslande anhängigen Rechtsstreits die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann entgegengesetzt werden, wenn das in diesem Rechtsstreit ergehende Urteil gemäß § 328 im Inland als Urteil anzuerkennen ist (vgl. **RG. 49** 344).

2. KGBl. **12** 67 (LG. I Berlin). Die Einrede ist auch im Offenbarungseidsverfahren gegeben, wenn gegen den Schuldner bereits ein anderes Offenbarungseidsverfahren eingeleitet ist.

III. Abs. 2 Ziff. 2. Heilbarkeit einer zur Zeit der Rechtshängigkeit vorhandenen Unzuständigkeit. 1. OLG. **25** 48, KGBl. **12** 66 (KG.). Die Bestimmung schreibt nicht vor, daß eine zur Zeit der Rechtshängigkeit vorhandene Unzuständigkeit nicht geheilt werden könne. Es liegt kein Grund vor, sie über den Wortlaut hinaus zu erweitern. Vielmehr entspricht es dem Bestreben des Gesetzes, unnötige Prozesse zu vermeiden, daß auch die Zuständigkeit nachträglich begründende Tatumstände berücksichtigt werden, ihnen also die Bedeutung zugesprochen wird, daß durch sie eine zur Zeit der Klagerhebung vorhandene Unzuständigkeit geheilt wird. Aus **RG. 52** 137 ist zu entnehmen, daß es auch nach der Ansicht des RG. genügen muß, wenn die Zuständigkeit bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung, sei es auch erst in der Berufungsinstanz, eingetreten ist.

2. PosMSchr. **12** 130 (Posen). Aus der positiven Bestimmung des § 263 Abs. 2 Ziff. 2 folgt nicht, daß nicht die anfänglich nicht vorhandene Zuständigkeit nachträglich durch eine Veränderung der Umstände begründet werden könne. Der Mangel der Zuständigkeit kann vielmehr bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung geheilt werden (**RG. 52** 137, Stein Anm. II B, Skonietzki-Gelpcke Anm. 12 zu § 263).

§ 264. I. OLG. **25** 59 (KG.). Die §§ 264, 268 bestimmen erschöpfend die Grenzen, in denen Änderungen der Klage zulässig sind. Es fehlt ein Grund dafür, daß die Widerklage des Beklagten eine Ausnahme von diesen Bestimmungen begründen und zu einer Umgehung des Verbots im § 264 führen sollte (vgl. Struckmann-Koch Anm. 32, Stein Anm. III 5, Skonietzki-Gelpcke Anm. 2 zu § 33).

II. Anwendbarkeit in der Berufungsinstanz. **RG.** VI. WarnE. **12** 20. Wenn das Gericht erster Instanz die Frage der unzulässigen Klagänderung (prozeßordnungswidrig) unentschieden gelassen hat, so kann das Berufungsgericht seinerseits die Änderung unter den Voraussetzungen des § 264, also namentlich auch wegen unerheblicher Erschwerung der Verteidigung des Beklagten, zulassen. Diese Entscheidung ist gemäß § 270 mit der Revision nicht anfechtbar.

III. Eine in unzulässiger Weise abgeänderte Klage darf nicht auch als sachlich unbegründet abgewiesen werden. **RG.** III. BayRpflZ. **12** 310. Findet das Gericht in einem bestimmten Vorbringen eine unzulässige Klagänderung, so verneint es damit das Vorhandensein einer not-

wendigen Voraussetzung für die Berücksichtigung des Vorbringens als Streitstoffs. Es muß deshalb die Klage wegen Mangels jener Voraussetzung abweisen, darf aber nicht außerdem noch, wenn auch nur hilfsweise, dieses Vorbringen würdigen und den Klaganspruch auch als sachlich unbegründet zurückweisen. Denn es können sich hieraus Zweifel über den Umfang der Rechtskraft des Urteils ergeben (vgl. **RG.** JW. **02** 92, **06** 394, **08** 489, 718, **RG. 75** 265). Ein Verstoß hiergegen führt aber nicht notwendig zur Aufhebung des Urteils. Der Rechtsmittelrichter hat vielmehr die sachlichen Ausführungen des Prozeßrichters als nicht vorhanden zu betrachten und nur die Entscheidung über die prozessuale Zulässigkeit des Anspruchs zu prüfen (**RG.** JW. **02** 92, **03** 400, **RG. 75** 265).

IV. Wesentliche Erschwerung der Verteidigung. SchlHolst. Anz. **12** 346 (Kiel). Eine wesentliche Erschwerung der Verteidigung des Beklagten liegt dann vor, wenn durch die Klagänderung die Beweislast verschoben wird.

§ 265. Literatur: Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, JheringsJ. **61** 407—466.

I. Knoke, JheringsJ. **61** 407 ff. § 265 findet auf den Fall der Schuldübernahme keine Anwendung.

II. Ein Fall des § 265 liegt nicht vor, wenn der Konkursverwalter den von ihm verfolgten Anspruch aus der Konkursmasse freigibt und der Gemeinschuldner darauf den Rechtsstreit fortsetzen will. 1. LeipzZ. **12** 169, BauersZ. **19** 185, HansGZ. **09** Beibl. Nr. 116 (Hamburg). Gibt der Konkursverwalter den von ihm im Prozeßwege verfolgten Anspruch des Gemeinschuldners im Laufe des Rechtsstreits aus der Konkursmasse frei, so kann der Rechtsstreit ohne weiteres durch den bisherigen Gemeinschuldner fortgesetzt werden. Ein Fall des § 265 liegt nicht vor, da es sich nicht um den Übergang des Rechtes an der im Streite befangenen Sache von der Prozeßpartei auf einen Dritten, sondern um den Wegfall der Beschränkung der Verfügungsfähigkeit des sachlich Berechtigten handelt.

2. Dagegen OLG. **25** 91, HansGZ. **12** Beibl. 58 (Hamburg). Die Entscheidung zu 1 übersieht, daß es sich nicht um die Frage handelt, wer der materiell Berechtigte an dem eingeklagten Anspruch ist, sondern darum, wer in dem anhängigen Rechtsstreite prozessual ermächtigt ist, die Parteirolle des Klägers weiterzuführen, ob der Konkursverwalter beliebig und ohne Zustimmung des Gegners aus dem Rechtsstreite, den er übernommen hat, wieder ausscheiden und die Fortführung dem Gemeinschuldner für eigene Rechnung überlassen darf. Eine gesetzliche Bestimmung, die ihm diese Befugnis gibt, findet sich weder in der KO. noch in der ZPO. Die Befugnis ist ihm deshalb abzusprechen. Die Freigabe eines zur Konkursmasse gehörigen Rechtes seitens des Konkursverwalters an den Gemeinschuldner bedeutet die Übertragung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Konkursverwalters auf den Gemeinschuldner und ruft an sich dieselbe prozessuale Wirkung hervor wie die Übertragung des Rechtes selbst.

3. **RG.** VII. 1. 3. 12, **79** 28, LeipzZ. **12** 758, HansGZ. **12** Beibl. 236, R. **12** Nr. 1330, JW. **12** 595 (unter Aufhebung von OLG. Hamburg Nr. 2). Das Prozeßführungsrecht und die Prozeßführungspflicht des Konkursverwalters haben ihre Grundlage in dem ihm durch § 6 KO. übertragenen Verwaltungs- und Verfügungsrecht an dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen des Gemeinschuldners. Dieses Vermögen bleibt auch in der Konkursmasse Vermögen des Gemeinschuldners; darauf beruht es, daß in dem Augenblicke, wo durch Beendigung des Konkurses die Konkursmasse als solche und damit die Zugehörigkeit des Vermögens zu ihr zu bestehen aufhört, die Befugnisse des Verwalters erlöschen und der Gemeinschuldner kraft seines nunmehr wieder freigewordenen Verwaltungs- und Verfügungsrechts ohne weiteres als Partei in anhängige Prozesse eintritt (vgl.

RG. 52 334, **73** 314). Der rechtliche Zustand, der durch die Beendigung des Konkurses für das ganze in die Konkursmasse gefallene Vermögen des Gemeinschuldners eintritt, wird durch die Freigabeerklärung für einen einzelnen freigegebenen Gegenstand herbeigeführt. Hieraus folgt, daß in einem bezüglich dieses Gegenstandes anhängigen Prozesse der Gemeinschuldner mit der Freigabe ebenso ohne weiteres an die Stelle des Verwalters als Partei eintritt, wie es geschehen würde, wenn der Konkurs im ganzen beendet würde. Für eine auch nur entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 265 ist kein Raum. Durch die Freigabeerklärung hat der Konkursverwalter nicht sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht bezüglich des freigegebenen Anspruchs auf den Gemeinschuldner übertragen, so daß dieser insoweit im Sinne des § 265 als Rechtsnachfolger des Konkursverwalters zu gelten hätte. Der Gemeinschuldner macht durch die Fortsetzung des Prozesses sein Forderungsrecht geltend, das nie aufgehört hatte, sein Recht zu sein, wenn es auch durch die Konkurseröffnung seiner Verwaltung und Verfügung entzogen war. Diese Einschränkung seiner Rechtsstellung ist durch die Freigabe weggefallen, und damit ist der Gemeinschuldner wieder in die freie und unbeschränkte Ausübung seines Rechtes, nicht aber als Rechtsnachfolger in das Recht eines anderen eingetreten. Der Gegner, zu dem der Konkursverwalter durch die Aufnahme des Verfahrens allerdings in ein prozessuales Rechtsverhältnis eingetreten ist, muß sich den Wechsel der Parteirolle ebenso gefallen lassen, wie er es nach dem früher Dargelegten müßte, wenn der Konkurs im ganzen beendet worden wäre.

III. Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 Satz 1. **RG.** V. 3. 7. 12, LeipzZ. **12** 844, BayRpflZ. **12** 417, WarnE. **12** 416, R. **12** Nr. 3113, JW. **12** 870. Das RG. hat sich in ständiger Rechtsprechung dafür erklärt, daß die nach der Rechtshängigkeit erfolgte Abtretung — der die Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung gleichsteht — lediglich für das Verfahren wirkungslos bleibt, dagegen die sachlichen Rechtsfolgen der Abtretung auch hier eintreten, so daß der neue Gläubiger der wahre Gläubiger wird und als solcher allein befugt ist, sachliche Verfügungen über den Klaganspruch vorzunehmen. Der Kläger bleibt lediglich der Form nach Prozeßpartei und ist nur zu solchen Handlungen, die das Verfahren betreffen, berechtigt; sachlich führt er den Rechtsstreit als Vertreter des neuen Gläubigers (**RG. 40** 340). Der Kläger ist daher nicht nur berechtigt, sondern, sobald ihm ein Einwand aus der geschehenen Abtretung entgegengestellt wird, auch verpflichtet, seinen Antrag dahin zu ändern, daß der Beklagte zur Leistung an den neuen Gläubiger verurteilt werde (**RG. 56** 308, Gruchots Beitr. **49** 380, 904, JW. **07** 337, **08** 303, 407). Infolgedessen kann auch nur aus dem sachlichen Rechte entschieden werden, ob der Beklagte dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen darf, wofür schon § 325 spricht.

IV. Abs. 3. KGBl. **12** 131 (KG.). Die Vorschrift findet auch Anwendung, wenn im Interventionsprozesse der Kläger die gepfändete Sache an einen Dritten veräußert hat. Wenn es sich auch nicht um die Veräußerung einer „im Streite befangenen“ Sache handelt, da den Gegenstand des Widerspruchprozesses nicht das Eigentum an dem Pfandstücke, sondern die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in dieses bildet, so muß doch angenommen werden, daß der Kläger bei der Übereignung des Pfandstücks mit dem Anspruch auf Herausgabe der Sache auch sein Recht zum Widerspruche gegen die von dem Beklagten vorgenommene Pfändung an den Dritten abgetreten hat, so daß dieser auf Grund der Abtretung als Rechtsnachfolger des Klägers anzusehen ist.

§ 266. I. **RG.** III. 20. 2. 12, JW. **12** 471, R. **12** Nr. 1208. Die Vorschrift findet im Falle einer Negatorienklage zwischen zwei Grundstücksnachbarn keine Anwendung, wenn es sich nicht um ein nachbarrechtliches Verhältnis handelt.

II. Bedeutung des Abs. 2. HansGZ. **12** Beibl. 25 (Hamburg). Die entsprechende Anwendung der im Abs. 2 erwähnten Vorschriften auf den Rechtsnachfolger, der erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit erworben hat, setzt nicht notwendig voraus, daß der Rechtsnachfolger von einem Nichtberechtigten erworben hat. Er muß sich im gegebenen Falle nur darauf berufen können, daß der Inhalt des Grundbuchs, in welchem das nach der Behauptung des Beklagten auf dem Grundstücke lastende Recht nicht eingetragen steht, zu seinen Gunsten als richtig gilt, daß also zur Zeit seines Erwerbes weder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen noch ihm, dem Erwerber, die Unrichtigkeit bekannt war (§ 892 BGB.).

§ 268. Literatur: Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß (Fischers Abhandlungen 24). München 1912.

I. Allgemeines. 1. OLG. **25** 59 (KG.). Die §§ 264, 268 bestimmen erschöpfend die Grenzen, in denen Änderungen der Klage zulässig sind. Die Widerklage des Beklagten begründet keine Ausnahme von diesen Bestimmungen und vermag zu einer Umgehung des Verbots im § 264 nicht zu führen.

2. OLG. **25** 59 (KG.). Ist über die Klage rechtskräftig entschieden, so entfällt jede Möglichkeit, den erledigten Klagantrag in dem noch schwebenden Verfahren über die Widerklage zu ändern oder zu erweitern.

3. Die Parteiänderung ist keine Klagänderung. Kisch 7 ff. Der prozessuale Vorgang des Eintritts einer neuen Partei, sei es an die Stelle der bisherigen, sei es neben dieselbe, wird von der herrschenden Lehre unter den Gesichtspunkt der Klagänderung gebracht. Die gleiche Auffassung findet sich in der Rechtsprechung, namentlich in derjenigen des RG. und der OLG. Diese Konstruktion wird in der Regel nicht besonders begründet, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt. Wenn ausnahmsweise eine Rechtfertigung versucht wird, beschränkt sie sich meist auf den Satz: Eine Klagänderung liegt überall da vor, wo ein wesentlicher Bestandteil der Klage verändert wird. Zur Individualisierung der Klage gehört aber auch die Partei. Also stellt sich jede Änderung der Partei als eine Änderung der Klage dar. Die Lehre und ihre Begründung sind unrichtig. 1. Zunächst sprechen gegen sie terminologische Gründe. Der Bestandteil „Klage" in der Zusammensetzung „Klagänderung" deutet schon auch dem Sprachgebrauch auf etwas Objektives hin. Klage in diesem Sinne ist das Objekt einer ändernden Tätigkeit. Diese Tätigkeit setzt aber ein bestimmtes Subjekt voraus, welches die Änderung vornimmt. Von einer Klagänderung im technischen Sinne ist also nur dann zu reden, wenn das sie vornehmende Subjekt dasselbe bleibt. Sobald ein anderes Subjekt auftritt als das bisherige, kann nicht mehr von einer Änderung der Klage dieses letzteren gesprochen werden. Es liegt dann nicht eine Klagänderung, sondern eine andere Klage vor. 2. Dieser terminologischen Erwägung entspricht auch ein begrifflicher Gesichtspunkt. Der Hauptirrtum der herrschenden Lehre beruht darauf, daß sie die Partei (was die Individualisierung des Prozesses betrifft) auf eine Stufe stellt mit den übrigen wesentlichen Momenten der Klage, etwa mit dem Klagegrund und Klagantrage. Tatsächlich aber ist die Partei in viel höherem Maße und in ganz anderem Sinne für die Frage der Identität des Prozesses bedeutsam. Sie ist so sehr entscheidend, daß bei Wechsel der Partei überhaupt nicht derselbe Prozeß, dieselbe Klage (wenn auch abgeändert) in Frage steht, sondern ein ganz neuer Prozeß und eine ganz andere Klage. Die Klage des einen Subjekts kann nicht als die abgeänderte Klage des anderen, der Prozeß gegen einen Beklagten niemals als der abgeänderte Prozeß gegen den anderen angesehen werden. 3. Jede Änderung erfordert logisch Identität des geänderten Objekts. Sie setzt voraus, daß von dem ursprünglichen Dinge irgendetwas übrig bleibe. Sonst spricht man von einem neuen Dinge, nicht von einer Änderung des bisherigen. Da nun in den Fällen der Parteiveränderung in aller Regel auch der Klagegrund und Klagantrag ein anderer sein wird, so ist nicht zu ersehen, was denn

von der ursprünglichen Klage hier übrig bleiben soll. 4. Auch das Gesetz sieht die Partei als das schlechthin individualisierende Moment der Einzelklage an. Es redet überall von dem Kläger und dem Beklagten. Durch den Akt der Klage, welche von einer bestimmten und gegen eine bestimmte Person vorgenommen wird, ist die Parteirolle für diese beiden endgültig fixiert. Die einzelnen Fälle, in denen ausnahmsweise ein Wechsel der Partei auf der einen oder anderen Seite möglich ist (Aufnahme durch den Erben, Übernahme durch den Erwerber der Streitsache und durch den benannten Urheber), sind im Gesetz ausdrücklich und in einer Weise geregelt, die darauf hindeutet, daß andere Fälle nicht zugelassen werden sollen. Die Vorschriften über die Klagänderung gehen im übrigen offenbar von der Voraussetzung aus, daß nach der Klagänderung auf der Kläger- wie auf der Beklagtenseite die Partei die gleiche bleibt wie vorher. Für den Kläger ergibt sich dies schon aus dem Gesichtspunkte, daß die Klagänderung seine Handlung ist. Sobald man sich in der Klägerrolle eine andere Person denkt als die bisherige, läßt sich das Subjekt der Klagänderung nicht mehr bestimmen. Daß der bisherige Kläger mitwirken muß, liegt auf der Hand. Gegen seinen Willen kann ihm nicht eine andere Person substituiert werden. Andererseits ist ebenso sicher, daß der eintretende neue Kläger tätig werden muß, denn auch dieser kann nicht ohne seinen Willen zum Subjekt des Prozesses gemacht werden. Es würden also zwei Personen den vermeintlich einheitlichen Akt der Klagänderung durch ihr Zusammenwirken vollziehen. Der Anteil des einzelnen an dem Gesamtvorgang ist aber ein verschiedener. Zu seiner Kennzeichnung versagt der Begriff der Klagänderung. Es handelt sich auf beiden Seiten um ganz ungleichartige Rechtsfolgen und um ganz verschiedene Handlungen, die nicht durch den einfachen und einheitlichen Begriff der Klagänderung erklärt werden können. Die eine Klage wird nicht geändert, sondern beseitigt und an ihre Stelle wird eine neue gesetzt. Nicht anders verhält es sich, wenn neben den bisherigen Kläger ein zweiter Kläger als Streitgenosse tritt. Auch hier läßt sich nicht sagen, von wem die behauptete Klagänderung ausgehen soll. Die Klage des bisherigen Klägers erleidet vielfach überhaupt keine Änderung, und der Eintritt des neuen Klägers stellt sich als Begründung eines völlig neuen Prozesses dar. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Beklagtenrolle. Daß hier das Gesetz Identität der Parteien vor und nach der Klagänderung voraussetzt, ergibt sich schon aus dem Wortlaute des § 264, der davon ausgeht, daß derselbe Beklagte einwilligt, gegen den die ursprüngliche Klage erhoben war, und daß derselbe Beklagte am Prozesse beteiligt bleibt, der sich bisher gegen die Klage zu verteidigen hatte. 5. Die Klagänderung wird vom Gesetzgeber als einheitlicher Vorgang angesehen. Die Parteiänderung kann ihrer Natur nach nicht einheitlich sein. Sie enthält zwei verschiedene Prozeßhandlungen, eine Klagezurücknahme und eine Klagerhebung, die sich mit Rücksicht auf die Beteiligung verschiedener Subjekte nicht mehr unter einen einheitlichen Gesichtspunkt bringen lassen. Denn hier stehen zwei voneinander unabhängige Willensträger nebeneinander, die zur Vornahme kongruenter Akte nicht gezwungen werden, die sich vielmehr verschieden verhalten können und die auch, wenn sie im Sinne des Klägers übereinstimmend handeln, darum doch noch nicht einen einheitlichen Prozeßakt vornehmen, sondern zwei verschiedene prozessuale Tatbestände verwirklichen.

II. Klagänderung. Neuer Klagegrund. 1. Sachlegitimation. a) **RG.** III. JW. **12** 748, WarnE. **12** 364, GruchotsBeitr. **56** 938, LeipzZ. **12** 924, DJZ. **12** 1129. Die Sachlegitimation gehört nach feststehender Rechtsprechung des RG. zum Klagegrund und kann deshalb ohne Einwilligung des Beklagten im Rechtszuge der Berufung nicht geändert werden (vgl. Skonietzki-Gelpcke, Anm. 2 B a zu § 264). **b)** **RG.** VI. R. **12** Nr. 2965. Wird die Aktivlegitimation auf einen anderen Erwerbsakt gegründet, so liegt Klagänderung vor (**RG. 66** 418).

2. Rechtsstreitigkeiten, die die Zahlung einer Vertragsstrafe betreffen. **RG.** III. HessRspr. **13** 228, R. **12** Nr. 2564 (Nr. 2860). Bei dem Anspruch auf Vertragsstrafe setzt sich der Klagegrund aus den bestimmten einzelnen tatsächlichen Vorgängen zusammen, aus denen die Verwirkung der Strafe im einzelnen Falle abgeleitet wird. Wenn von mehreren einzelnen Vorgängen jeder für sich die Vertragsstrafe zur Entstehung bringt, sind mehrere Klagegründe vorhanden. Dies gilt auch dann, wenn trotz der Entstehung des Anspruchs aus jeder einzelnen Zuwiderhandlung die Vertragsstrafe nach dem Sinne des Vertrags nur einmal gefordert werden kann (**RG. 48** 372). Wird der Anspruch in zweiter Instanz auf eine fernere selbständige Zuwiderhandlung gestützt, so handelt es sich daher um einen neuen Klagegrund, nicht um eine zulässige Ergänzung und Berichtigung der Anführungen im Sinne des § 268 Ziff. 1.

3. Umwandlung des Kostenpunkts in die Hauptsache. OLG. **25** 76 (Colmar). Wird nach Erledigung der Hauptsache die Verurteilung des Gegners zur Kostentragung auf Grund einer zivilrechtlichen Verpflichtung (Vertrag oder Verschulden) beansprucht, so liegt in dieser Umwandlung der Nebensache zur Hauptsache, sowie in der Begründung dieses Anspruchs mit einer zivilrechtlichen statt der prozeßrechtlichen Verpflichtung der Gegenpartei eine Klagänderung.

4. **RG.** II. LeipzZ. **12** 385, R. **12** Nr. 1052. Beruht der Klaganspruch nach dem Inhalte der Klageschrift auf dem Zustandekommen eines wirksamen Vertrags zwischen den Parteien, so enthält die im Laufe des Rechtsstreits erfolgte eventuelle Begründung des Klagebegehrens mit der Behauptung, daß der Vertrag wegen Wuchers nichtig sei, eine Klagänderung. Denn die tatsächliche Grundlage des Anspruchs wird dadurch wesentlich umgestaltet.

5. Anfechtungsklage. LeipzZ. **12** 866 (Colmar). In dem Übergange von der Anfechtung aus §§ 32 Nr. 1, 31 Nr. 2 KO. zu einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung und Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 826 BGB. liegt eine unzulässige Klagänderung.

6. LeipzZ. **12** 247, R. **12** Nr. 455 (Colmar). Die Umwandlung einer (prozessual unzulässigen) Klage gegen den Beklagten als Konkursverwalter, „eventuell" gegen ihn „persönlich", in eine gleichzeitig gegen ihn als Konkursverwalter und gegen ihn persönlich gerichtete Klage ist eine unzulässige Klagänderung.

7. Umwandlung des gegen einen Ehemann gerichteten Antrags auf Zahlung in einen solchen auf Duldung der Zwangsvollstreckung. **RG.** VII. R. **12** Nr. 2690. Eine Klagänderung liegt vor, wenn statt des gegen einen Ehemann gerichteten Antrags auf Zahlung nunmehr beantragt wird, ihn zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau zu verurteilen.

8. HansGZ. **12** 54 (Hamburg). Der Antrag auf Aufhebung einer einstweiligen Verfügung stellt gegenüber dem ursprünglichen Antrag auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung daraus eine unerlaubte Klagänderung dar.

9. BayObLG. **12** 482 (BayObLG.). Wird in der Berufungsinstanz der Anspruch eines Beamten auf Unfallfürsorge auf einen anderen Unfall gestützt als in der ersten Instanz, so liegt eine unzulässige Klagänderung vor.

10. MecklZ. **30** 316 (Rostock). In der Heranziehung eines im Laufe des Rechtsstreits abgeschlossenen außergerichtlichen Vergleichs zur Begründung des Klagantrags liegt eine Klagänderung.

III. Kleine Klagänderung. 1. Darin, daß der Mann den ursprünglich auf Leistung an sich gerichteten Antrag in einen Antrag auf Leistung an die Frau abändert, liegt kein Parteiwechsel. **RG.** IV. 27. 11. 11, WarnE. **12** 97, PosMSchr. **12** 5. Der gemäß § 1380 BGB. im eigenen Namen klagende Mann kann dem Einwande

der mangelnden Aktivlegitimation dadurch wirksam begegnen, daß er entweder die Zustimmung der Frau zur Verfügung über den Streitgegenstand nachweist, oder daß er dem Klagantrage die Fassung gibt, daß Leistung an die Frau verlangt werde. Die Vervollständigung der Klage in der einen oder der anderen Richtung enthält keine Klagänderung. Denn nach wie vor ist es der Mann, der in eigenem Namen die Verurteilung fordert. Nicht die Person desjenigen, an welchen die Leistung verlangt wird, sondern die Person dessen, der sie verlangt, bestimmt die Parteirolle. So verlieren der Bürge, der auf Befreiung von der Bürgschaft durch Leistung an den Gläubiger, oder der Miterbe, der gemäß § 2039 BGB. auf Hinterlegung klagt, um dessentwillen nicht die Eigenschaft des Klägers.

2. **RG.** VI. 13. 6. 12, JW. **12** 877. Keine Klagänderung beim Übergange von der Leistungs- zur Feststellungsklage, wenn beide prozeßrechtlich zulässig sind.

3. Übergang von dem Anspruch aus § 845 BGB. auf den Anspruch aus § 844 BGB. bei Gleichheit der tatsächlichen Anführungen. **RG.** VI. JDR. **10** Nr. III 3 jetzt auch EisenbE. **28** 206.

4. Wechsel in der rechtlichen Begründung des Anspruchs. a) **RG.** VII. 4. 6. 12, **79** 390. Der Kläger ist lediglich verpflichtet, die Tatsachen vorzubringen, die geeignet sind, seinen Antrag zu rechtfertigen; zu rechtlichen Ausführungen und zu einer Bezugnahme auf bestimmte Gesetzesvorschriften ist er nicht verpflichtet. Unabhängig von etwaigen derartigen Anführungen der Parteien hat der Richter zu prüfen, ob die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen den Klagantrag unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkte begründet erscheinen lassen. Der Umstand, daß in der Klage die Anfechtung einer Rechtshandlung auf § 30 Ziff. 1 KO. gestützt wird, befreit das Gericht daher nicht von der Verpflichtung der selbständigen rechtlichen Prüfung des vorgetragenen Sachverhalts. Ergibt diese Prüfung, daß ein Fall der Anfechtung nach § 30 Ziff. 2 KO. vorliegt, so liegt in dem nachträglichen Hinweis des Klägers auch auf diese Gesetzesbestimmung kein neues, tatsächliches Vorbringen, sondern lediglich das Hervorheben eines rechtlichen Gesichtspunkts, das sowohl den Klagegrund, als auch die Identität des erhobenen Anfechtungsanspruchs unberührt läßt. b) **RG.** VI. 3. 6. 12, R. **12** Nr. 2104, JW. **12** 873. Hat der Kläger seine zunächst nur unter Bezugnahme auf das Reichshaftpflichtgesetz erhobenen Schadensersatzansprüche darauf gestützt, daß er als Fahrgast bei einem Zusammenstoße zweier Züge der vom Beklagten betriebenen Eisenbahn verletzt sei, so liegt keine Klagänderung vor, wenn er später seine Ansprüche ausdrücklich auf den Beförderungsvertrag stützt. c) Dagegen **RG.** VI. 22. 1. 12, R. **12** Nr. 1051, WarnE. **12** 167, GruchotsBeitr. **56** 895. Ist in der auf das Haftpflichtgesetz gestützten Klage der Tatbestand des Beförderungsvertrags nur nebenbei mit angedeutet, so stellt die spätere Hervorkehrung letzteren Rechtsgrundes eine Klagänderung dar.

5. Negative Feststellungsklage. a) **RG.** IV. R. **12** 208. Die negative Feststellungsklage bleibt dieselbe, wenn der streitige Anspruch oder das streitige Rechtsverhältnis unverändert gelassen wird und nur hinsichtlich der Verteidigungsbehelfe, die den Anspruch des Gegners zu Falle bringen sollen, ein Wechsel eintritt (**RG.** **72** 143). b) **RG.** VI. R. **12** Nr. 1215. Die negative Feststellungsklage erhält ihren rechtlichen Inhalt und Charakter durch die damit bekämpften Ansprüche der Gegenseite; sie bleibt dieselbe auch bei dem Wechsel der tatsächlichen Behauptungen, aus denen sich das Nichtbestehen des Rechtes ergeben soll.

6. MecklZ. **30** 273 (Rostock). Hat der Erwerber von rechtsunwirksam abgetretenen und auf ihn umgeschriebenen Grundschulden diese weiter an einen gemäß § 892 BGB. geschützten Dritten veräußert, so liegt keine unzulässige Klagänderung vor, wenn die ursprünglich auf Berichtigung des Grundbuchs gerichtete Klage nachträglich in eine Klage auf Herausgabe des Erlöses nach § 816 BGB. umgewandelt wird.

Die materielle Grundlage des Anspruchs bildet in beiden Fällen die dingliche Rechtsstellung des fordernden Klägers.

IV. Insbesondere Ziff. 1. 1. *Schultzenstein, BuschsZ. 42 351—356, 362. Die Zulässigkeit der Berichtigung von Anführungen ist dem Grundsatze zu entnehmen, daß, bevor eine Entscheidung ergehen darf, die Parteien gehört werden müssen oder gehört werden können. Bei tatsächlichen Anführungen ist im Bereiche der Verhandlungsmaxime die Berichtigungsbefugnis ein Recht, in dem der Untersuchungsmaxime hat sie nur noch wenig von einem Rechte an sich. Bei rechtlichen Anführungen besteht keine Verschiedenheit zwischen den beiden Maximen. Ein Verbessern durch ein Ergänzen oder Vervollständigen ist niemals als ein Berichtigen anzusehen.

2. Die Befugnis zur Ergänzung und Berichtigung erstreckt sich auch auf den an sich zum Klagegrunde gehörigen Gehalt: **RG.** V. 25. 10. 11, JW. **12** 43, WarnE. **12** 15, R. **12** Nr. 92, LeipzZ. **12** 152. Ziff. 1 gestattet mit der „Ergänzung und Berichtigung der tatsächlichen Anführungen" eine Ergänzung und Berichtigung des Klagevorbringens nicht nur in ganz belanglosen Einzelheiten, sondern auch in dem an sich zum Klagegrunde gehörigen Gehalte, wofern dadurch nur die rechtliche Natur des Tatbestandes, aus dem die abzuurteilende Rechtsfolge hergeleitet ist, keine andere wird. Wird bei einer Mehrheit von gegenseitigen Ansprüchen aus einem dauernden Vertragsverhältnis ein einzelner Posten eingeklagt, so ist es demnach keine unzulässige Klagänderung, wenn zur Begründung des Klaganspruchs später geltend gemacht wird, der eingeklagte Betrag werde für alle Fälle als Teil des Saldos aus einem erweiterten, die beiderseitigen Forderungs- und Schuldposten enthaltenden Rechnungsauszuge geschuldet.

3. **RG.** VII. JW. **12** 644. Darin, daß der Kläger in der Berufungsinstanz für das Zutagetreten der Mangelhaftigkeit der Leistung des Beklagten einen anderen Zeitpunkt angegeben hat als in der Klageschrift — er hatte bei einer Schadensersatzklage wegen Verwendung schlechten Pflasterungsmaterials, mit der er in erster Instanz abgewiesen war, in der Berufungsinstanz geltend gemacht, die behaupteten Mängel seien, wenn nicht schon früher, so doch jedenfalls jetzt hervorgetreten —, liegt keine Klagänderung, sondern nur eine den Klagegrund in keiner Weise berührende Ergänzung oder Berichtigung der tatsächlichen Anführungen im Sinne des § 268 Ziff. 1.

V. Insbesondere Ziff. 2. 1. **RG.** II. 13. 2. 12, LeipzZ. **12** 390, R. **12** Nr. 1209, JW. **12** 471. Zulässige Erweiterung des Klagantrags liegt vor, wenn die Klägerin ihren ursprünglichen Antrag, mit dem sie Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kondensatoren und dazu Ersatz der Montierungskosten verlangt hat, in seinem letzten Teile dahin ändert, daß sie an Stelle des Ersatzes der Montierungskosten Ersatz des Schadens in Befreiungsform verlangt, den sie infolge der mangelhaften Lieferung der Beklagten ihrer Abnehmerin vergüten müsse. Ob ein Schaden und welcher Schaden der Klägerin durch die vertragswidrige Lieferung der Beklagten zugefügt ist, hat das Gericht nach § 287 in freier Würdigung zu schätzen. Im Hinblick auf diese gesetzliche Vorschrift erscheint die Änderung, die die Klägerin an dem letzten Teile ihres Klagebegehrens vorgenommen hat, lediglich als eine Änderung ihrer Schadensrechnung.

2. **RG.** II. R. **12** Nr. 93. Wird die Klage auf Feststellung eines Wandelungsrechts nachträglich darauf ausgedehnt, daß dieses Recht auch gegenüber der vom Gegner erwirkten Kaufpreispfändung durchgreife, so liegt darin keine Klagänderung.

3. HansGZ. **12** Beibl. 269 (Hamburg). Keine Klagänderung, sondern eine zulässige Beschränkung des Klagantrags liegt vor, wenn in einem Rechtsstreite zwischen Miterben und Teilhabern einer fortgesetzten Gütergemeinschaft der Antrag auf Zahlung gewisser Summen als Nachlaßquoten in einen Antrag auf Bewirkung der

Auseinandersetzung und demnächstige Zahlung eines bestimmten Anteils der Teilungsmasse umgewandelt wird. Der Klage grund ist in beiden Fällen derselbe.

VI. Insbesondere Ziff. 3. 1. MecklZ. **30** 373 (Rostock). Als eine „später eingetretene Veränderung" im Sinne des Gesetzes gilt auch (vgl. **RG. 70** Nr. 88, **26** Nr. 81, **39** Nr. 118) eine schon vor der Klagerhebung eingetretene Veränderung, wenn sie dem Kläger erst nachher bekannt geworden und, ohne daß ihn dieserhalb ein Vorwurf trifft, bei dem ursprünglichen Klagebegehren nicht berücksichtigt worden ist.

2. **RG.** VII. 11. 7. 12, R. **12** Nr. 3114. Der Zivilprozeß soll nachweisbar bestehenden Rechtsansprüchen zur Durchführung verhelfen und ist nicht dazu bestimmt, zur Klärung eines nicht zur Entscheidung gestellten Rechtsverhältnisses einen Rechtsspruch über ein nicht bestehendes, indes willkürlich unterstelltes Verhältnis zu erreichen. Werden die Sachen, deren Herausgabe der Kläger verlangt, im Laufe des Rechtsstreits von dem Beklagten veräußert, so kann daher nicht deswegen, weil der Kläger eine Parteivereinbarung des Inhalts behauptet, daß im Falle seines Obsiegens der Erlös an die Stelle der veräußerten Sachen treten solle, der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf die Veräußerung so fortgesetzt werden, als wenn die Sachen noch vorhanden wären. Der Kläger muß seinen Antrag vielmehr der veränderten Sachlage anpassen.

§ 269. Materielle rügelose Einlassung bedeutet stets Einwilligung in die Klagänderung. **RG.** II. LeipzZ. **12** 390, R. **12** Nr. 1220. Wenn der Berufungsrichter einen Widerspruch des Beklagten gegen die Klagänderung nicht feststellt, vielmehr sagt, der Einwand der Klagänderung sei nicht besonders und ausdrücklich erhoben, der Beklagte habe aber zu widerlegen versucht, daß er den Kläger ausgebeutet habe, so hat der Beklagte sich materiell zur Sache selbst hören lassen, ohne den Einwand der Klagänderung vorzuschützen, und damit in die Klagänderung eingewilligt. Der Grundsatz des § 269 findet auch in der Berufungsinstanz Anwendung.

§ 270. I. **RG.** LeipzZ. **12** 235. Der Ausspruch, daß eine Klagänderung nicht vorliege, ist auch dann nicht anfechtbar, wenn es sich um eine Klage aus § 146 KO. handelt.

II. Unanfechtbarkeit der Zulassung einer Klagänderung durch das Berufungsgericht s. § 264 Nr. II.

§ 271. Literatur: Blanckmeister, Prozessuale Streitfragen, R. **12** 137 bis 145. — Strucksberg, Kostenurteil bei Zurücknahme der Klage, BayRpflZ. **12** 91 ff.

I. Liegt Klagerücknahme vor? 1. Beschränkung des Antrags auf die Kosten. **a)** Hörle (vgl. § 91), R. **12** 471 ff. Erklärt der Kläger ohne Widerspruch des Beklagten, daß er den Hauptanspruch nicht mehr verfolge und seinen Antrag auf die Kosten beschränke, so liegt hierin weder ein Verzicht im Sinne des § 306, weil er nicht erklärt, seinen Anspruch aufgeben zu wollen, noch eine Klagezurücknahme im Sinne des § 271, weil er über den nach § 268 Nr. 2 auf die Kosten beschränkten Antrag weiter verhandeln und entschieden haben will. Es muß daher wegen der Kosten nach dem Gesichtspunkt entschieden werden, ob die Klage mit Unrecht erhoben worden ist. Maßgebend ist hierbei die zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung bestehende Sach- und Rechtslage. **b) RG.** V. JDR. **10** Nr. I 1 jetzt auch GruchotsBeitr. **56** 344. **c) RG.** V. R. **12** Nr. 2074. Beantragt der Kläger bei einer Klage auf Unterlassung störender Einwirkungen von einem Nachbargrundstück im Laufe des Prozesses wegen (voraussichtlich dauernden) Aufhörens dieser Einwirkungen, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, so liegt keine Zurücknahme der Klage oder gar ein Verzicht im Sinne des § 306, sondern lediglich

eine durch die Sachlage gebotene Beschränkung des Klagantrags auf die Kosten vor. d) Ebenso **RG.** V. R. **12** Nr. 2865.

2. Zurücknahme des Arrestantrags. SeuffA. **67** 46 (Hamburg). Erklärt der Konkursverwalter nach Aufnahme des von dem Gemeinschuldner angestrengten Arrestprozesses, daß er den Anspruch des Berufungsklägers auf Aufhebung des Arrestes und des angefochtenen Arresturteils anerkenne, so liegt hierin eine der Zurücknahme der Klage gleichzubehandelnde Zurücknahme des Arrestantrags, die zur Folge hat, daß die Kosten der Konkursmasse als Masseschulden (§ 59 KO.) zur Last fallen.

3. Zurücknahme des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung. HansGZ. **12** Beibl. 159 (Hamburg). Der § 271 bezieht sich nach seinem Wortlaute wie nach seiner Stellung im Gesetze nur auf die Zurücknahme der Klage. Eine analoge Anwendung auf den Fall der Zurücknahme des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig. Die Kostenentscheidung ist vielmehr für diesen Fall aus § 91 zu entnehmen.

II. Auch eine nicht rechtswirksam erhobene Klage kann zurückgenommen werden. BayRpflZ. **12** 220, R. **12** Nr. 1651 (Nürnberg). Auch eine Klage, die wegen mangelhafter Zustellung (z. B. an eine in Wirklichkeit nicht mehr existierende Partei) unwirksam ist, kann zurückgenommen werden (abw. Skonietzki, ZPO. I, 691 Anm. 7). Der Kläger muß berechtigt sein, die unausbleibliche Abweisung seiner mangelhaften Klage durch die einfachere und weniger kostspielige Zurücknahme abzuwenden (**RG. 53** 239, SeuffA. **57** 473).

III. Wirkung der Vereinbarung der Klagerücknahme auf den schwebenden Rechtsstreit. 1. SeuffA. **67** 162 (Celle). Im Gegensatze zu Hellwig (Anspruch 163) ist anzunehmen, daß die Vereinbarung gültig ist. Aus ihr erwächst also dem Beklagten ein Klagerecht auf die Zurücknahme der Klage. Er kann sich auf Grund der Abrede aber auch mit Erfolg gegen die Fortsetzung des anhängigen Prozesses wehren. Denn wer trotz seiner Verpflichtung, die Klage zurückzunehmen, diese dennoch weiterbetreibt, handelt gegen die guten Sitten, und es kann unmöglich Aufgabe der staatlichen Rechtsordnung sein, ihm gegen seinen Gegner weiter Rechtsschutz zu gewähren, wenn er mit diesem vereinbart hat, solchen Rechtsschutz nicht weiter in Anspruch nehmen zu wollen, es sei denn, daß die Vereinbarung an sich sittenwidrig wäre. Die gegenteilige Ansicht macht den Prozeß zum Selbstzwecke, während er doch nur dazu da ist, den berechtigten Interessen der Parteien zu dienen. Daran fehlt es aber, wenn der Richter in dem anhängigen Prozesse über eine Klage erkennen müßte, zu deren Zurücknahme er in einem anderen Prozesse den Kläger würde verurteilen müssen. Die Klage ist also auf Grund der Vereinbarung abzuweisen, und diese Abweisung hat dieselbe rechtliche Tragweite, wie wenn der Kläger die Klage tatsächlich zurückgenommen hätte.

2. HessRspr. **13** 137 (Darmstadt). Die Zusage des Klägers, er werde die Klage zurücknehmen, kann nicht die Wirkung haben, daß die Klage auch dann als zurückgenommen angesehen wird, wenn sie der Kläger seiner Verpflichtung zuwider nicht zurücknimmt. Es bedarf aber nicht des Umwegs, daß Widerklage auf Zurücknahme der Klage erhoben wird. Es steht vielmehr der prozessualen Durchführung der Klage eine Einrede entgegen, die dazu führt, daß die Klage, die der Abrede zuwider weitergeführt wird, abgewiesen wird, ohne daß diese Entscheidung das materielle Recht des Klägers berührt (OLG. **1** 423).

3. Ähnlich auch SchlHolstAnz. **12** 90 (Kiel). Mit OLG. Frankfurt (OLG. **1** 433) und OLG. Oldenburg (SeuffA. **44** 146) ist ein Vertrag über die Zurücknahme der Klage als rechtswirksam zu erachten. Allerdings beendigt ein solcher Vertrag nicht ohne weiteres den Rechtsstreit zwischen den Parteien.

IV. Kostenpflicht und Kostenurteil. 1. Antragsrecht aus § 271 Abs. 3 bei Klagerücknahme wegen mangelnder Parteifähigkeit des Beklagten. BayRpflZ. **12** 220 (Nürnberg). Aus der unter Umständen bestehenden Berechtigung eines Dritten, die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit des „Beklagten" zu erheben und die Klagabweisung mit der Folge der Kostenüberbürdung auf den Kläger zu erwirken (vgl. § 274 Nr. III 1), folgt, daß er auch bei rechtzeitiger Zurücknahme der Klage die Überweisung der Kosten mit Einschluß seiner eigenen an den Kläger beantragen kann.

2. Antragsrecht des Konkursverwalters. RheinA. **109** 223 (Cöln). Nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei ist eine Klagerücknahme mit rechtlicher Wirkung erst möglich, nachdem das unterbrochene Verfahren nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen ist (§ 240). Ist der Beklagte in Konkurs geraten, so kann der Konkursverwalter den Rechtsstreit, sofern nicht die Voraussetzungen des § 11 KO. vorliegen, nicht aufnehmen, um dem Kläger die Kosten auferlegen zu lassen. Der etwaige Anspruch des Gemeinschuldners auf Kostenersatz macht den Rechtsstreit nicht zu einem für den Gemeinschuldner anhängigen im Sinne von § 10 KO. (**RG. 16** 360).

3. Unzulässigkeit sachlicher Einwendungen gegen die Kostenfolge der Zurücknahme. BayRpflZ. **12** 220 (Nürnberg). Da die Kostentragungspflicht nach § 271 Abs. 3 lediglich an die Tatsache der Zurücknahme der Klage geknüpft ist, kann in diesem Verfahren der Einwand des Klägers, der für den nicht parteifähigen Beklagten in den Rechtsstreit eingetretene Dritte (vgl. § 274 Nr. III 1) habe durch ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten vor der Einreichung der Klage deren Mängel und damit den Rechtsstreit selbst verschuldet, nicht beachtet werden.

4. Einwand der Kostentilgung. a) *Strucksberg, BayRpflZ. **12** 91. Der Beklagte hat nicht das Recht, Kostenurteil nach § 271 Abs. 3 zu nehmen, wenn der die Klage zurücknehmende Kläger die Kosten des Rechtsstreits bereits bezahlt hat, da er kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Erwirkung des Kostenurteils hat. Dies gilt auch, wenn die Kostenforderung nicht bar, sondern unstreitig durch Aufrechnung getilgt ist; es gilt aber nicht, wenn der Beklagte die Zahlung durch Tilgung oder Aufrechnung bestreitet. Dann hat der Beklagte ein Recht auf sofortiges Kostenurteil, da an und für sich der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist; eine Beweisaufnahme über die Tilgung der Kosten ist unzulässig. Unrichtig ist, daß der Kläger mit der zurückgenommenen Klageforderung überhaupt aufrechnen kann. Die Klageforderung ist, selbst wenn sie auf Geld geht, nicht im Sinne des § 387 BGB. gleichartig mit dem Anspruche des Beklagten auf ein Kostenurteil. **b)** OLG. **25** 93 (Nürnberg). Ist der beiderseits anerkannte Kostenbetrag gezahlt, so ist der Beklagte klaglos gestellt und sein Antrag unzulässig.

5. Streit über die Erstattungsfähigkeit. OLG. **25** 93 (Nürnberg). Der Streit über die Erstattungsfähigkeit eines Teiles der dem Beklagten erwachsenen Kosten kann nicht in das Verfahren über die Kostenpflicht hineingezogen, sondern nur in dem besonders geregelten Kostenfestsetzungsverfahren ausgetragen werden. Dieses setzt eine Entscheidung über die Kostenpflicht voraus (§ 103). Der Grundsatz des § 92 über die Kostenteilung ist trotz teilweiser Anerkennung der Kostenhöhe unanwendbar, weil die Entscheidung über die Kostenpflicht keinen ziffermäßig festzustellenden teilbaren Anspruch betrifft. Auch durch die im § 105 Abs. 2 geschaffene Erleichterung werden das Erfordernis eines Vollstreckungstitels und die Selbständigkeit des Festsetzungsverfahrens nicht berührt.

6. OLG. **25** 93 (Nürnberg). Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 93 ist ausgeschlossen.

7. Verzicht auf die Erwirkung des Kostenurteils. a) *Blanckmeister, R. **12** 142. In den Fällen der §§ 271 Abs. 3, 306, 307, 515 Abs. 3 und 566 hat die Partei, der gegenüber die in jenen Paragraphen bezeichneten Prozeßhandlungen vorgenommen sind, ein Recht darauf, daß die Folgen jener Handlungen durch Urteil ausgesprochen werden. Ein Verzicht der Partei auf dieses Recht erscheint prozessual unzulässig und daher wirkungslos, da das Recht der Parteien auf Erlaß des Urteils das wesentlichste Recht ist, das das Prozeßrecht gewährt, und daher ein Verzicht auf dieses Recht dem Wesen und dem Zwecke des Prozesses geradezu widersprechen würde. — Dagegen erscheint ein solcher Verzicht zivilrechtlich bindend und hieraus folgt bei Zuwiderhandlung die Verpflichtung zum Schadensersatze. **b)** Dagegen OLG. **25** 94, MecklZ. **30** 327 (Rostock). § 271 Abs. 3 Satz 2 ist nicht zwingender, sondern dispositiver Natur (Skonietzki-Gelpcke Anm. 20). Der Beklagte kann daher auch auf die Ausübung seines Rechtes verzichten. Ein solcher Verzicht liegt vor, wenn er nach der im Termin erfolgten Klagerücknahme erklärt, keine Anträge stellen zu wollen. Nach einer solchen Erklärung ist der Prozeß völlig erledigt und für einen späteren Antrag aus § 271 Abs. 3 und ein Urteil über die Kosten kein Raum mehr.

§ 274. Literatur: Kleinfeller, Zwei Streitfragen zu § 146 KO., R. **12** 34—39.

I. Abs. 2 Ziff. 1. Einrede der Unzuständigkeit. 1. Unzulässigkeit der Einrede der Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts im Läuterungsverfahren s. § 462 Nr. II 1.

2. Unzulässigkeit der Einrede der Unzuständigkeit gegenüber einer Gegenforderung s. § 302 Nr. II 4.

II. Abs. 2 Ziff. 3. Schiedsgerichtseinwand. 1. Vereinbarung der Schiedsgerichtsklausel. HansGZ. **12** Beibl. 170 (Hamburg). In der Klausel eines Vertrags: „Schiedsgericht. Zweifel oder Streitigkeiten über die Auslegung dieses Kontrakts oder über die Ausführung einzelner Punkte desselben sind unter gänzlichem Verzicht auf den Rechtsweg durch sachverständige Schiedsmänner zu entscheiden", ist die Vereinbarung eines Schiedsgerichts, nicht nur die Bestellung von Schiedsgutachtern (Arbitratoren) zu erblicken.

2. SächsOLG. **33** 443 (Dresden). Die Einrede ist nicht gegeben beim Vorliegen eines Vertrags, nach dem das Schiedsverfahren nicht an die Stelle des gerichtlichen Verfahrens treten, sondern ihm vorausgehen und es durch Herbeiführung einer gütlichen Einigung der Parteien überflüssig machen soll. Denn das Schiedsgericht ist in diesem Falle als ein Einigungsamt, nicht als ein das ordentliche Gericht ersetzendes Spruchamt gedacht.

3. Zulässigkeit. a) Im Konkurse. *Kleinfeller, R. **12** 33 ff. Dem Konkursverwalter als dem gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners steht die Einrede der Schiedsrichterklausel auf Grund einer für den Gemeinschuldner verbindlichen Verfügung zu. — Der Gemeinschuldner selbst kann, wenn er nach Aufhebung des Konkursverfahrens den Zivilprozeß weiterbetreibt, die Schiedsrichterklausel mit der prozeßhindernden Einrede geltend machen, nachdem das Gericht vorher die gleiche Einrede des Konkursverwalters verworfen hat, sowie dann, wenn dieser die Einrede nicht benutzt hatte. **b)** Nach Aufhebung des Schiedsspruchs. HansGZ. **12** Beibl. 200 (Hamburg). Der Grundsatz, daß bei Aufhebung eines Schiedsspruchs nicht im Schiedsverfahren, sondern vor den ordentlichen Gerichten weiter zu prozessieren ist (**RG. 41** 386, JW. **04** 43, GruchotsBeitr. **51** 403, WarnE. **11** 143), greift dann nicht Platz, wenn der Spruch deshalb aufgehoben ist, weil er über Streitpunkte entschied, die ihm von den Parteien nicht vorgetragen waren. Hinsichtlich dieser bleibt der Schiedsgerichtsvertrag in Kraft und ist daher

der Schiedsgerichtseinwand begründet. **c)** OLG. **25** 94 (München). Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts, das seinen Sitz „entweder in Berlin oder in Paris" haben soll, enthält nicht einen Vorbehalt für die Parteien, den Sitz des Schiedsgerichts zu bestimmen, sondern sie beschränkt nur das Schiedsgericht in der Auswahl seines Sitzes. Es ist deshalb von dem Schiedsgerichte selbst zu entscheiden, wo es zusammentreten will. Einer Klage vor den ordentlichen Gerichten auf Anerkennung, daß als Ort des Schiedsgerichts Paris oder Berlin zu gelten habe, steht die Einrede des Schiedsvertrags entgegen. **d)** Gegenüber einer Widerklage. **RG.** V. 17. 2. 12, R. **12** Nr. 1210. Hat der Kläger trotz Bestehens einer Schiedsgerichtsklausel Klage vor dem ordentlichen Gericht erhoben, so kann er nicht gegenüber einer vom Beklagten erhobenen Widerklage die Einrede des Schiedsvertrags erheben.

4. Geltendmachung. **a)** ElsLothJZ. **12** 412 (Colmar). Ist die Einrede des Schiedsvertrags in dem ersten Termine rechtzeitig vorgebracht, so braucht sie in den folgenden Terminen nicht immer wieder vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend gemacht zu werden. In einem vorbehaltlosen Verhandeln zur Hauptsache liegt deshalb auch nicht ohne weiteres ein Verzicht auf die Einrede. Auch ein verspätetes Vorbringen ist überdies nach § 295 heilbar. **b)** **RG.** WarnE. **12** 46. Ein Verzicht auf die Einrede des Schiedsvertrags, die in erster Instanz erhoben war, kann nicht daraus gefolgert werden, daß die Einrede in der Berufungsinstanz nicht besonders vorgeschützt wird. Für das Vorbringen der Einrede ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben. Zu ihrer Berücksichtigung genügt, daß der Beklagte irgendwie zu erkennen gibt, daß er das Klagebegehren mit Rücksicht auf den behaupteten Schiedsvertrag abgewiesen haben will. Die formelle Fassung seines Antrags in der Berufungsinstanz ist unwesentlich. Vgl. auch § 525.

III. Abs. 2 Ziff. 7. 1. Geltendmachung der Einrede der mangelnden Parteifähigkeit durch einen Dritten. BayRpflZ. **12** 220, R. **12** Nr. 1650 (Nürnberg). Ein Dritter, der infolge einer fehlerhaften Zustellung in den Besitz einer Klage kommt, kann und muß im allgemeinen nicht für den in der Klageschrift benannten Beklagten eintreten und dessen Rechte wahrnehmen. Besondere Umstände können das aber rechtfertigen und sogar nötig machen. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, wenn die Klage gegen eine Aktiengesellschaft in Firma „Vereinigte Maschinenfabriken E." in K. gerichtet, diese Gesellschaft infolge Fusion mit der „Aktienmaschinenfabrik K. H." untergegangen, letztere darauf mit dem Zusatz „Abteilung E., Zweigniederlassung in K." in das Handelsregister eingetragen und ihr die Klage zugestellt ist. Denn die Gesellschaft K. H. mußte bei der äußerlich ordnungsmäßigen Zustellung der Klage damit rechnen, daß ein Versäumnisurteil gegen die frühere Gesellschaft E. ergehen werde, und sich auf die Gefahr gefaßt machen, daß diese Verurteilung nicht bloß auf die neue Gesellschaft bezogen, sondern auch zum Versuch einer Vollstreckung gegen diese führen werde. Darauf durften es ihre Vertreter als vorsichtige Verwalter nicht ankommen lassen. Sie waren berechtigt und verpflichtet, einen Rechtsanwalt zu bestellen, um dem Prozeßgerichte die ihm unbekannten Tatsachen vortragen zu lassen, durch die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit die Abweisung der Klage zu erzielen und die Erlassung eines Versäumnisurteils mit Gefahren für die Gesellschaft K. H., Abteilung E., zu verhüten. Diese Anschauung entspricht den Bedürfnissen des Verkehrs und den Grundsätzen, die bei Klagen gegen minderjährige, irrtümlich für volljährig gehaltene Personen schon wiederholt angewendet wurden (vgl. **RG. 35** 362, **53** 239, SeuffA. **49** 454, **57** 472).

2. Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung. BadRpr. **12** 61 (Karlsruhe). Bei dem Feststellungsbegehren, daß dem Vater das Recht nicht zustehe, dem Sohne wegen einer angeblichen Verfehlung den Pflichtteil

zu entziehen, handelt es sich nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Wird der entmündigte Sohn in dem Prozesse durch seinen ausschließlich für die vermögensrechtlichen Angelegenheiten bestellten Vormund vertreten (er hatte vorliegend zwei Vormünder, von denen dem einen die Besorgung der persönlichen, dem anderen die Besorgung der Vermögensangelegenheiten übertragen war), so steht ihm daher die Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung entgegen.

IV. Abs. 3. Verzichtbarkeit der Einrede der Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts. SächsRpflA. **12** 110 (Dresden). Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts, soweit sie sich auf die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts stützt, ist keine prozeßhindernde Einrede, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann. § 39 ist auch in diesem Falle anwendbar (vgl. jedoch Nr. I 1).

§ 275. I. Über prozeßhindernde Einreden darf erst entschieden werden, wenn die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung feststeht. 1. **RG.** V. 1. 7. 12, R. **12** Nr. 2691. Bevor über prozeßhindernde Einreden, insbesondere über die der Unzulässigkeit des Rechtswegs und der Unzuständigkeit entschieden werden kann, ist zunächst zu prüfen, ob ein ordnungsmäßig anhängig gemachter Prozeß, insbesondere eine ordnungsmäßig erhobene Klage vorliegt (JW. **06** 810). Dazu gehört auch die Frage der Klagänderung (JW. **08** 153).

2. ElsLothJZ. **12** 136 (Colmar). Wird neben einer prozeßhindernden Einrede nach § 274 die Einrede der unwirksamen Klagerhebung geltend gemacht, so ist zunächst über die letztere Einrede zu entscheiden. Denn bei ihr handelt es sich um eine Prozeßvoraussetzung, die vorhanden sein muß, bevor gegenüber dem Beklagten irgendeine Entscheidung erlassen werden kann.

II. 1. ElsLothJZ. **12** 136 (Colmar). Eine Entscheidung, durch die unter Verkennung der Bedeutung der erhobenen Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung laut Urteilsformel und Gründen die „Einrede der mangelnden Passivlegitimation" verworfen ist, stellt kein Zwischenurteil im Sinne des § 275 dar. Es unterliegt einer Nachprüfung des Berufungsgerichts (§ 512) selbst dann, wenn der Beklagte auf das Rechtsmittel gegen jene Entscheidung verzichtet hat.

2. SeuffA. **67** 78 (Dresden). Ist in dem Urteile, durch das eine prozeßhindernde Einrede verworfen ist, zugleich dem Einwande des Beklagten gegenüber festgestellt, daß die Klage ordnungsmäßig erhoben sei, so kann auch diese letztere Entscheidung, obwohl das Urteil insoweit ein Zwischenurteil nach § 303 darstellt, für sich allein mit der Berufung angefochten werden.

§ 276. *Förster-Kann I, 707 Note 3. An sich hat das Landgericht nur seine eigene örtliche Zuständigkeit zu prüfen, dagegen nicht zu untersuchen, ob von den mehreren Amtsgerichten seines Bezirkes gerade dasjenige zuständig ist, an welches die Sache nach dem Antrage des Klägers verwiesen werden soll. Ergibt sich jedoch bei der Prüfung der eigenen örtlichen Zuständigkeit des Landgerichts ohne weiteres, welches Amtsgericht das örtlich zuständige ist, so kann die Verweisung nur an dieses ausgesprochen werden. Bleibt der Kläger in solchem Falle gleichwohl bei dem Antrag auf Verweisung an ein offenbar örtlich unzuständiges Amtsgericht stehen, so ist seine Klage abzuweisen.

§ 278. I. Einheit des Verfahrens. BuschsZ. **43** 126 (LG. Darmstadt). Grundlage der Entscheidung ist der Prozeßstoff beim Schlusse der mündlichen Verhandlung. Ob die klagebegründenden Tatsachen schon zur Zeit der Klagerhebung eingetreten sind, ist gleichgültig, sofern nur auf sie schon die Klage, wenn auch damals zu Unrecht, gestützt war.

II. Abs. 2. 1. BadRpr. **12** 208 (Karlsruhe). Durch das nachträgliche — erst im Verfahren über den Betrag des Klaganspruchs erfolgte — Vorbringen der Aufrechnungseinrede wird die Erledigung des Rechtsstreits insofern verzögert, als bei

rechtzeitigem Vorbringen das Nachverfahren über den Betrag nicht erforderlich geworden wäre. Deshalb können in Anwendung des § 278 Abs. 2 dem Beklagten die Kosten auferlegt werden, die durch das Verfahren über den Betrag des Klaganspruchs erwachsen sind.

2. Ähnlich BadRpr. **12** 26 (Karlsruhe).

§ 280. I. Streitiges Rechtsverhältnis. OLG. **25** 59 (KG.). Ein streitiges Rechtsverhältnis liegt nicht mehr vor, wenn der Beklagte und Widerkläger gegenüber dem Feststellungsantrage des Klägers, daß ihm kein höherer Anspruch als der geltend gemachte zustehe, erklärt, er erhebe den Widerklaganspruch nicht als Teilforderung, sondern als Gesamtschadensersatzforderung. Denn das ist ein Anerkenntnis darüber, daß ihm kein höherer Anspruch zustehe. Der Kläger kann auf Grund dieses Anerkenntnisses den Erlaß eines Anerkenntnisurteils beantragen. Verbleibt er dessenungeachtet bei seinem Verlangen nach streitiger Entscheidung, so ist er abzuweisen.

II. Abhängigkeit der Entscheidung des Rechtsstreits. OLG. **25** 59 (KG.). Eine Abhängigkeit der Entscheidung von dem Bestehen des festzustellenden Rechtsverhältnisses, wie sie § 280 voraussetzt, liegt nicht vor, wenn der Antrag des Klägers lediglich eine Verneinung des vom Beklagten erhobenen Anspruchs darstellt. Er hat dann keine andere Bedeutung als ein Abweisungsantrag.

III. Keine Inzidentfeststellungsklage nach Erledigung des Klagantrags. OLG. **25** 59 (KG.). Da ein Antrag des Klägers nach § 280 nur durch Erweiterung der Klage gestellt werden kann, wird er unmöglich, wenn die Klage nicht mehr Gegenstand des Verfahrens ist.

IV. Eventuelle Widerklage. **RG.** II. 10. 11. 11, R. **12** Nr. 95. Bezieht sich die Zwischenwiderklage auch nur auf den Fall der Klagestattgebung, so kann doch über ihre Berechtigung vor dem Ausspruch über die Klage entschieden werden, wenn darin der Schwerpunkt des Prozesses liegt.

V. **RG.** I. LeipzZ. **12** 558. Wird ein Feststellungsanspruch erst gegenüber der Verteidigung des Beklagten erhoben, so kann er nur auf § 280 gestützt werden. Anderenfalls kann der Beklagte mit Erfolg ihm gegenüber den Einwand der Klagänderung geltend machen. — Ist die Abweisung der Klage erfolgt, ohne daß es auf die Entscheidung des Inzidentstreits ankam, so entfällt mit dem Wegfall ihrer Voraussetzung die Zulässigkeit der Inzidentfeststellungsklage.

§ 282. Literatur: Hörle, Beweisfragen zum § 164 BGB., R. **12** 671—672.

I. Beweislast, wenn der Beklagte behauptet, als Vertreter eines Dritten gehandelt zu haben. Hörle, R. **12** 671 f. Behauptet der Beklagte, er habe das Rechtsgeschäft, aus dem er in Anspruch genommen wird, nicht in eigenem Namen, sondern als Vertreter eines andern vorgenommen, so muß er nach dem den § 164 BGB. beherrschenden Offenheitsprinzip beweisen, daß er dem Vertragsgegner seinen Vertretungswillen ausdrücklich erklärt hat oder daß Umstände vorgelegen haben, aus denen der Vertragsgegner den Vertretungswillen erkennen konnte und mußte. Die herrschende gegenteilige Ansicht ist abzulehnen.

II. Stundungseinwand. BadRpr. **12** 180 (Karlsruhe). Wenn der beklagte Käufer gegenüber der Kaufpreisklage einwendet, der Kaufpreis sei beim Kaufabschlusse gestundet worden, so muß der Kläger beweisen, daß der Vertrag auf die sofortige Leistung, die er beansprucht, gerichtet war.

III. Beweislast im Scheckprozesse. LeipzZ. **12** 413 (KG.). Ist der Kläger im Besitze des Schecks und gehen die äußerlich ordnungsmäßigen Indossamente bis auf ihn herunter, so ist er, mag es sich um einen Scheck auf den Inhaber oder um einen Dauerscheck handeln, als Eigentümer legitimiert und dem Beklagten liegt der Nachweis ob, daß der Kläger materiell nicht legitimiert sei. Dazu gehört auch, abweichend von der sonstigen Regelung der Beweislast im Falle des § 181 BGB.,

der Nachweis, daß der Vormann des Klägers nicht die Befugnis gehabt habe, den Scheck, den er in eigenem Namen auf den Kläger übertrug, in dessen Namen anzunehmen.

IV. BadRpr. 12 14 (Karlsruhe). Wird gegen das die Klage und die Widerklage abweisende Urteil nur hinsichtlich der Widerklage Berufung eingelegt und hat die Widerklage nur das Nichtbestehen des mit der Klage geltend gemachten Rechtsverhältnisses zum Gegenstande, so liegt es dem Kläger ob, den Beweis für seine Behauptung auch der Widerklage gegenüber zu erbringen (vgl. **RG. 9** 337).

V. Umkehrung der Beweislast. R. **12** Nr. 1652 (Stuttgart). Weigert sich der Beklagte, der auf Antrag des Klägers vom Prozeßgericht angeordneten Vorlegung einer Sache an Gerichtsstelle zwecks Prüfung ihrer vertragsmäßigen Beschaffenheit nachzukommen, so tritt eine Umkehrung der Beweislast nur dann ein, wenn entweder die Weigerung materiell-rechtlich oder prozessual unbegründet ist oder nach Lage des Einzelfalls als „wider Treu und Glauben verstoßend und als nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen verwerflich" anzusehen ist (**RG. 60** 152).

VI. *Förster-Kann **1** 721—745 stellt die aus dem BGB., dem HGB. und einer Reihe anderer Reichsgesetze abzuleitenden Beweislastgrundsätze zusammen.

§ 286. Literatur: Kuttner, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JheringsJ. **61** 109—178. — Oertmann, Freies und unfreies Ermessen, DJZ. **12** 186—191. — Schneider, Die Verwertung der praktischen Lebenserfahrung durch den Juristen, DJZ. **12** 1377—1379.

I. Anwendungsgebiet. 1. **RG.** II. R. **12** Nr. 626. Die Vorschrift des § 286 betrifft lediglich das Verfahren und ist daher anzuwenden in allen vor deutschen Gerichten geführten Prozessen, auch wenn es sich um die Feststellung von Tatsachen handelt, deren Rechtswirkung nach ausländischem Rechte zu beurteilen ist.

2. **RG.** VI. WarnE. **12** 86, EisenbE. **28** 357 Nr. 279, R. **12** Nr. 457. Bei der Frage, ob und welche körperliche Folgen (Verletzung des Körpers oder der Gesundheit) ein zum Schadensersatze verpflichtender Unfall ausgelöst hat, ist § 286, nicht § 287 anzuwenden. Die Entscheidung der Frage gehört zur Feststellung des Tatbestandes der unerlaubten Handlung selbst.

II. Welche Tatsachen darf das Gericht berücksichtigen? 1. Keine Berücksichtigung ohne mündlichen Vortrag. a) BayObLG **13** 127 (BayObLG.). Das Gericht kann nur eine Tatsache, die von einer Partei behauptet worden ist, für wahr oder nicht wahr erklären. b) **RG.** VI. BayRpflZ. **12** 177, JW. **12** 356. Die Aussage eines unzulässigerweise als Zeugen vernommenen gesetzlichen Vertreters einer Partei kann auch als bloße Parteibehauptung nur dann gewürdigt werden, wenn sie sich der Prozeßbevollmächtigte der Partei als Parteibehauptung angeeignet und als solche vorgetragen hat. c) **RG.** VI. R. **12** Nr. 1511 (Nr. 1915), JW. **12** 398. Das Gericht ist nicht befugt, von Amts wegen Beweise zu erheben durch eine von den Parteien nicht beantragte Heranziehung von Prozeßakten und Verwertung nicht vorgetragener Zeugenaussagen.

2. Ausdrückliche Geltendmachung ist nicht erforderlich. a) **RG.** V. R. **12** Nr. 1519. Wenn sich aus einem dem Gerichte vorgelegten Vertrage die Aufhebung eines früheren Vertrags ergibt, so kann das Gericht dies berücksichtigen, auch wenn es von keiner Partei ausdrücklich geltend gemacht worden ist. b) **RG.** VII. R. **12** Nr. 1653. Das Vorhandensein einer Notlage (§ 138 BGB.) kann ohne besondere Darlegung des Bewucherten aus dem sonst feststehenden Sachverhalt entnommen werden. c) **RG.** VII. R. **12** Nr. 1518. Der Einwand, daß der Vorbehalt des § 341 BGB. nicht „bei" der Annahme erfolgt sei, kann auch dahin verstanden werden, daß der Vorbehalt verfrüht war.

3. Der persönliche Eindruck, den eine Partei auf das Gericht macht, darf stets verwertet werden, auch wenn

er nicht zur Verhandlung gestellt ist. **RG.** III. 16. 2. 12, JW. **12** 541, LeipzZ. **12** 389, R. **12** Nr. 2072. Nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung ist das Prozeßgericht befugt, zur Bildung seiner Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit streitiger Tatsachen den persönlichen Eindruck, den eine vor dem Prozeßgericht erschienene Partei macht, zu verwerten und daraus deren Geschäftsunerfahrenheit zu folgern, auch wenn diese von keiner Partei behauptet ist. Den Parteien vor der Entscheidung diesen Eindruck kundzugeben und ihnen Gelegenheit zu geben, sich darüber zu äußern, ist das Gericht ebensowenig verpflichtet, wie es sonst seine Ansicht über das Ergebnis der Beweisaufnahme und insbesondere seine Auffassung über die Glaubwürdigkeit oder die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen nach dessen persönlichen Eindrucke zur Verhandlung zu stellen braucht.

4. Verwertung des Inhalts anderer Akten. a) Grundsatz. **RG.** III. LeipzZ. **12** 313, JW. **12** 356. Zur Verwertung des Inhalts der Akten eines anderen Verfahrens bedarf es weder einer Zustimmung des Gegners noch einer Befragung desselben gemäß § 139. b) Insbesondere Verwertung von Zeugen- und Sachverständigenaussagen aus Vorprozessen. Sie ist, sofern nicht eine gegenteilige ausdrückliche Parteivereinbarung vorliegt, nur als Urkundenbeweis, insoweit aber trotz Widerspruchs des Gegners, zulässig, wenn der Gegner nicht selbst die nochmalige Vernehmung beantragt. α. **RG.** VI. 27. 11. 11, WarnE. **12** 76, JW. **12** 200, GruchotsBeitr. **56** 583. Die Verwertung von Zeugenaussagen aus einem anderen Prozesse im Wege des Urkundenbeweises ist trotz Widerspruchs der anderen Partei so lange zulässig, als nicht vom Gegner oder vom Beweisführer se bst die Vernehmung der Zeugen nach § 373 beantragt ist. Der Zustimmung des Gegners oder einer Vereinbarung der Parteien würde die Verwendung des Urkunden- an Stelle des Zeugenbeweises nur dann bedürfen, wenn das in den Urkunden niedergelegte Beweisergebnis schlechthin als gleichwertig mit dem Zeugenbeweis angesehen werden sollte, also wenn die Parteien die Zeugenaussagen des Vorprozesses so gelten lassen wollten, als wären sie im gegenwärtigen Prozeß erfolgt (eine Vereinbarung, die nicht unzulässig ist). β. **RG.** II. LeipzZ. **12** 758, R. **12** Nr. 2565 b. Der Benutzung einer in einem anderen Prozesse abgegebenen Zeugenaussage im Wege des Urkundenbeweises steht der Umstand nicht entgegen, daß sie von einer Person herrührt, die im gegenwärtigen Prozesse Partei ist und deshalb nicht als Zeuge vernommen werden könnte (**RG.** JW. **97** 4, GruchotsBeitr. **42** 1095). γ. Ebenso **RG.** VI. 3. 10. 12, R. **12** Nr. 3391, WarnE. **12** 505.

5. Verwertung von Privatgutachten an Stelle des Sachverständigenbeweises s. § 402 Nr. II.

6. Verwertung einer privatschriftlichen Klagebeantwortung. **RG.** IV. 12. 2. 12, R. **12** Nr. 901. Eine privatschriftliche Klagebeantwortung kann auch im Anwaltsprozesse zur Bildung richterlicher Überzeugung verwertet werden.

7. Verwertung der eigenen Erfahrung. **RG.** II. 12. 1. 12, R. **12** Nr. 774. Die Verwertung der eigenen Erfahrung und Kenntnis des Gerichts verstößt, wenn es sich um ein Urteil, nicht um die Feststellung von Tatsachen handelt, nicht gegen § 286.

III. Freie Beweiswürdigung. Inhalt und Grenzen. 1. **RG.** IV. R. **12** Nr. 1337. Aus der Verweigerung des Zeugnisses über einen angeblichen Ehebruch ergibt sich noch nicht ohne weiteres die Wahrheit dieser Behauptung. Die Zeugnisverweigerung ist vielmehr nach § 286 frei zu würdigen.

2. **RG.** VII. 9. 7. 12, R. **12** Nr. 3117. Eine mit Gründen belegte Abweichung von dem Gutachten des vernommenen Sachverständigen ist auch in Enteignungssachen

dem Tatrichter nicht verwehrt. Er wendet damit nicht § 287 an, sondern seine Entscheidung bewegt sich im Rahmen des § 286, indem sie das Beweisergebnis nachprüft und würdigt.

3. **RG.** II. LeipzZ. **12** 455. Unter Umständen, wenn es sich z. B. um die Feststellung des Geisteszustandes einer Person zu einem bestimmten, mehrere Jahre zurückliegenden Zeitpunkte handelt, wird eine zweifellose Gewißheit oft nicht zu erreichen sein. Es genügt deshalb in solchen Fällen zur Bildung der Überzeugung ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit.

4. **RG.** VI. 1. 4. 12, R. **12** Nr. 1521. Solange eine tatsächliche Feststellung der Lebenserfahrung nicht widerspricht, ist sie mittels Revision unangreifbar.

5. Dürfen bestrittene Parteibehauptungen ohne Beweiserhebng für glaubwürdig erachtet werden? a) Grundsätzliche Zulässigkeit. **RG.** II. 11. 6. 12, R. **12** Nr. 2565, WarnE. **12** 500. Ein Rechtssatz, daß Parteibehauptungen vom Gerichte nicht ohne weiteres als glaubhaft angesehen werden dürften, sondern in allen Fällen noch eines besonderen Beweises bedürften, besteht nicht. b) Die Beweisbedürftigkeit entfällt aber nicht schon deshalb, weil die Behauptung von einer vertrauenswürdigen Partei aufgestellt ist. **RG.** VI. WarnE. **12** 199, R. **12** Nr. 900, BayRpflZ. **12** 177, JW. **12** 356. Eine bestrittene Parteibehauptung darf prozeßrechtlich nicht schon deshalb für glaubwürdig, d. h. als wahr und richtig behandelt werden, weil sie von einer an sich unverdächtigen, vertrauenswürdigen Partei herrührt. Auch in solchem Falle bleibt die bestrittene Behauptung einer persönlich noch so einwandfreien Partei beweisbedürftig, und wenn ihre Richtigkeit nicht mittels Beweiswürdigung nach § 286 festzustellen ist, muß sie als beweislos ausscheiden und unberücksichtigt bleiben.

6. Die Beweiswürdigung entfällt bei Einigkeit der Parteien über die Auslegung einer Willenserklärung. **RG.** VI. 13. 4. 12, JW. **12** 683, WarnE. **12** 323, R. **12** Nr. 1654, BayNotZ. **13** 386. Der im § 286 aufgestellte Grundsatz der freien Beweiswürdigung geht nicht so weit, daß auf Grund desselben die Willenserklärungen der Beteiligten anders ausgelegt werden dürfen, als sie von ihnen erweislich verstanden sein wollten. Haben die Beteiligten übereinstimmend erklärt, wie sie eine von ihnen gemachte Äußerung verstanden wissen wollten, so entfällt insoweit die Auslegungsbefugnis des Richters, es sei denn, daß dieser feststellt, die von den Parteien gewollte Auslegung sei unmöglich.

7. **RG.** VI. R. **12** Nr. 3225. Es können nicht in sich widersprechender Weise für die Feststellung eines Unfalls selbst die Ergebnisse der Beweisaufnahme, für den Nachweis eines eigenen Verschuldens des Klägers aber dessen damit nicht in Einklang zu bringende Darstellungen zugrunde gelegt werden.

8. **RG.** IV. R. **12** Nr. 2966. Aus der vorsorglichen Anstrengung eines Vorprozesses, in dem sich die Partei auf einen entgegengesetzten Rechtsstandpunkt gestellt hat, dürfen nicht ohne weiteres für die Partei nachteilige Schlüsse im gegenwärtigen Rechtsstreite gezogen werden.

VI. Begründungspflicht. 1. Erforderlich ist eine zusammenfassende Würdigung. R. **12** Nr. 1918 (BayObLG.). § 286 versteht unter der Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nicht etwa eine Berücksichtigung jeder Einzelheit für sich, sondern auch eine umfassende Würdigung des Ganzen (**RG.** JW. **04** 67). Diese muß insbesondere dann Platz greifen, wenn eine Partei ihren Anspruch auf das Zusammentreffen verschiedener Einzelheiten stützt. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß das Zusammentreffen verschiedener zusammenstimmender Einzelheiten zugunsten der behauptenden Partei ausgelegt werden kann, wenngleich jede Einzelheit für sich allein auch eine andere

Deutung zuläßt. Das Zusammentreffen mit anderen Umständen kann aber auch dahin führen, daß bei der Möglichkeit der mehrfachen Deutung der einen oder der anderen Tatsache eine der behauptenden Partei günstige Deutung als näherliegend erachtet wird.

2. Sie genügt aber auch. a) **RG.** III. 16. 9. 12, R. **12** Nr. 2967. Es braucht nicht jede einzelne Zeugenaussage besonders erörtert zu werden, es genügt vielmehr, wenn die gesamte Beweiswürdigung ergibt, daß alle wesentlichen Umstände ausreichend geprüft sind. Niemals aber darf ein selbständiger Einwand völlig übergangen werden. b) **RG.** V. JW. **12** 754. Es braucht nicht für Ablehnung jedes noch so wenig erheblichen Beweisantrags eine ausdrückliche und ausführliche Begründung gegeben zu werden, da die Gründe für die Nichtzulassung schon in der Würdigung des gesamten übrigen Streit- und Beweisstoffs gefunden werden können.

3. **RG.** I. 18. 12. 11, JW. **12** 284. Wird die Nichtübereinstimmung zweier Aussagen eines Zeugen gegen seine Glaubwürdigkeit verwertet, so muß das Gericht notwendig auch zu der Erklärung Stellung nehmen, die der Beweisführer für diese Nichtübereinstimmung gegeben hat.

V. Zulässige Ablehnung von Beweisanträgen. 1. **RG.** V. WarnE. **12** 149, R. **12** Nr. 2314. Zulässig ist die Ablehnung der Vernehmung eines Notars als Zeugen, wenn die Gegenpartei sich geweigert hat, den Notar von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Diese Weigerung, von einem Rechte Gebrauch zu machen, begründet auch nicht die Feststellung, daß die sich weigernde Partei dem Gegner die Beweisführung schuldhaft unmöglich gemacht habe, und die in der Rechtsprechung (vgl. **RG. 60** 152) hieran geknüpfte Folge.

2. a) **RG.** II. MschutzuWettbew. **11** 376. Der Antrag auf Herbeiziehung patentamtlicher Akten zum Nachweise der Auffassung der beteiligten Konsumentenkreise über die Verwechselungsfähigkeit zweier Warenzeichen kann mit der Begründung abgelehnt werden, daß der Richter sich seine Überzeugung nach seiner eigenen Kenntnis des Verkehrslebens gebildet habe. b) **RG.** VII. 18. 6. 12, R. **12** Nr. 2569. Darf sich der Richter auf Grund eigener Beobachtung des Großstadtverkehrs oder auf Grund seiner richterlichen Erfahrung die zur Beurteilung erforderliche Sachkunde zutrauen, so verstößt die Ablehnung eines Sachverständigenbeweises nicht gegen das Gesetz.

3. a) **RG.** IV. 13. 5. 12, WarnE. **12** 365, R. **12** Nr. 3115. Einem Beweisantrage muß allerdings stattgegeben werden, solange die Möglichkeit besteht, daß die Erhebung des Beweises Sachdienliches ergibt. Der Richter ist aber nicht gehindert, diese Möglichkeit auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls zu verneinen und in diesem Falle die Vernehmung eines Zeugen im Hinblick auf seine schon feststehende Überzeugung abzulehnen (vgl. **RG. 4** 377, JW. **99** 573, DJZ. **10** 538). b) **RG.** II. LeipzZ. **12** 547. Keine unzulässige Ablehnung eines Beweisantritts, wenn sie damit begründet wird, alle Umstände sprächen so zwingend für die Selbständigkeit der beiden Verträge, daß das Gericht dem persönlich interessierten Zeugen B. keinen Glauben beimessen könne, und diese zwingenden Umstände dann eingehend dargelegt werden.

4. **RG.** I. LeipzZ. **12** 558. Die Vernehmung des Zedenten als Zeugen darüber, daß sein an die Klägerin abgetretener Gewinnanteil aus der Gesellschaft mit dem Beklagten mindestens 450 M. betrage, kann als unerheblich abgelehnt werden, weil nur bereits ermittelte Gewinnanteile übertragbar sind und der Zeuge augenscheinlich nur zu dem Zwecke benannt ist, schätzungsweise die Höhe des Gewinnanteils anzugeben, bezüglich dessen eine Ermittelung noch nicht stattgefunden hat und nur durch Rechnungslegung erzielt werden kann.

VI. Unzulässige Beweisablehnung. 1. Ein Beweisantrag darf grundsätzlich nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die behauptete Tatsache sei bereits wider-

legt. a) **RG.** II. LeipzZ. **12** 845, GruchotsBeitr. **57** 164. Das RG. hat es in ständiger Rechtsprechung für unzulässig erklärt, einen Zeugenbeweis lediglich deshalb unerhoben zu lassen, weil das Gegenteil von dem, was die Zeugen bekunden sollen, bereits als feststehend anzusehen sei. Es hat die Ablehnung eines Zeugenbeweises für die Wahrheit einer vom Gericht als widerlegt angesehenen Behauptung nur dann für zulässig erachtet, wenn die Beweiserhebung, möge sie ausfallen, wie sie wolle, nach der eingehend zu begründenden Auffassung des Gerichts nicht imstande sein würde, die Überzeugung des Gerichts zu ändern (JW. **10** 68). b) **RG.** VI. 9. 5. 12, JW. **12** 800. Die Ablehnung einer beantragten Beweisaufnahme ist nur statthaft, falls das Gericht die Überzeugung erlangt hat, daß selbst dann, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen bewiesen werden könnten, dadurch seine Auffassung nicht erschüttert und an seiner Beweiswürdigung nichts geändert werden würde (JW. **06** 688, **10** 68, 339, 759).

2. Einzelfälle. a) **RG.** VI. R. **12** Nr. 100. Liegt ein bestimmtes Beweisthema vor, so darf die Beweisaufnahme nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Beweisantritt nur einen Ausforschungsversuch darstelle. b) **RG.** II. R. **12** Nr. 1520. Voraussichtliche Schwierigkeit, einen Beweis überzeugend zu führen, entbindet nicht von dessen Erhebung. c) **RG.** IV. R. 12 Nr. 1053. Die Beweisaufnahme über ein außergerichtliches Geständnis kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, es sei möglicherweise nicht ernst gewesen. d) **RG.** IV. R. **12** Nr. 1525. Die Ablehnung eines Zeugenbeweises ist nicht schon deshalb statthaft, weil die Zeugen voraussichtlich wegen Verwandtschaft das Zeugnis, wie schon früher über andere Beweissätze, verweigern würden. e) **RG.** VI. R. **12** Nr. 96. Es ist unstatthaft, einen Zeugenbeweis deshalb abzulehnen, weil die benannten Zeugen bei der früheren Abhörung durch den Gerichtsschreiber (anläßlich der Prüfung eines Armenrechtsgesuchs) teils nur Unerhebliches ausgesagt haben, teils ausgeblieben sind. f) **RG.** V. JW. **12** 44. Der Antrag auf Vernehmung eines Zeugen darüber, daß er auf alle Fälle ein bestimmtes Gebot abgegeben haben würde, wenn er nicht durch den Beklagten vom Mitbieten abgehalten worden wäre, darf nicht wegen Unbeweisbarkeit der Behauptung abgelehnt werden. g) **RG.** IV. RheinA. **109** 379. Die beantragte Erhebung eines Sachverständigenbeweises kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil bereits anderweite schriftliche sachverständige Äußerungen vorliegen, die der Gegner im Wege des Urkundenbeweises verwertet hat. Die Ablehnung wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß die im Falle der Erhebung des Sachverständigenbeweises erforderliche ärztliche Untersuchung durch den Sachverständigen möglicherweise Nachteile für die Gesundheit des Gegners des Antragstellers zur Folge hat.

VII. Möglichkeit eines Verstoßes gegen § 286. 1. **RG.** IV. R. **12** Nr. 900. In der Zurückweisung an sich erheblicher Beweisangebote auf Grund des persönlichen Eindrucks der Gatten vor Gericht kann auch in Eheprozessen eine Gesetzesverletzung liegen.

2. **RG.** LeipzZ. **12** 66, WarnE. **12** 41. Es ist bedenklich, über die Frage des wichtigen Grundes (im Sinne des § 70 HGB.) zu entscheiden, ohne auch nur einen der hierfür angebotenen Beweise zu erheben. Es bedarf zwar keines Beweises, wenn die behaupteten Tatsachen nicht ausreichen, die Annahme eines wichtigen Grundes zu rechtfertigen. Ob dies aber der Fall ist, läßt sich in der Regel erst dann beurteilen, wenn das gesamte Beweismaterial vorliegt, zumal wenn es sich um dehnbare Begriffe handelt.

VIII. Abs. 2. Kuttner, JheringsJ. **61** 126. Die Vermutungen aus §§ 2365, 2368, 891, 1507, 1664 Abs. 2 BGB. sind nicht „gesetzliche" Beweisregeln.

§ 287. I. Anwendungsgebiet. 1. **RG.** V. LeipzZ. **12** 391. Die Vorschrift des § 287 ist anwendbar bei einem auf die Anfechtung eines Kaufes wegen

arglistiger Täuschung und seine daraus hergeleitete Nichtigkeit gegründeten Feststellungs- und Leistungsanspruch.

2. **RG.** VI. R. **12** Nr. 3393. Die Vorschrift findet auch bei Ansprüchen auf Schmerzensgeld Anwendung.

II. Ermittelungspflicht des Gerichts. 1. **RG.** II. LeipzZ. **12** 546. Behauptet der Kläger in der Berufungsinstanz, er würde mit dem Apparate, wenn dieser ordnungsmäßig funktioniert hätte, in jedem Falle so viel verdient haben, daß seine Auslagen gedeckt worden wären, so hat das Gericht in Anwendung des § 287 nach freiem Ermessen zu würdigen, ob dies anzunehmen ist, ohne daß es eines besonderen Beweisantritts dafür bedürfte. Die Anführung darf nicht „als nicht gehörig substantiiert" zurückgewiesen werden.

2. **RG.** VI. 11. 3. 12, **79** 55, R. **12** Nr. 1331. Wenn das Gericht auch nur im allgemeinen zur Überzeugung gelangt, daß ein Schaden entstanden ist, so darf es nicht wegen mangelnder Substantiierung eines bestimmten Betrags den ganzen Anspruch abweisen, es sei denn, daß alle Unterlagen für eine Schätzung fehlen.

3. **RG.** VI. 24. 6. 11, **77** 201. Das Gericht darf eine Schadensersatzklage nicht wegen mangelnder tatsächlicher Begründung (Substantiierung) des Schadens abweisen, hat vielmehr von Amts wegen auf die erforderliche nähere Begründung hinzuwirken (§ 139) oder sich selbst die Grundlagen für die Schätzung zu schaffen (vgl. **RG. 59** 360, **62** 385, **63** 288, JW. **04** 141, **10** 827).

III. Schadensersatzklage auf Grund einer in einem Strafverfahren gegen den Kläger abgegebenen falschen Aussage. Ursächlicher Zusammenhang. **RG.** VII. R. **12** Nr. 97, BayRpflZ. **12** 22, GruchotsBeitr. **56** 633, JW. **12** 76. Wird eine Schadensersatzklage auf die Behauptung gestützt, daß der Kläger durch eine von dem Beklagten in einem Strafprozesse vor dem Schwurgericht abgegebene falsche Aussage zu Schaden gekommen sei, so ist eine Beweisantretung dahin, daß die Aussage des Beklagten für das im Strafverfahren ergangene Urteil bestimmend gewesen sei, zulässig. Die Klage kann nicht etwa ohne weiteres wegen grundsätzlicher Unmöglichkeit des Beweises des Klagegrundes abgewiesen werden. Wenn auch der Spruch der Geschworenen, wie jede richterliche Entscheidung, auf inneren Vorgängen, nämlich auf den im Innern jedes einzelnen Geschworenen sich vollziehenden Erwägungen und Entschließungen beruht, so sind diese inneren Vorgänge doch nicht ein Spiel der Willkür oder des Zufalls, sondern sind veranlaßt durch die äußeren Vorgänge in der Hauptverhandlung und stehen mit ihnen in einem engen ursächlichen Zusammenhange. Deshalb ist die Frage, welche äußeren Vorgänge auf die Entscheidung der Geschworenen ursächlich eingewirkt haben, der richterlichen Nachprüfung und der auf eine solche abzielenden Beweisantretung nicht entzogen. Es handelt sich auch nicht darum, nachzuweisen, welche Erwägungen überhaupt für die Geschworenen maßgebend gewesen sind, sondern nur darum, ob nachweislich die Angaben des Beklagten für die Entschließung der Geschworenen derart mitbestimmend waren, daß sie als ursächlich für das Ergebnis ihrer Abstimmung zu betrachten sind. Ist dies der Fall, so ist es unerheblich, wenn daneben noch andere Umstände mitwirkende Ursache gewesen sind.

IV. Schadensersatzklage wegen schuldhafter Versäumung der Einlegung eines Rechtsmittels. **RG.** III. JW. **12** 51. Das Gericht, das über einen Schadensersatzanspruch wegen Versäumung eines Rechtsmittels zu befinden hat, muß von der Voraussetzung ausgehen, daß diejenige Behörde, die eventuell über das Rechtsmittel zu entscheiden gehabt hätte, die richtige, d. h. die vom Gericht für richtig gehaltene Entscheidung gefällt haben würde. Daß jene Behörde in anderem Sinne geurteilt haben würde, wird bei dem möglichen Wechsel der zur Entscheidung berufenen Personen und bei dem unberechen-

baren Einfluß, den Erwägungsgründe verschiedener Art hätten ausüben können, so wenig mit Sicherheit festzustellen sein, daß das Gericht, das über diese Frage gemäß § 287 nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, diese Möglichkeit als außer Betracht liegend ausschalten darf. Ein Beweisantrag nach dieser Richtung ist daher abzulehnen.

V. Grenzen der freien Beweiswürdigung nach § 287. **RG.** VI. 25. 3. 12, JW. **12** 694, R. **12** Nr. 627 (Nr. 1522). Das Gericht muß auch im Falle des § 287 die von den Parteien angeführten Tatsachen und etwaige Beweisanträge würdigen, und die Ablehnung des Parteivorbringens oder die anderweit getroffene Feststellung darf nicht eine bloß willkürliche sein (**RG. 40** 424).

VI. **RG.** VI. R. **12** Nr. 2941. Eine unsichere Vermutung, der Verletzte werde die nächsten 10 Jahre nur halb erwerbsfähig sein, reicht auch nach § 287 nicht aus, ihm daraufhin für diesen Zeitraum eine entsprechende Jahresrente zuzuerkennen.

§ 288. I. Das Geständnis erfordert eine Erklärung. **RG.** V. 9. 3. 12, GruchotsBeitr. **56** 987, R. **12** Nr. 1332, JW. **12** 592. Das Geständnis erfordert begriffsmäßig eine zustimmende Erklärung. Es kann unter Umständen auch in der Erklärung gefunden werden, die Behauptung des Gegners nicht bestreiten zu wollen. Das bloße Nichtbestreiten einer behaupteten Tatsache jedoch ist kein Geständnis.

II. **RG.** V. R. **12** Nr. 3394. Ein gerichtliches Geständnis liegt nicht schon deshalb vor, weil die Parteien übereinstimmend von der nicht näher erörterten Richtigkeit einer Tatsache ausgehen.

III. Kein Geständnis, wenn die Parteien über die Auslegung eines Testaments einig waren. **RG.** IV. 25. 1. 12, WarnE. **12** 199, SeuffA. **67** 294, R. **12** Nr. 775, JW. **12** 357. Gegenstand des Geständnisses können nach dem Wortlaute des Gesetzes nur Tatsachen sein, worunter allerdings auch einfache, allgemein verständliche Rechtsvorgänge fallen (**RG. 35** 411, JW. **07** 264). Dadurch, daß eine Partei die Auslegung, die der Gegner einem Testamente gegeben hat, zunächst als richtig ansieht, gibt sie aber kein Geständnis über eine Tatsache ab, sondern äußert sie nur eine Ansicht, die sie jederzeit ändern kann.

IV. Kein Geständnis über Rechtsbegriffe. **RG.** V. 5. 10. 12, R. **12** Nr. 3395, WarnE. **12** 488. Ob jemand Erbe einer bestimmten Person geworden, kann nicht Gegenstand eines gerichtlichen Geständnisses sein. Es handelt sich hierbei vorwiegend um eine Rechtsfrage.

V. Jede Partei muß die von ihr aufgestellten Behauptungen auch gegen sich gelten lassen. **RG.** V. 14. 2. 12, **78** 345, JW. **12** 533, R. **12** Nr. 1211. Aus dem die ZPO. beherrschenden Verhandlungsgrundsatze folgt, daß jede Prozeßpartei die von ihr aufgestellten Behauptungen auch gegen sich gelten lassen muß, und zwar auch soweit sie vom Gegner bestritten und nicht bewiesen sind.

VI. Ein Geständniswille ist nicht erforderlich. *Förster-Kann I, 760 Note 3. Daß zum Tatbestande des Geständnisses ein besonderer, auf die Bindung an die zugestandene Tatsache gerichteter Geständniswille nicht gehört, wird deutlich, wenn man die Fälle des sog. „zuvorkommenden Geständnisses" betrachtet. In diesen wird das Geständnis niemals in Form einer Bestätigung abgegeben: die Erklärung „ich gestehe" ist, solange das zu Gestehende nicht behauptet worden ist, unmöglich. (Die Erklärung, man wolle eine Behauptung für den Fall, daß der Gegner sie behaupten werde, zugestehen, ist weder ein zuvorkommendes noch überhaupt ein Geständnis, sondern eine unverbindliche Ankündigung darüber, wie sich der Erklärende künftig im Prozesse zu verhalten gedenkt.) Vielmehr kann das zuvorkommende Geständnis lediglich in Form einer Behauptung erfolgen, die sich von allen anderen tatsächlichen Behauptungen nur dadurch unterscheidet, daß sie zum

Gegenstand eine Tatsache hat, die eigentlich der Gegner behaupten und beweisen müßte. Geständnischarakter erhält die Erklärung erst dadurch, daß der Gegner die entsprechende Behauptung nachholt: das „unerwiderte Geständnis" ist überhaupt kein Geständnis, sondern eine jederzeit frei widerrufliche Tatsachenerklärung. Da nun diese Erklärung durch die Nachholung der Behauptung, als deren Bestätigung sie erscheint, zum Geständnisse wird, ohne daß ihr Inhalt sich irgendwie ändert, so haben wir in dem zuvorkommenden Geständnis einen unzweifelhaften Fall eines Geständnisses ohne Geständniswillen. — Zu dem gleichen Ergebnisse führt auch folgende Erwägung: das Geständnis ist die Bejahung einer von der beweispflichtigen Partei aufgestellten Behauptung durch den Gegner. Liegen daher übereinstimmende Erklärungen beider Parteien vor, so sind nicht etwa auf beiden Seiten Geständnisse abgegeben worden, vielmehr ist nur die Erklärung des Gegners der beweispflichtigen Partei als Geständnis anzusehen. Ob aber die eine oder die andere Partei beweispflichtig ist, hat das Gericht zu entscheiden. Die Auffassung der Parteien, von welchen die eine „behauptet", die andere „gesteht", ist nicht maßgebend.

§ 290. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 364. Der Widerruf ist von der Berichtigung zu unterscheiden. Über die Berichtigung eines gerichtlichen Geständnisses gilt nichts Abweichendes von dem für die Berichtigung von Anführungen überhaupt Geltenden.

§ 291. I. BayObLG. **12** 696, OLG. **25** 95, R. **12** Nr. 239 (BayObLG.). Eine nicht gemeinkundige Tatsache wird nicht dadurch allein zur amtsbekannten, daß der Richter, der davon nur auf dem Privatwege Kenntnis erhalten hat, sie für amtsbekannt erklärt.

II. R. **12** Nr. 2567 (BayObLG.). Auch offenkundige Tatsachen müssen, wenn sie für die Entscheidung benutzt werden, in der Verhandlung vorgebracht sein.

III. **RG.** II. R. **12** Nr. 3485. Das Gericht braucht auch einen erbotenen Gegenbeweis nicht zu erheben, wenn es der Ansicht ist, daß seine Überzeugung dadurch nicht erschüttert werden würde, und ohne daß es einer Begründung dafür bedarf.

§ 292. Literatur: Kuttner, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JheringsJ. **61** 109—178.

*Kuttner, JheringsJ. **61** 127 ff. Die Bestimmungen des § 292 finden auf die sog. gesetzlichen Vermutungen, z. B. auf Grund eines Erbscheins oder einer Grundbucheintragung analoge Anwendung. Auch die gesetzlichen Vermutungen sind frei widerlegbar, auch ohne Antretung eines Beweises. Sobald sie bestritten werden, kehrt die volle Freiheit des Prozeßrichters zurück, er ist an tatsächliche Feststellungen des Nachlaß- oder Grundbuchrichters nicht gebunden. Die Beweislast trifft die Partei, welche das Gegenteil des Vermutungsinhalts behauptet und zwar auch dann, wenn die Grundbucheintragung oder Erbscheinerteilung feststehendermaßen auf einem Rechtsirrtum oder auf einer unrichtigen tatsächlichen Feststellung des Grundbuch- oder Nachlaßrichters beruht. Zur Widerlegung der Rechtsvermutung genügt nicht der Nachweis, daß die vom Grundbuch- oder Nachlaßrichter getroffene Entscheidung unrichtig ist, vielmehr muß der Nachweis erbracht werden, daß die Möglichkeit des jetzigen Bestehens des vermuteten Rechtsverhältnisses überhaupt ausgeschlossen ist. Auch dann, wenn der Prozeßgegner selbst einen ganz bestimmten Entstehungsgrund seines Rechtes angibt, braucht nicht er die Wahrheit seiner Behauptung zu beweisen, vielmehr muß der Gegner den Beweis der Unwahrheit dieser tatsächlichen Behauptungen erbringen. Die Vermutung füllt die Lücken einer für den Prozeßrichter vorhandenen Ungewißheit so lange aus, bis der Prozeßrichter über das kontradiktorische Gegenteil der Vermutung positive Gewißheit erlangt.

§ 293. I. Opinio necessitatis bei der Bildung einer Observanz. 1. Nicht erforderlich ist die Überzeugung, daß ein positiver Rechtssatz bestehe. a) JDR. **10** Nr. I 1 b jetzt auch

FischersZ. **41** 230. b) **RG.** IV. LeipzZ. **12** 386, R. **12** 209, JW. **12** 484. Zur Bildung einer Observanz gehört die Überzeugung der Beteiligten, daß dasjenige, was sie üben und befolgen, ein vom gesetzlichen Rechte unabhängiges, selbständiges Gewohnheitsrecht, also objektive Rechtsnorm sei. Die Bildung einer Observanz ist also ausgeschlossen, wenn die Übung sich nicht als die Anwendung eines solchen selbständigen Gewohnheitsrechts, sondern lediglich als Befolgung eines als bestehend angenommenen Gesetzes darstellt (vgl. **RG.** 2 182, 12 292, **26** 320, **31** 270, GruchotsBeitr. **31** 893, JW. **02** 94, **10** 662).

2. Es genügt ein Handeln aus Rechtsüberzeugung. KGBl. 12 46 (KG.). Die Observanz als ein partikuläres Gewohnheitsrecht innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft von Personen setzt voraus eine in der Vornahme mehrerer während eines längeren Zeitraums gleichmäßig wiederholter Handlungen bestehende Übung und die Überzeugung ihrer rechtlichen Notwendigkeit. Ist aber eine häufige und gleichmäßige, lange Zeit hindurch fortgesetzte Übung nachgewiesen, so ist hieraus, ohne daß es noch eines besonderen Nachweises bedarf, das Bestehen einer Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit zu folgern, falls nicht besondere eine solche Überzeugung ausschließende Umstände dargetan werden. Für ein Handeln aus Rechtsüberzeugung ist auch nicht notwendige Voraussetzung, daß der Handelnde sich bewußt ist, in Befolgung eines bestehenden positiven Rechtssatzes zu handeln. Es genügt schon ein Handeln aus dem Gefühle heraus, eine Verkehrspflicht zu erfüllen. Eine Observanz wird selbst dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Anlieger die Straßenreinigung aus Sinn für Ordnung und Reinlichkeit vorgenommen haben (vgl. **RG.** JW. **10** 944, **11** 323, 747, **RG. 76** 113).

II. Antretung des Beweises für das Bestehen einer Observanz. 1. **RG.** VI. WarnE. **12** 22, PrVerwBl. **33** 421, GruchotsBeitr. **56** 1142. Für den Nachweis einer Observanz, die die Streupflicht der Anlieger zum Gegenstande hat, genügt der Beweisführer unter Umständen seiner Beweispflicht, wenn er eine jahrzehntelange allgemeine, trotz ihrer drückenden Lästigkeit in ihrer rechtlichen Grundlage niemals angefochtene Übung dartut und damit eine starke tatsächliche Vermutung dafür herstellt, daß die Übung dem Bewußtsein von ihrer rechtlichen Notwendigkeit entsprungen sei. Es ist dann Sache des Gegners, nachzuweisen, daß die Übung hierauf nicht beruht, sondern auf anderen Umständen, die dieses Bewußtsein ausschließen.

2. **RG.** VI. WarnE. **12** 22, PrVerwBl. **33** 421, GruchotsBeitr. **56** 1142. Aus Mahnungen und Bestrafungen gegen einzelne Anlieger wegen unterlassener Reinigung oder Bestreuung des Bürgersteigs kann nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß den Säumigen das Bewußtsein der rechtlichen Verpflichtung gefehlt habe. Die Nichtbefolgung solcher Polizeivorschriften hat vielmehr ganz regelmäßig in Lässigkeit, Vergeßlichkeit u. dgl. ihren Grund, nicht aber im Glauben, zu ihrer Beobachtung nicht verpflichtet zu sein.

3. **RG.** IV. R. **12** 706. Es ist nicht zu verlangen, daß sich die Rechtsüberzeugung gerade in Willensäußerungen aller Beteiligter offenbart, es genügt, wenn aus den vorliegenden Willensäußerungen nach den Umständen des Falles geschlossen werden kann, daß jene Rechtsüberzeugung eine allgemeine ist.

III. Gültigkeit einer Polizeiverordnung über das Streuen bei Glätte trotz Fehlens einer Observanz. **RG.** VI. WarnE. **12** 22, PrVerwBl. **33** 421, GruchotsBeitr. **56** 1142. Für die Gültigkeit einer Polizeiverordnung, die den Hausbesitzern zur Beseitigung von Schnee- und Eisglätte das Streuen befiehlt, kommt es auf das Bestehen einer Observanz nicht an. Denn es handelt sich bei einer solchen Polizeiverordnung nicht um eine unter § 6 b, sondern

um eine unter § 6 f G. über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 und der VO. vom 20. September 1867 über die Polizeiverwaltung in den neu erworbenen Landesteilen fallende polizeiliche Vorschrift für Leben und Gesundheit. Die Polizei ist daher, anders als bei der nur verkehrspolizeiliche Zwecke verfolgenden Straßenreinigung im engeren Sinne, zur Anordnung und Regelung der Streupflicht auch ohne die ortsrechtliche Grundlage einer Observanz befugt (vgl. **RG. 76** 164).

§ 294. 1. SeuffA. **67** 163 (Hamburg). Auch eine außergerichtlich schriftlich abgegebene eidesstattliche Versicherung einer Partei kann zur Glaubhaftmachung genügen.

2. *Förster-Kann I, 776 Note 2 a cc β. Ein Sachverständiger, welchen die Partei im Glaubhaftmachungsverfahren vor Gericht stellt, kann nicht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

§ 295. I. Verstöße bei Eidesabnahmen. 1. Verstoß gegen §§ 460, 461 vgl. § 461 Nr. V.

2. **RG.** III. WarnE. **12** 367, LeipzZ. **12** 549. Die Vorschriften der §§ 472, 474 enthalten zwingendes Recht. Ihre Verletzung kann daher nicht dadurch geheilt werden, daß die Parteien die Rüge unterlassen.

II. **RG.** V. R. **12** Nr. 101. Verstoß bei Einholung schriftlicher Begutachtung gemäß §§ 410, 411 vgl. § 411 Nr. II.

III. BadRpr. **12** 179 (Karlsruhe). Der Verstoß, der darin liegt, daß das Gericht sofort in die mündliche Verhandlung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung eintritt, der in einem Verhandlungstermin im Hauptprozeß aus einem überreichten Schriftsatze gestellt ist, wird durch nicht rechtzeitige Rüge geheilt.

§ 296. Literatur: Levin, Der Vergleich im Zivilprozesse, DJZ. **12** 376—380.

Levin, DJZ. **12** 376—380, erörtert die Grenzlinien, an die sich der Richter bei seinen Vergleichsbestrebungen halten soll.

§ 299. I. Das Recht der Akteneinsicht ist grundsätzlich nur so lange gegeben, als der Prozeß noch nicht beendet ist. OLG. **25** 96 (Colmar). Das Recht, die Prozeßakten auf der Gerichtsschreiberei einzusehen, beschränkt sich grundsätzlich auf die über einen laufenden Prozeß erwachsenen Akten.

II. Keine Versendungspflicht des Gerichts. OLG. **25** 96 (Colmar). Die Versendung der Akten nach einem anderen Orte, besonders an das Gericht seines Wohnorts, kann kein Beteiligter verlangen.

III. Armenrechtsgesuch. 1. R. **12** Nr. 1054 (Jena). Der Armenanwalt hat kein Recht auf Erteilung einer Abschrift des Armenrechtsgesuchs.

2. Dagegen OLG. **25** 95, KGBl. **12** 4 (KG.). Das grundsätzliche Recht der Partei auf Erteilung von Abschriften aus den Prozeßakten ohne Nachweis eines besonderen Interesses erstreckt sich auch auf ein Armenrechtsgesuch der Gegenpartei. Die Abschrift kann nicht deshalb verweigert werden, weil die an sich vom Antragsteller zu zahlenden baren Auslagen zurzeit nach §§ 115, 120 nicht erhoben werden können oder weil der Prozeßbevollmächtigte seinem Auftraggeber gegenüber zur Anfertigung der Abschrift verpflichtet ist und deshalb die Kosten wegen § 76 RAGebO. auch nicht vom Gegner erlangt werden können.

IV. Mehrere Urteilsausfertigungen. 1. BreslauAK. **12** 4 (Breslau). Die Partei hat grundsätzlich Anspruch auf Erteilung mehrerer Urteilsausfertigungen. Sie darf dieses Recht allerdings nicht dazu mißbrauchen, sich beliebig viel Ausfertigungen erteilen zu lassen, die kein ersichtliches Interesse für sie haben und die Kanzlei mit Schreibarbeit und den Gerichtsschreiber mit der Vergleichung auf ihre Übereinstimmung mit der Urschrift unnötig belasten. Hier ist jedoch ein

Interesse der Partei an der Erteilung einer einfachen und einer vollstreckbaren Ausfertigung vorhanden. (Wird näher ausgeführt.)

2. Ebenso BreslauAK. **12** 5 (LG. Breslau). Das Gesetz enthält keine Beschränkung der Zahl der zu erteilenden Ausfertigungen. Daraus folgt aber nicht, daß der Gerichtsschreiber verpflichtet wäre, unter allen Umständen der Partei auf ihr Verlangen eine unbeschränkt große Zahl von Ausfertigungen zu erteilen. Ein solches Recht hat vielmehr die Partei nur, soweit ein erkennbares Interesse an der Erteilung vorliegt. Ein solches Interesse ist hier vorhanden; der Beklagte braucht zwei Ausfertigungen, die eine als Urschrift, die andere als Zustellungsexemplar (§§ 169, 170 ZPO.).

V. Abs. 2. Kein Beschwerderecht des Dritten. OLG. **25** 96 (Hamburg). Die Verweigerung einer Auskunftserteilung Dritten gegenüber kann nur Gegenstand einer Aufsichtsbeschwerde, nicht aber Veranlassung zu einer prozessualen Beschwerde sein.

VI. *Förster-Kann I, 785 Note 1. In der Rechtsprechung sowie in den Verfügungen der Justizverwaltungsbehörden tritt nicht selten das Bestreben hervor, den Begriff der Prozeßakten im Sinne des § 299 möglichst eng auszulegen, und so zu einer Beschränkung des Rechtes der Parteien auf Einsicht und Erteilung von Abschriften zu gelangen. Diese Versuche sind durchweg ohne Anhalt im Gesetze. Für den Begriff der Prozeßakten ist es insbesondere bedeutungslos: a) ob es sich um Urkunden handelt, die von den Parteien oder sonstigen Prozeßbeteiligten eingereicht oder vom Gerichte herangezogen worden sind (aM. **RG. 9** 103, welches nur die gerichtlichen Hilfsakten im Gegensatze zu den von den Prozeßbeteiligten überreichten Aktenstücken zu den Gerichtsakten zählt); b) ob die Urkunden in das Eigentum oder nur in die vorübergehende Verwahrung der Justizbehörde gelangt sind (aM. **RG.** JW. **93** 197 Nr. 7, GruchotsBeitr. **50** 1063); c) ob die Urkunden im vollen Umfang oder nur zu einem Teile den Zwecken des Prozesses zu dienen bestimmt sind. Die Ansicht des RG. (GruchotsBeitr. **39** 1180, JW. **01** 35 Nr. 7), wonach der Inhalt von Beiakten nur insoweit zu den Prozeßakten zu rechnen sein soll, als in denselben bestimmte, im Prozesse selbst in Bezug genommene Schriftstücke enthalten seien, führt zu unbilligen Ergebnissen: nur insoweit die Hilfsakten Teil der Prozeßakten sind, kann die Einsicht in dieselben verlangt werden.

Zweiter Titel. Urteil.

§ 300. Literatur: Dickel, Zur Eventualaufrechnung, DJZ. **12** 1344—1346. — Stölzel, Zur Aufrechnungslehre, JheringsJ. **60** 467—502. — Derselbe, Klagabweisungen wegen durchgreifenden Einwandes und deren Wirkungen, BuschsZ. **42** 443—483.

I. Auslegung des Tenors aus den Urteilsgründen. Bay. ObLG. **13** 74 (BayObLG.). Der Inhalt der Entscheidungsgründe kann als Auslegungsbehelf für den Sinn und die Tragweite des Urteilssatzes herangezogen werden.

II. Klagabweisung wegen durchgreifenden Einwandes (Eventualaufrechnung). 1. Stölzel, BuschsZ. **42** 443 ff. Illiquide Klaganspüche, denen ein liquider durchgreifender Einwand gegenübersteht, sind zur Klagabweisung entscheidungsreif auf Grund der als wahr zu unterstellenden Behauptungen des Klägers und der festgestellten Behauptungen des Beklagten. Die — auf „Abweisung des erhobenen Klaganspruchs" zu beschränkende — Formel des Urteils findet in dessen übrigen Teilen ihre Erläuterung dahin, daß bei der getroffenen Entscheidung die Behauptungen des Klägers gegen ihn, nicht aber gegen den Beklagten wirken. Dem haben die Urteilsgründe durch Offenlassen der Frage zu entsprechen, ob — abgesehen von dem liquiden Einwande — der Klaganspruch gegeben war. Hiernach ist auch in Fällen illiquiden Klaganspruchs und liquider Zahlung oder Aufrechnung ein Beweisverfahren über die Entstehung des Klaganspruchs ausgeschlossen.

Die Beweiserhebungstheorie, die nunmehr, um einen Halt zu finden, sogar anfängt, auf die Fälle eventuell geltend gemachter Zahlung überzugreifen, untergräbt wichtigste „selbstverständliche" und ausnahmslose Fundamentalsätze des Prozesses zur Schädigung der Parteien.

2. *Stölzel, JheringsJ. **60** 467. Der Ausführung Thons, das. 365 ff., wonach bei streitiger Klage- und anerkannter Gegenforderung das Gericht nach erhobenem Beweise die auf „Verurteilung zur Zahlung" gerichtete Klage entweder wegen mißglückten Beweises oder „wegen der hiermit vollzogenen Aufrechnung der Gegenforderung" abzuweisen habe, steht entgegen: Urteile, die einen auf Zahlung gerichteten Klagantrag abweisen, können in ihrer Formel nur die Klagabweisung aussprechen. Sie können nicht aussprechen, es werde hiermit aufgerechnet, weil es keine Klage auf Aufrechnung gibt, und weil außerdem eine solche nicht erhoben ist. Sie können auch nicht aussprechen, die Tilgung beider Forderungen werde festgestellt, da eine Feststellungsklage nicht erhoben ist, namentlich nicht auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung. Je nach Lage des Falles können aber die Urteilsgründe besagen, daß die behauptete Klageforderung, die zuungunsten des Klägers als entstanden gilt, durch die anerkannte Gegenforderung getilgt sei; ob die Klageforderung auch zugunsten des Klägers als entstanden zu gelten habe, so daß die Gegenforderung gleich der Klageforderung getilgt sei, bleibe offene Frage. Oder die Gründe können besagen, beide Forderungen müßten nach Ergebnis der Verhandlung zugunsten wie zuungunsten des Klägers und des Beklagten als entstanden gelten, die Klagabweisung enthalte deshalb nach § 322 Abs. 2 ZPO. die rechtskraftfähige Entscheidung des Nichtmehrbestehens beider Forderungen.

3. OLG. Braunschweig JDR. **10** Nr. 2 c (für Beweiserhebungstheorie) jetzt auch SeuffA. **67** 37.

4. Hiergegen wendet sich Dickel, DJZ. **12** 1344 ff. Gemäß dem Verhandlungsgrundsatz ist nicht unter den Parteien „Recht zu schaffen", sondern lediglich im Rahmen des Parteivorbringens und der Anträge Recht zu sprechen.

5. **RG.** IV. LeipzZ. **12** 663. Ein Verstoß gegen den Rechtssatz, daß über eine eventuell geltend gemachte Aufrechnung nicht eher entschieden werden darf, bis die Forderung festgestellt ist (**RG.** **37** 402, **42** 362), liegt nicht vor, wenn das Gericht die Klage in Höhe der anerkannten Gegenforderung abgewiesen hat, weil es angenommen hat, daß der Betrag der Klageforderung höher ist. Denn insoweit kann die Entscheidung über den Betrag des Anspruchs nicht mehr zu einem anderen Ergebnisse führen.

III. Keine Ermessenssache. 1. **RG.** VI. 6. 7. 12, R. **12** Nr. 3118, JW. **12** 917, WarnE. **12** 500. Wird der Klaganspruch dem Grunde nach nur zu einem Teile für gerechtfertigt erklärt, so muß im übrigen die Klage bei Entscheidungsreife abgewiesen werden. Ein Ermessen ist dem Gericht in diesem Falle im Gegensatze zu den §§ 301, 304 nicht eingeräumt.

2. Ebenso **RG.** VI. 2. 5. 12, JW. **12** 754, R. **12** Nr. 2968.

§ 301. I. Zulässigkeit des Teilurteils. 1. **RG.** II. Mschutzu. Wettbew. **12** 260. Bei einer Klage auf Unterlassung einer gewissen Firmierung und auf Löschung der Firma ist ein Teilurteil über den Löschungsanspruch zulässig, da es sich um selbständig nebeneinander bestehende materielle Ansprüche verschiedenen Inhalts handelt.

2. Gegen einen einzelnen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. **RG.** II. 11. 12. 11, LeipzZ. **12** 222, R. **12** Nr. 240, SächsRpflA. **12** 127, JW. **12** 147. Ein gegen eine offene Handelsgesellschaft gerichteter Anspruch stellt eine Mehrheit von Ansprüchen dar, da er sich gegen die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung als offene Handelsgesellschaft richtet. Es ist daher ein Teilurteil gegen einen einzelnen Gesellschafter möglich,

sofern die Gesellschafter im einzelnen Falle nicht notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 sind.

II. Unzulässigkeit des Teilurteils. 1. Kein selbständiges Feststellungsbegehren. RG. VI. WarnE. 12 49, GruchotsBeitr. 56 636. Bei einem Streite über die Auseinandersetzung hinsichtlich eines Nachlasses kann ein Teilurteil auf Feststellung einzelner bei der Teilung in Betracht kommender Rechtsverhältnisse nicht erlassen werden, wenn es an einem ausdrücklich oder auch nur erkennbar gestellten Antrag auf Feststellung dieser Rechtsverhältnisse fehlt. Ein solcher Antrag kann insbesondere auch nicht in der Erklärung der Parteivertreter gefunden werden, daß sie einzelne Punkte des Streitstoffs für spruchreif hielten. Wird gleichwohl ein derartiges Feststellungsurteil erlassen, so stellt es lediglich ein Zwischenurteil gemäß § 303 dar.

2. Kein Teilurteil über einen Hilfsantrag. OLG. 25 97 (KG.). Ist neben dem Antrag auf Verurteilung zur Zahlung ein Hilfsantrag auf Verurteilung zur Hinterlegung gestellt, so ist eine Entscheidung über den Zahlungsanspruch durch Teilurteil unzulässig. Ein Haupt- und ein Hilfsantrag stehen nicht nebeneinander und betreffen quantitative Teile des gesamten Klaganspruchs, sondern verfolgen einen einheitlichen Anspruch.

3. Kein Teilurteil über Klage oder Widerklage, wenn beide denselben Streitgegenstand betreffen. OLG. 25 97 (Hamm). Ein Teilurteil über die Klage darf nicht ergehen, wenn Klage und Widerklage denselben Gegenstand betreffen, so daß sie sich inhaltlich gegenseitig ausschließen. Dies ist der Fall, wenn ein Teil desjenigen Betrags eingeklagt wird, den die Liquidationsmasse dem Kläger schulden soll, und die Beklagten mit der Widerklage die Feststellung verlangen, daß dem Kläger der Gesamtbetrag, zu dessen Geltendmachung er berechtigt sein will, nicht zustehe.

4. Enteignungsentschädigung. a) RG. VII. 17. 11. 11, JW. 12 147. Auch wo die geforderte Summe sich aus verschiedenen Einzelposten zusammensetzt, handelt es sich nicht um eine Mehrheit selbständiger Einzelansprüche, sondern um eine einheitliche Entschädigungsforderung, für deren ziffermäßige Berechnung und Festsetzung jene Einzelposten nur die Grundlage bilden. Der Kläger kann darum nicht zum Betrag eines der von ihm angesetzten Einzelposten durch Teilurteil mit der Klage abgewiesen werden, wenn und solange noch die Möglichkeit besteht, daß ihm trotz Streichung jenes Postens gleichwohl schließlich die ganze einheitlich geforderte Entschädigungssumme zugesprochen werden muß, weil z. B. auf Grund einer Beweisaufnahme eine entsprechende Erhöhung anderer Einzelposten einzutreten hat. Umgekehrt darf aber auch der Beklagte nicht zur Zahlung im Betrag eines oder mehrerer Einzelposten durch Teilurteil verurteilt werden, wenn und solange nicht ausgeschlossen ist, daß trotz vollen Ansatzes dieser Posten infolge der noch vorbehaltenen Entscheidung über die anderen Posten die Gesamtentschädigung so bestimmt werden muß, daß der Kläger nach dem Teilurteile mehr erhalten würde, als er nach dem Schlußergebnis im ganzen zu erhalten hätte. In solchen Fällen ist noch kein Teil der Entschädigungsforderung zur Endentscheidung reif. b) RG. VII. 17. 5. 12, R. 12 Nr. 2568, JW. 12 801. Der einheitliche Charakter der Enteignungsentschädigung ist nicht darum zu verneinen, weil für die Bemessung des Entschädigungsbetrags tatsächlich und rechtlich eine Mehrzahl von Gesichtspunkten (Wert des entzogenen Grundstücksteils selbst, Minderwert des Restbesitzes, sonstige nachteilige Folgen der Enteignung oder der neuen Anlage) in Betracht kommt. Ein Urteil, das einen einzelnen der vom Kläger für seine Forderung geltend gemachten Gesichtspunkte ausscheidet, indem es ihn für unbegründet erklärt, ist daher regelmäßig kein Teil-, sondern ein Zwischenurteil.

5. Unzulässigkeit eines Teilurteils über einen Teil der geltend gemachten Ansprüche ohne Angabe der konkreten Einzelansprüche, über die erkannt werden soll. SchlHolstAnz. **12** 299 (Kiel). Setzt sich die Klagforderung aus einer großen Anzahl von Einzelposten zusammen, so kann das Teilurteil nicht in der Weise erlassen werden, daß lediglich festgestellt wird, der Beklagte schulde mindestens einen Betrag von 5000 M., ohne erkennbar zu machen, welcher konkrete Teil des Anspruchs hiermit abgeurteilt wird.

6. **RG.** I. LeipzZ. **12** 662, R. **12** Nr. 2862. Beansprucht der Kläger wegen Nichtigkeit eines Kaufgeschäfts Zahlung eines bestimmten Betrags als Schadensersatz oder Bereicherung, und machen die Beklagten demgegenüber geltend, daß auch der Kläger zurückgebe, was er auf Grund des Kaufes erhalten habe, so darf das Gericht nicht nur nicht die Gegenforderungen der Beklagten zur selbständigen Entscheidung verweisen, sondern überhaupt nicht über den Klaganspruch urteilen, ohne die geltend gemachten Gegenansprüche insgesamt zu erledigen. Wie der Schaden, so läßt sich die Bereicherung dem Betrage nach nicht feststellen ohne Berücksichtigung der etwa erfolgten Gegenleistungen (**RG. 54** 139).

7. In Ehesachen. HansGZ. **12** Beibl. 220 (Hamburg). Kein zulässiges Teilurteil in Eheprozessen, insbesondere bei einer Verbindung von Eheanfechtungs- und Scheidungsklage über eine von beiden. Das eheliche Verhältnis im ganzen bildet den Gegenstand des Streites. Durch die Zulassung eines Teilurteils würde die Möglichkeit geschaffen, daß die Ehe sowohl geschieden als auch für nichtig erklärt wird, oder daß durch ein rechtskräftiges Teilurteil über eine der beiden Klagen die von ihr getrennt verhandelte andere Klage gegenstandslos wird. Das sind unhaltbare Ergebnisse. Ist im Eheprozeß einer von mehreren Ansprüchen zur Endentscheidung reif und besteht das Bedürfnis, ihn vorweg zur Erledigung zu bringen, so kann dafür lediglich ein Zwischenurteil nach § 303 in Frage kommen.

III. Teil- oder Zwischenurteil? 1. Ist der Inhalt des Urteils oder die Absicht des Gerichts maßgebend? a) **RG.** VI. 6. 11. 11, WarnE. **12** 49, GruchotsBeitr. **56** 636, R. **12** Nr. 98. Wenn die Entscheidung inhaltlich ein Zwischenurteil nach § 303 darstellt, das Gericht aber überhaupt kein Zwischenurteil, sondern ein Teilurteil nach § 301 erlassen wollte, so kommt es für die Zulässigkeit der Rechtsmittel nicht auf die Absicht des Gerichts, sondern auf den wirklichen Inhalt der Entscheidung an. Das Urteil ist also nicht anfechtbar (abweichend **RG.** II. JDR. **10** Nr. II 1). **b)** ElsLothJZ. **12** 432 (Colmar). Die Frage, ob eine Entscheidung als Teil- oder Zwischenurteil aufzufassen ist, muß nach dem objektiven Inhalte der Entscheidung, wie er sich aus Urteilsformel und Gründen ergibt, beantwortet werden. **c)** BadRpr. **12** 139 (Karlsruhe). Für die Frage der Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen ein Urteil ist nicht dessen Bezeichnung und auch nicht die Ansicht des Gerichts, das es erlassen hat, sondern der aus der Urteilsformel und aus den Gründen sich ergebende Inhalt maßgebend. Auch die Bezugnahme und Heranziehung bestimmter Paragraphen der ZPO. und selbst die ausdrückliche Erklärung, daß das Urteil auf Grund dieser oder jener Bestimmungen der ZPO. erlassen werde, ist einflußlos, wenn das Urteil in Wirklichkeit eine andere rechtliche Eigenschaft hat. **d)** Dagegen BadRpr. **12** 73 (Karlsruhe). Wollte das Gericht ein Teilurteil erlassen, ist dieses Teilurteil aber seinem Inhalte nach ein unselbständiges Zwischenurteil, so ist es gleichwohl durch Rechtsmittel anfechtbar. Wenn ein Gericht in deutlich erkennbarer Weise ein Urteil erlassen wollte, gegen das das Gesetz ein Rechtsmittel zuläßt, so muß dieses Rechtsmittel auch dann gegeben sein, wenn nach dem objektiven Inhalte des Urteils ein solches an sich nicht zulässig sein würde (vgl. **RG. 72** 222, JW. **07** 337).

2. **RG.** II. MschutzuWettbew. **12** 321, HansGZ. **12** Beibl. 193. Ein Urteil, das bei einer Schadensersatzklage wegen Aufstellung unwahrer Behauptungen in einer Broschüre und einer damit verbundenen, gegen dieselben Behauptungen gerichteten Unterlassungsklage dahin lautet: „Die Klagansprüche sind unbegründet, soweit sie nicht eine (näher angegebene) Behauptung der Broschüre zur Unterlage haben", ist kein Teil-, sondern ein Zwischenurteil im Sinne des § 303. Richtiger hätte es allerdings heißen müssen, daß die Klagegründe für ungerechtfertigt erklärt würden. Es wird ein einheitlicher Schadensersatzanspruch geltend gemacht, für den die einzelnen der in der Broschüre enthaltenen Behauptungen die mehreren Klagegründe bilden, nicht wird aus den einzelnen schädigenden Behauptungen eine Mehrheit von Ansprüchen hergeleitet. Bei dem Unterlassungsanspruch ist allerdings ein Teilurteil nach § 301 möglich. Denn Gegenstand des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs ist jede der in der Broschüre aufgestellten Behauptungen. Gegen die Wiederholung jeder einzelnen solcher Behauptungen richtet sich ein selbständiger, von den anderen Behauptungen unabhängiger Unterlassungsanspruch. Mit der Möglichkeit der Entscheidung über die je einen Klagegrund abgebende einzelne Behauptung ist daher auch der einzelne auf sie gestützte Unterlassungsanspruch zur Entscheidung reif. Die Gleichstellung mit der Entscheidung über den Schadensersatzanspruch, die nur ein Zwischenurteil nach § 303 sein kann, zeigt aber, daß auch hier das Berufungsgericht ein solches hat erlassen wollen.

3. **RG.** III. JW. **12** 399, R. **12** Nr. 912, LeipzZ. **12** 314. Hat der Beklagte eine die Klageforderung übersteigende Gegenforderung zugleich im Wege der Aufrechnung und durch Widerklage geltend gemacht, so ist gegen ein Urteil des Berufungsgerichts, das sich als „Zwischenurteil" bezeichnet und in seinem entscheidenden Teile nur lautet: „Der Schadensersatzanspruch des Beklagten ist nicht begründet", die Revision zulässig. Denn das Urteil weist sachlich die Widerklage, soweit ihr Betrag den aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenanspruch übersteigt, ab, ist daher ein Endurteil.

4. R. **12** Nr. 1055 (Frankfurt). Der neben dem Antrag auf Rückgewähr gestellte Antrag auf Einwilligung in die Wandelung hat keine selbständige Bedeutung. Ist gleichwohl dem letzteren durch selbständiges Urteil stattgegeben, so ist dieses als Teilurteil zu behandeln.

IV. Ermessenssache. 1. **RG.** II. MschutzuWettbew. **12** 260. Der Erlaß eines Teilurteils ist Ermessenssache. Seine Zweckmäßigkeit unterliegt nicht der Nachprüfung in der Revisionsinstanz.

2. Ebenso **RG.** II. MschutzuWettbew. **12** 321, HansGZ. **12** Beibl. 193.

V. Kostenentscheidung im Teilurteile. Eichbaum, Hess. Rspr. **12** 292. Das Teilurteil, durch das einer von mehreren Streitgenossen obsiegt, braucht die Kostenentscheidung nicht dem Schlußurteile vorzubehalten, weil der obsiegende Streitgenosse in jedem Falle von Kosten frei und der Gegner ihm erstattungspflichtig ist (vgl. § 100 Nr. II 2).

§ 302. Literatur: Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (Fischers Abh. Heft 25). München 1912. — Marcus, Über die Tragweite des § 6 KfmGG. bezüglich prozessualer Kompensation, DRZ. 12 476. — Schleyer, Bedingtes Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO., R. 12 350—351.

I. Bedingtes Vorbehaltsurteil. Schleyer, R. **12** 350 f. § 302 ist auch dann anwendbar, wenn über die in der Klage geltend gemachte Forderung nur auf Grund des Eides einer Partei entschieden werden kann. Von dem Erlaß eines „bedingten Vorbehaltsurteils" ist aber zweckmäßig dann abzusehen, wenn die Parteien über die Norm und Erheblichkeit der zu beschwörenden Tatsache einig sind oder es sich dabei um ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel

handelt. Die Leistung des Eides ist in diesen Fällen vielmehr durch Beweisbeschluß anzuordnen (§ 461).

II. Aufrechnung. 1. Wesen der Aufrechnung. *Heim 147 ff. Die Geltendmachung der Aufrechnung und der materiellen Einrederechte im Prozeß ist zugleich materielle Willensäußerung und Prozeßhandlung. Infolge ihrer Eigenschaft als Prozeßhandlung unterliegt sie hinsichtlich ihrer Form und ihrer Wirksamkeit den prozeßrechtlichen Bestimmungen, während die materiell-rechtlichen für ihre Wirkung maßgebend sind. Demnach wird sie für den Richter nur durch ihre Abgabe in der mündlichen Verhandlung bedeutsam, nicht durch die Aufnahme in einen Schriftsatz und Zustellung desselben an den Gegner, wenngleich damit unter Umständen der Tatbestand für eine wirksame außerprozessuale Rechtsausübung erfüllt sein mag, deren Erfolg wiederum im Prozesse durch eine reine Prozeßhandlung geltend gemacht werden kann. Und sie entfaltet ihre Wirkung nur dann, wenn es tatsächlich zu einem Urteile kommt und dieses auf Grund derselben ergeht, so daß sie beispielsweise im Falle der Klagezurücknahme und des Prozeßurteils bedeutungslos ist. Andererseits hat jenes Urteil zur Folge, daß die Erklärung nunmehr gleichfalls unabänderlich geworden ist; sie kann weder zurückgenommen, noch angefochten werden.

2. Eventualaufrechnung s. § 300 Nr. II.

3. Aufrechnung mit einer streitigen Forderung, über die vertragsmäßig ein Schiedsgericht zu entscheiden hat. a) Unzulässigkeit. **RG.** VII. JW. **12** 132, R. **12** Nr. 630, GruchotsBeitr. **56** 590, DJZ. **12** 282, HessRspr. **12** 330. Die Aufrechnung mit einer streitigen Gegenforderung kann im ordentlichen Rechtswege nicht geltend gemacht werden, wenn über das Bestehen der Gegenforderung vertragsmäßig ein Schiedsgericht zu entscheiden hat. b) Dagegen KGBl. **12** 56 (KG.). Die Aufrechnung ist zulässig. Die Voraussetzungen klageweiser Geltendmachung, insbesondere die Zuständigkeit für die aufzurechnende Gegenforderung brauchen nicht vorzuliegen. § 274 Ziff. 3 steht daher nicht entgegen. Nur darf der Rechtsweg für die Gegenforderung nicht ausgeschlossen sein. Die Voraussetzungen der Aufrechnung von Forderungen sind zudem im BGB. bestimmt.

4. Aufrechnung mit einer streitigen Forderung, hinsichtlich deren ein besonderer Gerichtsstand vereinbart oder das Kaufmannsgericht zuständig ist. a) Marcus, DRZ. **12** 476. Die prozessuale Aufrechnung mit Forderungen, die klagend nur vor dem KfmG. geltend gemacht werden können, ist bei Widerspruch oder Bestreiten des Gegners unzulässig. b) OLG. **25** 104 (Hamburg). Gegenüber einer zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung kann der Kläger nicht geltend machen, daß für die Gegenforderung vertragsmäßig ein anderer ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart sei. Bei der Aufrechnung handelt es sich nicht um gerichtliche Erhebung eines Anspruchs, um Einklagung der Gegenforderung, sondern um Verteidigung gegen Angriffe des Klägers. Deshalb begründet auch die Einrede der Aufrechnung nicht die Rechtshängigkeit der Gegenforderung, und deshalb kann auch dem Beklagten die Verteidigung mit der Aufrechnungseinrede nicht durch den Einwand entzogen werden, für die Gegenansprüche sei ein besonderer Gerichtsstand vereinbart. Daß infolgedessen über die Berechtigung von Ansprüchen von einem an sich unzuständigen Gerichte zu entscheiden ist, ist richtig, aber nicht zu vermeiden, wie es ja auch vorkommen kann, daß Gerichte über Ansprüche entscheiden müssen, für die der Rechtsweg sogar ausgeschlossen ist oder Sondergerichte, wie Gewerbe- oder Kaufmannsgerichte, bestellt sind.

V. Abs. 4. **RG.** WarnE. **12** 84. Zur Begründung der Schadensersatzpflicht des Gläubigers aus einer unberechtigten Zwangsvollstreckung, auf die die §§ 302 Abs. 4, 717 nicht Anwendung finden, ist der Nachweis eines Verschuldens erforderlich.

§ 303. I. Zwischenurteil über Klage oder Widerklage. **RG.** III. 24. 1. 12, R. **12** Nr. 776. Der anerkannte Satz, daß ein Teilurteil nach § 301 über die Klage oder über die Widerklage unzulässig ist, wenn sie denselben Gegenstand betreffen, so daß die mit der Klage begehrte Entscheidung den mit der Widerklage erhobenen Anspruch ausschließt oder einschränkt oder umgekehrt (vgl. **RG.** JW. **05** 86, GruchotsBeitr. **52** 1135), kann, weil er aus dem Wesen des Teilurteils hergeleitet wird, auf ein Zwischenurteil nicht zur Anwendung kommen.

II. Zulässigkeit nur beim Fehlen der Reife zur Endentscheidung. **RG.** VI. LeipzZ. **12** 663. Wird ein Klaganspruch auf zwei selbständige Klagegründe gleichzeitig gestützt, so kann, wenn einer von ihnen durchgreift, ein Endurteil gemäß § 300 und danach, wenn nur über seine Höhe noch Unsicherheit besteht, auch ein Zwischenurteil nach § 304 ergehen. Für ein Zwischenurteil nach § 303 ist bei einem an sich begründeten Angriffsmittel nur dann Raum, wenn ihm ein noch nicht spruchreifes Verteidigungsmittel entgegensteht; denn anderenfalls ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif (Stein, Anm. II zu § 303).

III. Unzulässigkeit. **RG.** VI. 19. 9. 12, R. **12** Nr. 3226, WarnE. **12** 502, JW. **12** 1107, GruchotsBeitr. **57** 170. Bei einem Anspruch auf Grund des § 7 G. über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen kann die Frage, ob den mitbeklagten Wagenführer ein Verschulden trifft, nicht durch Zwischenurteil nach § 303 entschieden werden. Es handelt sich hier nicht um ein einzelnes selbständiges Angriffsmittel, sondern um das wesentliche Element der Klagebegründung.

IV. Teil- oder Zwischenurteil? S. § 301 Nr. III.

V. § 303 oder § 304? 1. HansGZ. **12** Beibl. 194 (Hamburg). Für den Charakter eines Zwischenurteils, ob es ein solches aus § 303 oder aus § 304 ist, kommt es nicht auf die Bezeichnung, sondern auf den Inhalt des Urteils an. Wird das auf Grund eines Kaufvertrags Geleistete im Wege der Wandelung, eventuell im Wege der Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung zurückgefordert, so ist ein Zwischenurteil, das dahin lautet: Der Kaufvertrag zwischen den Parteien ist nichtig, nicht ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs nach § 304, sondern ein, eine für den weiteren Prozeß grundlegende Rechtsfrage entscheidendes Zwischenurteil im Sinne des § 303.

2. Ebenso **RG.** II. 21. 6. 12, R. **12** Nr. 2692 in Bestätigung von OLG. Hamburg.

3. **RG.** II. LeipzZ. **12** 759. Werden im Falle der Anfechtung eines Kaufvertrags wegen Irrtums und arglistiger Täuschung die zur Erfüllung des nichtigen Vertrags gemachten, auch dem Betrage nach streitigen Leistungen zurückgefordert, so enthält der durch Urteil erfolgende Ausspruch der Nichtigkeit des Vertrags, weil die Nichtigkeit das einzige Angriffsmittel darstellt, nicht eine Vorabentscheidung im Sinne des § 303, sondern eine solche über den Grund des Anspruchs und ist deshalb selbständig anfechtbar.

4. **RG.** IV. R. **12** Nr. 459. Umfaßt die Entscheidung sachlich den ganzen Anspruch des Klägers bis auf den streitigen Betrag, so liegt trotz der regelmäßig gerade Urteilen nach § 303 eigentümlichen Fassung der Formel und trotz des ausdrücklichen Hinweises auf § 303 in Wahrheit eine in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehende Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs im Sinne des § 304 vor.

5. **RG.** II. LeipzZ. **12** 391. Nach feststehender Rechtsprechung des RG. ist die Revision gegen ein Zwischenurteil, für das die §§ 303, 304 in Betracht kommen, zulässig, wenn es sich entweder um ein Zwischenurteil im Sinne von § 304 wirklich handelt oder wenn doch das Berufungsgericht ein Zwischenurteil im Sinne von § 304 hat erlassen wollen.

6. Ebenso **RG.** IV. R. **12** Nr. 458. Rechtsmittel sind sowohl zulässig, wenn das Gericht nach § 304 entscheiden wollte, tatsächlich aber nur ein Urteil nach § 303 erlassen hat, als auch umgekehrt.

VI. Verbindung eines Zwischenurteils nach § 303 mit einem Zwischenurteile nach § 275 Abs. 2. SeuffA. **67** 78 (Dresden). Ist ein Zwischenurteil nach § 303 mit einem Zwischenurteile nach § 275 Abs. 2 verbunden, so ist das Urteil auch dann mit der Berufung anfechtbar, wenn sich diese lediglich gegen die erstere Entscheidung richtet.

§ 304. I. Zulässigkeit der Vorabentscheidung. Streit nach Grund und Betrag. Allgemeines. 1. Ein Anspruch auf Leistung vertretbarer Sachen ist nicht Voraussetzung für den Erlaß der Vorabentscheidung. **RG.** III. 24. 1. 12, R. **12** Nr. 778, BayRpflZ. **12** 178, JW. **12** 400. § 304 kann bei allen Klagansprüchen zur Anwendung kommen, die nach Grund und Betrag streitig sein können, auch wenn sie nicht auf Zahlung von Geld oder Leistung anderer vertretbarer Sachen gerichtet sind, z. B. auch bei einer Klage auf Einwilligung in die Auszahlung eines hinterlegten Betrags.

2. Wandelung. **RG.** V. 4. 5. 12, R. **12** Nr. 1824. § 304 ist auch dann anwendbar, wenn der Käufer im Wege der Wandelung die gewährten Leistungen zurückfordert und der Verkäufer alsdann sowohl die Berechtigung des Käufers zur Wandelung wie auch der Höhe nach die geforderten Leistungen bestreitet.

3. **RG.** V. R. **12** Nr. 628. Ist wahlweise auf Preisminderung oder Schadensersatz geklagt, so kann bejahendes Zwischenurteil unter Offenhaltung beider Behelfe ergehen.

4. Vorabentscheidung über die Widerklage. **RG.** III. R. **12** Nr. 460, LeipzZ. **12** 230. Über den Grund des Widerklaganspruchs kann nur dann vorab entschieden werden, wenn feststeht, daß dem Widerkläger auf die Widerklage irgendein Betrag zuzusprechen ist. Wird die Gegenforderung zum Teil zur Aufrechnung gegenüber der Klageforderung und nur zu dem diese überschießenden Betrage widerklagend geltend gemacht, so ist eine solche Vorabentscheidung also nur dann möglich, wenn sich das Gericht davon überzeugt hat, daß dem Widerkläger ein den Betrag der Klageforderung übersteigender Geldbetrag zukommt und folglich gleichzeitig die Klage abweist.

5. Klage aus § 148 PrAllgBergG. **RG.** V. WarnE. **12** 205, R. **12** 502. Der dem Grundeigentümer nach § 148 PrAllgBergG. zustehende Entschädigungsanspruch ist ein einheitlicher, gerichtet auf Ersatz des Minderwerts des Grundstücks in dem jetzigen gegenüber dem früheren Zustande. Die Art der Schadensberechnung hebt die Einheitlichkeit des Anspruchs nicht auf und berechtigt nicht, ihn für die Entscheidung in verschiedene Ansprüche zu zerlegen. Da § 304 die Erlassung eines Teilzwischenurteils nicht gestattet, ist daher ein Zwischenurteil dahin, daß einige näher bezeichnete Einzelansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden und die Entscheidung darüber, ob dem Kläger auch für einen weiteren, von ihm zur Begründung seines Schadens geltend gemachten Umstand ein Anspruch zusteht, vorbehalten wird, unzulässig.

6. **RG.** VII. R. **12** Nr. 1655, JW. **12** 755. Über Ansprüche auf Abtretung bestimmter Forderungen, Auflassung von Grundstücken, Herausgabe von Sachen kann selbst dann keine Vorabentscheidung erlassen werden, wenn der Hilfsantrag der Klage auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist.

7. Streitiger Betrag. **a) RG.** VI. SeuffA. **67** 165, JW. **12** 78, R. **12** Nr. 2077. Eine streitige Betragsziffer braucht die Klage nicht zu enthalten. Es genügt, wenn der Betrag nach dem Antrage zusammen mit den Angaben über Grund und Gegenstand des Anspruchs auf Grund der tatsächlichen Unterlagen durch richterliches Ermessen ziffermäßig festgestellt werden kann. **b) RG.** VII. JW. **12** 148, R. **12** Nr. 2076. In dem Bestreiten einzelner Posten einer größeren Baurechnung kann ein Streit über die Höhe des Gesamtwerklohns gefunden werden,

mag auch das Bestreiten einzelner Posten sich nur darum drehen, ob sie innerhalb des Werkvertrags zu verrechnen sind, und ihre Höhe an sich nicht bemängelt sein. **c)** **RG.** MschutzuWettbew. **12** 113. Wird neben einem Unterlassungsanspruch ein bestimmt bezeichneter Schadensersatzanspruch geltend gemacht, so kann, auch wenn der Schadensersatzanspruch noch nicht ziffermäßig angegeben ist, ein Zwischenurteil über den Grund des letzteren ergehen. In dem Bestreiten des Vorhandenseins irgendwelchen Schadens durch den Beklagten liegt auch ein Bestreiten dem Betrage nach. **d)** PosMSchr. **12** 122 (Posen). Ein Antrag, mit dem Ersatz eines durch ärztliche Behandlung entstandenen, ziffermäßig vorläufig noch nicht feststellbaren Schadens verlangt wird, ist nur als Feststellungsantrag zu behandeln. Bei ihm kann überhaupt nicht vorweg gemäß § 304 über den Grund entschieden werden (vgl. R. **07** Nr. 1468, **08** Nr. 1010, JW. **08** 203).

8. Über den Grund einer Einrede. **a)** **RG.** II. LeipzZ. **12** 391. Ein in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehendes Zwischenurteil im Sinne von § 304 kann nur über klagend — mit Klage oder Widerklage — geltend gemachte Ansprüche erlassen werden, nicht über Einreden, mit denen lediglich die Klage abgewehrt werden soll, z. B. eine im Wege der Aufrechnung geltend gemachte Schadensersatzforderung. **b)** **RG.** V. R. **12** Nr. 1212. Eine Vorabentscheidung über den Grund einer zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung ist nicht zulässig.

9. § 303 oder § 304? s. § 303 Nr. V.

II. Reife zur Vorabentscheidung. 1. Grundsätzliches. **a)** **RG.** I. R. **12** Nr. 1056. Über den Grund des Anspruchs kann nur vorabentschieden werden, wenn durch die Entscheidung der Grund des Anspruchs völlig erledigt wird. Dazu gehört, wenn auf Zahlung des Gewinnanteils aus einer Gesellschaft geklagt wird, auch die Frage, welche Gewinnquote der Kläger zu beanspruchen hat. **b)** **RG.** V. R. **12** Nr. 2315. Welche einzelne Maßnahmen zur Behebung des Schadens erforderlich sind, kann dem Nachverfahren vorbehalten bleiben.

2. Schadensersatzansprüche. Es genügt die Wahrscheinlichkeit eines Schadens. **a)** **RG.** III. R. **12** Nr. 1523. Ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers, der auf Ersatz des ihm durch einen Unfall erwachsenen Schadens klagt, ohne weiteres, daß Kurkosten mitentstanden sind und eine Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des Klägers eingetreten ist, so bedarf es in dem Urteil über den Grund des Anspruchs keiner Erwähnung der Folgen des Unfalls und der einzelnen Posten, aus denen sich der Schadensersatzanspruch zusammensetzt (vgl. R. **09** Nr. 2147). **b)** **RG.** VII. R. **12** Nr. 903. Ergibt sich die Existenz eines Schadens nach der ganzen Sachlage als wahrscheinlich, so bedarf es besonderer Begründung dafür nicht. **c)** **RG.** III. R. **12** Nr. 2316. In dem Verfahren über den Grund des Anspruchs auf Ersatz des durch einen Unfall erlittenen Schadens bedarf es nicht der Feststellung der Dauer der Erwerbsunfähigkeit und der nach § 843 BGB. zu bemessenden Rente. Diese Feststellung kann dem Verfahren über den Betrag des Schadensersatzanspruchs überlassen werden (**RG.** **71** 247, JW. **06** 710, **07** 366). **d)** ElsLothJZ. **12** 373 (Colmar). Es genügt schon die rechtliche Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit eines Schadens, um die im § 304 vorgesehene Vorabentscheidung zu erlassen. Vgl. **RG.** R. **10** 250, **RG.** JW. **06** 26.

3. Entscheidung, ob Rente oder Kapitalabfindung. BadRpr. **12** 141 (Karlsruhe). Die Entscheidung der grundsätzlich schon im Verfahren über den Grund zu erledigenden Frage, ob dem Kläger gemäß §§ 843 Abs. 3 BGB., 7 HaftpflG. statt einer Rente eine einmalige Kapitalsabfindung zu bewilligen sei, kann dem Verfahren über den Betrag vorbehalten werden, wenn der die Bewilligung rechtfertigende wichtige Grund zulässigerweise (**RG.** JW. **09** 137) in dem Einflusse gefunden werden soll, den die Zubilligung einer einmaligen Abfindung an Stelle von wiederkehrenden Renten auf den Gesundheitszustand des Klägers auszuüben

geeignet sein könnte, und hierüber eine weitere Beweiserhebung erforderlich ist, die zweckmäßig mit der über die Höhe des Schadens ohnehin noch nötigen Beweisaufnahme verbunden wird (**RG.** JW. **08** 558, WarnE. **08** 509).

4. Unter Umständen kann die Erörterung des Betrags bereits in das Verfahren über den Grund des Anspruchs gehören. **RG.** VII. R. **12** Nr. 1333. Der Beklagte hatte sich durch eine mit der Klägerin außerhalb des Akkordes getroffene Vereinbarung verpflichtet, sie bezüglich des durch den Akkord nicht gedeckten Betrags ihrer Forderung zu befriedigen. Hiernach bedurfte es einer Entscheidung der Frage, wie hoch die nach Abzug der Akkordrate verbliebene Restforderung war, zu deren Nachzahlung sich der Beklagte durch das mit der Klägerin getroffene Nebenabkommen verpflichtet hat. Diese Frage betrifft nicht etwa nur den Betrag der ungedeckt gebliebenen Restforderung, sondern den Gegenstand der vom Beklagten der Klägerin neben dem Akkord erteilten vertragsmäßigen Zusage. Sie war daher in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs zu erledigen.

5. Mitwirkendes Verschulden. a) **RG.** VI. R. **12** Nr. 1214, JW. **12** 470. Der Einwand des Selbstverschuldens gehört in das Verfahren über den Anspruchsgrund oder über den selbständigen Feststellungsantrag. b) **RG.** VI. JDR. **10** Nr. II 6 b jetzt auch EisenbE. **28** 221.

6. Sonstige bei der Entstehung eines Schadens mitwirkende Ursachen. a) **RG.** II. LeipzZ. **12** 462. Die Frage, in welchem Maße mehrere in Betracht kommende Schadensursachen zu dem Gesamtschaden mitgewirkt haben, gehört grundsätzlich zum Grunde des Anspruchs. Das Gericht ist rechtlich nicht gehindert, für den Anteil derjenigen Schadensursache, die es ausschalten will, statt einer Quote einen bestimmten Betrag anzusetzen. Eine ganz strenge Trennung der beiden Verfahrensabschnitte über den Grund und den Betrag des Anspruchs läßt sich in solchen Fällen nicht durchführen. Vgl. **RG.** JW. **03** 239. b) **RG.** III. R. **12** Nr. 2863. Dem Verfahren über den Betrag kann die Frage vorbehalten bleiben, ob noch andere Umstände bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt haben. Es ist auch nicht prozeßwidrig, dem Nachverfahren die Entscheidung der Frage zu überlassen, wieviel von den Summen, die im einzelnen als Schadensersatz gefordert werden, auf das Verschulden des Beklagten zurückzuführen ist. c) BadRpr. **12** 141 (Karlsruhe). Die Frage, ob die schädlichen Folgen eines Unfalls durch die krankhafte Anlage des Verletzten vermehrt wurden, gehört nicht in das Verfahren über den Grund des Anspruchs.

7. Zurückbehaltungsrecht. a) HansGZ. **12** Beibl. 194 (Hamburg). Das Bestehen eines noch streitigen Zurückbehaltungsrechts steht dem Erlaß eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs nicht entgegen. b) OLG. **25** 97 (Colmar). Im Falle des § 304 muß schon in der Vorabentscheidung auch über ein dem Beklagten etwa zustehendes Zurückbehaltungsrecht entschieden werden. Die Geltendmachung eines schon vor der Vorabentscheidung begründeten, in der Entscheidung aber nicht vorbehaltenen Zurückbehaltungsrechts im Nachverfahren ist unzulässig.

8. Vorteilsausgleichung. **RG.** V. R. **12** Nr. 777. Wird gegenüber einem Schadensersatzanspruch geltend gemacht, daß der Schaden durch den infolge billigen Erwerbes des Grundstücks in der Zwangsversteigerung erzielten Vorteil ausgeglichen sei, so ist, wenn die Vorteilsausgleichung für geboten erachtet wird, im Tenor des über den Grund des Anspruchs entscheidenden Urteils die Einschränkung aufzunehmen, daß der Anspruch nur insoweit begründet sei, als der Schaden nicht durch den bezeichneten Vorteil ausgeglichen sei.

9. **RG.** VII. R. **12** Nr. 1213, JW. **12** 477. Ob die Schadensschätzung eines Gutachterausschusses den Versicherten bindet oder ein höherer Betrag klagbar ist, gehört zum Grunde des Anspruchs.

III. Das Nachverfahren. Zulässige Einwendungen. Rechtskraft des Vorbehaltsurteils. 1. BadRpr. **12** 26 (Karlsruhe). Die Aufrechnung ist noch im Verfahren über den Betrag zulässig. Der rechtskräftig festgestellte Bestand des Klaganspruchs wird durch die Aufrechnung nicht wieder in Frage gestellt, sondern gerade bejaht und lediglich die Tilgung des an sich als bestehend anerkannten Anspruchs geltend gemacht. Gegenüber der Gefahr der Belastung des Kl. mit unnötigen Kosten bietet § 278 Abhilfe. Vergl. § 278 Nr. II.

2. **RG.** III. LeipzZ. **12** 663. Aus **RG.** JW. **99** 35 und GruchotsBeitr. **45** 108 ist kein Rechtssatz des Inhalts zu entnehmen, jedes Urteil über den Grund ergehe mit dem Vorbehalt, daß im Nachverfahren eine nochmalige Prüfung stattfinde, o b der Anspruch materiellen Inhalt und welchen Inhalt dieser Art er habe. In diesen Entscheidungen ist vielmehr lediglich ausgesprochen, daß die Vorabentscheidung über den Grund nur die Möglichkeit eines Schadens erfordere, und daß deshalb die Klage immer noch abgewiesen werden könne, wenn sich in dem Verfahren über den Betrag ergebe, daß ein solcher Schaden nicht eingetreten sei. Anders verhält es sich, wenn in der Vorabentscheidung über den Grund das Bestehen eines Schadens oder eines anderen nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs, abgesehen von dem Betrage, schon festgestellt ist. Sache der Auslegung ist es, den Inhalt und die Tragweite solcher Feststellung zu ermitteln.

3. **RG.** I. R. **12** Nr. 3119. Sachliche Haftungsbeschränkungen des Zwischenurteils (z. B. § 774 HGB.) sind auch dann zu beachten, wenn sie nur aus den Gründen ersichtlich sind.

§ 306. Verzicht auf die Erwirkung des Urteils vgl. § 271 Nr. IV 7.

§ 307. Literatur: Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (Fischers Abh. Heft 25). München 1912.

I. Wesen und Wirkung des Anerkenntnisses. *Heim, 142 ff. Das prozessuale Anerkenntnis im Sinne des § 307 ist Dispositivakt insofern, als es grundsätzlich jede Prüfung des Richters, ob das geltend gemachte Recht besteht oder nicht besteht, ausschließt und ihn nötigt, auf Antrag des Klägers dem Anerkenntnisse gemäß Urteil zu erlassen. Seine Wirkung bezieht sich lediglich auf den Prozeß und geht nicht darüber hinaus; sie erschöpft sich in jener Bindung des Richters und ist daher rein prozessual.

II. Wann liegt ein Anerkenntnis vor? **RG.** VII. SchlHolstAnz. **12** 190. Ein Anerkenntnis im Sinne des § 307 liegt auch dann vor, wenn der beklagte Pfändungsgläubiger im Interventionsprozeß zunächst das Eigentum des Klägers bestritten, im Laufe des Rechtsstreits aber, nachdem er wegen seiner Forderung befriedigt worden war, nach der Feststellung des Sitzungsprotokolls „den Klaganspruch unter Widerspruch gegen seine Kostenpflicht anerkannt" hat. Denn diese Anerkennungserklärung enthält nicht etwa eine Erklärung über vom Kläger zur Begründung seines Anspruchs geltend gemachte Tatsachen, sondern die in dispositiver Form und uneingeschränkt abgegebene Erklärung, den erhobenen Anspruch in der Hauptsache als begründet anerkennen zu wollen.

III. Zeitliche Beschränkung des Antrags auf Erlaß des Anerkenntnisurteils? OLG. **25** 128 (Marienwerder). Der Antrag aus § 307 braucht nicht in derselben mündlichen Verhandlung, in der das Anerkenntnis abgegeben ist, gestellt zu werden. Er ist noch in einer späteren Verhandlung zulässig, auch in der Berufungsinstanz und selbst dann noch, wenn über den durch das Anerkenntnis betroffenen Teil des Klaganspruchs inzwischen streitig verhandelt ist.

IV. Verzicht auf die Erwirkung des Urteils vgl. § 271 Nr. IV 7.

V. Anerkenntnis im Falle des § 259. DJZ. **12** 639 (Oldenburg). Es wird die Frage aufgeworfen, aber unentschieden gelassen, ob ein Anerkenntnis

des Klaganspruchs bei einer Klage aus § 259 nicht auch notwendig die Anerkennung der „Besorgnis" in sich schließt.

VI. *Förster-Kann I, 811 Note 2d. Ein Anerkenntnisurteil kann nur auf Grund einer den Anforderungen des § 253 entsprechenden Klage erlassen werden. Was insbesondere das Erfordernis des § 253 Nr. 2 — „Grund des erhobenen Anspruchs" — betrifft, so genügt diesem Erfordernis eine Klage, welche einen bestimmten materiell-rechtlichen Tatbestand als Grundlage des in der Klage geltend gemachten Begehrens hinstellt. Daß der Klagantrag schlüssig begründet sei, ist dagegen nicht erforderlich. Der Erlaß des Anerkenntnisurteils wird z. B. durch den Umstand nicht gehindert, daß ein Anspruch, wie ihn der Kläger geltend macht, nach materiellem Rechte überhaupt nicht gegeben ist; ferner nicht dadurch, daß, wie der Klagevortrag ergibt, bei Abschluß des der Klage zugrunde liegenden Vertrages zwingende Formvorschriften verletzt worden sind, so z. B. wenn auf Auflassung auf Grund eines mündlichen Kaufvertrags geklagt wird.

§ 308. I. **RG.** VI. 8./29. 1. 12, R. **12** Nr. 1057. Wird von der Partei, welche nach dem Ausspruche der Verwaltungsbehörde eine bestimmte Entschädigung zu leisten hat, lediglich auf Feststellung geklagt, daß eine Ersatzpflicht nicht bestehe, so kann auch das Urteil nur der Feststellungsklage stattgeben oder sie abweisen. Ohne Erhebung einer Widerklage kann der Prozeß nicht mit einer Verurteilung des Klägers zur Zahlung enden, da durch die Feststellungsklage der Zahlungsanspruch nicht rechtshängig wird.

II. **RG.** VII. 29. 3. 12. R. **12** Nr. 1656. Wird aus einer Unfallversicherung für eine bestimmte Zeit eine Tagesentschädigung und für die weitere Zeit eine Invaliditätsrente beansprucht, so kann, wenn das Gericht die Invaliditätsrente für nicht begründet, dagegen die Tagesentschädigung für eine längere Zeit als beansprucht, für begründet erachtet, der Betrag der Tagesentschädigung doch nicht über den in der Klage normierten Betrag hinaus festgesetzt werden.

III. Anwendung des Grundsatzes in Enteignungsprozessen. **RG.** VII. 17. 5. 12, R. **12** Nr. 2568. Die geforderte Entschädigungssumme bildet die obere Grenze dessen, was das Gericht zusprechen darf, während es mit Rücksicht auf den einheitlichen Charakter der Entschädigung bei dem oder jenem Einzelansatz auch über den vom Kläger angegebenen Betrag hinausgehen darf, solange es nur im ganzen jene Grenze nicht überschreitet.

IV. Auf ein Weniger darf erkannt werden. 1. HansGZ. **12** Beibl. 269 (Hamburg). Die Verurteilung zur „Einwilligung in eine Auseinandersetzung" stellt gegenüber dem Antrag auf „Bewirkung" der Auseinandersetzung ein Weniger dar, kann also von dem Gericht, ohne daß darin ein Hinausgehen über den Parteiantrag läge, ausgesprochen werden.

2. **RG.** VII. 23. 4. 12, **79** 275, JW. **12** 761. Geht der Antrag des Klägers auf Zahlung, ist aber nur Hinterlegung zulässig, so kann auf letztere erkannt werden. Die Hinterlegung stellt gegenüber der Zahlung nur das Mindere dar.

V. Auch eine von dem Klagantrag abweichende Fassung der Urteilsformel ist zulässig. 1. HansGZ. **12** Beibl. 269 (Hamburg). Beantragt der Kläger lediglich eine „dem Gesetz entsprechende" Auseinandersetzung, so liegt darin, daß das Gericht in der dem Antrag stattgebenden Urteilsformel zum Ausdrucke bringt, worüber die Auseinandersetzung zu erfolgen hat, nur eine gehörige Verdeutlichung, nicht aber eine unzulässige Ergänzung des Antrags.

2. **RG.** II. 10. 11. 11. R. **12** Nr. 99. Das Gericht ist nicht gehindert, einem Feststellungsantrag unter Weglassung gewisser, für unwesentlich erachteter Angaben und der größeren Deutlichkeit wegen auch im übrigen in einer in der Fassung etwas abweichenden Weise stattzugeben, wenn anzunehmen ist, daß diese beschränkte und in der Form abweichende Zuerkennung dem Willen des Antragstellers entspricht.

VI. Klagabweisung. RG. II. 4. 6. 12, R. 12 Nr. 2290. Die Vorschrift steht der Abweisung der Klage gegen sämtliche Streitgenossen trotz Fehlens eines Abweisungsantrags einzelner nicht entgegen, weil den nicht bestreitenden Beklagten damit nichts zugesprochen, sondern dem Kläger etwas aberkannt wird.

VII. Abs. 2. 1. Der Ausspruch über die Kosten setzt das Vorhandensein eines Gegners voraus. OLG. 25 63 (Posen). Die Verpflichtung des Gerichts, in jedem Falle über die Kosten zu entscheiden, erstreckt sich sowohl auf die gerichtlichen wie auf die außergerichtlichen Kosten und gilt auch für das Beschwerdeverfahren. Die Vorschrift kann aber nur dann angewendet werden, wenn ein Gegner vorhanden ist. An einem solchen fehlt es im Beschwerdeverfahren wegen Erteilung des Rechtskraftzeugnisses.

2. Kostenentscheidung in der Berufungsinstanz. OLG. 25 217 (KG.). Das mit der Hauptsache befaßte Berufungsgericht hat von Amts wegen und ohne daß es der Anfechtung der Kostenentscheidung bedarf, den Kostenpunkt zu regeln und die Kostenentscheidung, wenn sie im ersten Urteile nur übergangen ist, nachzuholen.

§ 313. Literatur: Alte Zöpfe bei der Abfassung von Urteilen, BraunschwZ. 12 48—51. — Krafft, Wiedergabe von Rechtsausführungen der Parteien im Tatbestande des Zivilurteils, BayRpflZ. 12 357—360. — Reiß, Tatbestand und Entscheidungsgründe, DRZ. 12 69. — Wienstein, Zur Frage, ob Rechtsausführungen in den Urteilstatbestand aufgenommen werden dürfen, BayRpflZ. 12 33—35.

I. Die Parteibezeichnung (Abs. 1 Ziff. 1). 1. Firma einer Handelsgesellschaft (s. § 253 Nr. I 1 b). OLG. 25 115, HansGZ. 12 Beibl. 11, BauersZ. 19 117 (Hamburg). Um die Ermittelung, welches Rechtsgebilde klagt, und — wenn es sich um eine offene Handelsgesellschaft handelt — wer die gesetzlichen Vertreter sind, braucht sich das Gericht trotz § 313 zunächst nicht zu kümmern. Wichtig wird die Frage erst bei Eidesauflagen (aM. die Praxis der Handelssenate des KG., OLG. 25 115 Anm. 1).

2. Erben. RG. II. LeipzZ. 12 314, R. 12 Nr. 454, SächsRpflA. 12 128. Die namentliche Bezeichnung der Personen der im Laufe des Rechtsstreits an die Stelle der ursprünglichen Prozeßparteien getretenen Erben und ihrer gesetzlichen Vertreter ist zwar als für die Fragen der Rechtskraft und der Zwangsvollstreckung bedeutsam vorgeschrieben, ihre Unterlassung vermag aber zu einer Aufhebung des Urteils nicht zu führen.

II. Tatbestand (Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2). 1. Unzulässige Verweisungen. a) RG. III. R. 12 Nr. 904. Wenn das Berufungsgericht in dem Tatbestande des Urteils einen allgemeinen Überblick über die Sachlage gibt und gegen Schluß des Tatbestandes auf sämtliche (11), zum Teil umfangreiche Schriftsätze der zweiten Instanz Bezug nimmt, so liegt darin ein Verstoß gegen den § 313 Nr. 3, nach dem der Tatbestand „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes" enthalten soll. Wenn aber Widersprüche in dem Tatbestand und in den in Bezug genommenen Schriftsätzen von der Revision nicht behauptet sind und auch sonstige Zweifel daran, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgerichte gewesen ist, nicht bestehen, kann dieser Verstoß nach der ständigen Rechtsprechung nicht zur Aufhebung des Urteils führen. b) RG. IV. LeipzZ. 12 315, HessRspr. 13 65, JW. 12 249. Verweisungen auf Verhandlungen und Urteile eines anderen Prozesses im Tatbestande sind, auch wenn der andere Prozeß denselben Sachverhalt zum Gegenstande hat, unzulässig. Das richtige, dem Gesetz entsprechende Mittel zur Verminderung des Schreibwerkes besteht für derartige Fälle darin, die mehreren gleichliegenden Sachen nach § 147 zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung zu verbinden und also durch ein Urteil zu erledigen. c) RG. VI. R. 12

Nr. 779. Die Verweisung auf Schriftsätze ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn sie an Unübersichtlichkeit und Wiederholungen leiden.

2. Ein Verstoß ist aber nicht stets Revisionsgrund. a) **RG.** LeipzZ. **12** 314 Nr. 28. Ist der Tatbestand des Berufungsurteils hinreichend ausführlich und bestimmt genug, um als Grundlage für die Nachprüfung des Prozeßstoffs und für die Entscheidung des Revisionsgerichts zu dienen, so genügt er den an den Tatbestand des Berufungsurteils zu stellenden Anforderungen jedenfalls insoweit, daß eine Aufhebung des Urteils wegen eines nicht vollkommen den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Tatbestandes nicht geboten erscheint. **b)** Ebenso **RG.** IV. LeipzZ. **12** 315, HessRspr. **13** 65, JW. **12** 249.

3. Wiedergabe von Rechtsausführungen. a) *Krafft, BayRpflZ. **12** 57 ff. Rechtsvorbringen der Parteien im Sinne von Meinungsäußerungen der Parteien über den Inhalt des objektiven Rechtes, über seine Beziehung zu den von ihnen oder dem Gegner geltend gemachten Tatsachen, sind grundsätzlich nicht in den Tatbestand aufzunehmen. Die Rücksicht auf das Erfordernis einer Darstellung des Sach- und Streitstandes kann die kurze Kennzeichnung der rechtlichen Auffassung einer Partei erfordern. Geboten wird es sein, die Kennzeichnung hervorzuheben, die der Kläger dem von ihm klageweise geltend gemachten Rechtsverhältnis in der mündlichen Verhandlung gegeben hat, wenn diese Kennzeichnung von jener der schriftlichen Klage (oder von dem mündlichen Vorbringen des Klägers in I. Instanz) abweicht und der Gegner hierauf die Einrede der Klagänderung stützt. — Die Erklärung der Partei, welche von mehreren, auf ihr tatsächliches Vorbringen beziehbaren Rechtsgründen sie geltend machen wolle, ist kein Rechtsvorbringen im angeführten Sinne, sondern eine Willenserklärung, die als Erklärung tatsächlichen Inhalts in den Tatbestand gehört. **b)** Wienstein, BayRpflZ. **12** 33 ff. Rechtsausführungen (Darlegungen, welche den Nachweis eines Rechtssatzes oder der nicht einfach sich ergebenden Anwendbarkeit eines solchen auf gegebene Tatsachen bezwecken) gehören nicht in den Tatbestand. Immerhin kann eine Andeutung rechtlicher Gesichtspunkte da angebracht sein, wo ohne sie der Tatbestand das Bild einer zusammenhanglosen Anführung von Tatsachen bieten würde. Verschieden von den Rechtsausführungen ist die Bezeichnung von Rechtsverhältnissen oder Rechtsgeschäften einfach-verständlicher Art (Eigentum, Kauf). Die Verwendung derartiger Rechtsbegriffe im Tatbestand ist unbedenklich, da ihre Anführung dem tatsächlichen Vorbringen im prozessualen Sinne (§ 331) zuzurechnen ist.

III. Entscheidungsgründe (Abs. 1 Ziff. 4). 1. **RG.** VI. R. **12** Nr. 3390. Verweisung auf die Gründe des Urteils eines Vorprozesses zwischen denselben Parteien über einen Teilbetrag des gleichen Anspruchs ist zulässig. Das Erfordernis ständiger, ausdrücklicher Wiederholung des bereits Gesagten wäre ein zweckloser Formalismus.

IV. Urteilsformel (Abs. 1 Ziff. 5). SeuffA. **67** 35 (Darmstadt). Bei Immissionsprozessen ist die Verurteilung regelmäßig nicht auf einzelne bestimmte Maßnahmen zu beschränken, sondern in allgemeiner Formulierung auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen oder Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhinderung solcher Einwirkungen zu richten (anders in der Zwangsvollstreckung).

V. Ausfertigung eines Versäumnisurteils in abgekürzter Form. (Abs. 3). *Förster-Kann I, 826 Note 4 b bb α. Die vom OLG. Bamberg, SeuffBl. **12** 43 versuchte Unterscheidung zwischen denjenigen Anlagen, die den Inhalt der Klageschrift ergänzen, und solchen, die nur der Mitteilung von Beweisurkunden dienen, ist unhaltbar. Alle Anlagen sind Teile der Klageschrift; sie dürfen daher bei der Ausfertigung des Urteils nicht etwa teilweise unterdrückt werden (vgl. Langenbach, JW. **10** 274).

§ 314. **RG.** IV. R. 12 Nr. 241. Die Parteien müssen den unberichtigt gebliebenen Tatbestand auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er in dem Urteil in den Abschnitt „Entscheidungsgründe" aufgenommen worden ist (**RG.** JW. **99** 536).

§ 315. I. Das Urteil erfordert eine einheitliche Urkunde. **RG.** IV. 29. 2. 12, JW. **12** 542, R. **12** Nr. 1335, RheinA. **109** 375, GruchotsBeitr. **56** 1056. Das Wort „Urteil" bedeutet hier, wie der Zusammenhang mit § 317 Abs. 2 ergibt, nicht die Entscheidung selbst, sondern die Urteilsniederschrift. Diese erfordert eine einheitliche Urkunde. Ist die Urschrift eines landgerichtlichen Urteils nur von den beiden Beisitzern, eine Abschrift von einem der Beisitzer und dem Vorsitzenden unterzeichnet, so ist eine Ergänzung der unter der einen Urkunde fehlenden Unterschrift durch Heranziehung der Unterschrift unter der anderen Urkunde unstatthaft. Die Ausfertigung eines solchen Urteils und folglich auch das gegen ein solches Urteil eingelegte Rechtsmittel sind daher unzulässig.

II. Unterschrift. 1. **RG.** IV. 29. 2. 12, JW. **12** 542, R. **12** Nr. 1335, RheinA. **109** 375, GruchotsBeitr. **56** 1056. Zur Unterschrift gehört die Wiedergabe des vollen bürgerlichen Namens durch entsprechende Schriftzeichen (**RG.** JW. **06** 573, **RG.** [Straff] **37** 81). Die Unterzeichnung mit dem Anfangsbuchstaben des Namens genügt nicht.

2. Im Verfahren vor dem GewG. *Förster-Kann I, 830 Note 2. Ist der Vorsitzende des GewG. am Unterschreiben verhindert, so wird seine Unterschrift nicht etwa durch die eines Beisitzers ersetzt. Vielmehr haben die Beisitzer richterliche Funktionen lediglich für die einzelne Sitzung, für welche sie bestellt worden sind. Ein solches Urteil ist daher nicht anders zu behandeln als das Urteil eines Einzelrichters. Eine Möglichkeit, die fehlende Unterschrift zu ersetzen, ist mithin nicht gegeben.

§ 319. I. Wann liegt eine „offenbare" Unrichtigkeit vor? 1. OLG. **25** 99 (KG.). Eine Unrichtigkeit ist dann keine „offenbare" im Sinne des § 319, wenn sie erst durch ein besonderes Beweisverfahren erkannt und aufgeklärt werden kann.

2. OLG. **25** 98 (BayObLG.). Eine offenbare Unrichtigkeit liegt vor, wenn das Gericht eine Entscheidung getroffen und an der zutreffenden Stelle begründet, aber aus einem Versehen in der Urteilsformel nicht ausgedrückt hat.

II. Berichtigung der Parteibezeichnung. 1. KGBl. **12** 88 (KG.). Die Berichtigung von Urteilen und Beschlüssen ist allgemein auch dann zuzulassen, wenn es sich um offenbare Versehen der Parteien handelt, so namentlich auch bei der Berichtigung falscher Parteibezeichnungen, sofern die Identität der bezeichneten mit der gemeinten Person zweifellos ist. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um eine erweiterte Anwendung des § 319, sondern um ein, in der Prozeßordnung nicht besonders geregeltes, das Verfahren betreffendes Gesuch. Gegen die Ablehnung einer derartigen Berichtigung findet daher trotz § 319 Abs. 3 die Beschwerde nach § 567 statt (vgl. OLG. **9** 103).

2. Ebenso KGBl. **12** 29 (LG. I Berlin). Die Berichtigung einer unrichtigen Schreibweise des Namens einer Partei in dem Urteil ist auch dann zulässig, wenn der Irrtum von der die Berichtigung nachsuchenden Prozeßpartei veranlaßt ist, sofern nur die Identität zweifellos ist.

3. Vgl. auch § 253 Nr. I 2.

III. Die Berichtigung ist auch in der Rechtsmittelinstanz zulässig. OLG. **25** 98, R. **12** Nr. 629 (BayObLG.). Offensichtliche Unrichtigkeiten sind auch in der Rechtsmittelinstanz und selbst vom Revisionsgerichte zu berichtigen (**RG.** **4** 210, **23** 399, JW. **91** 389).

IV. Einlegung eines Rechtsmittels zwecks Berichtigung. OLG. **25** 130 (BayObLG.). Auch in Fällen, in denen Abhilfe nach § 319 möglich

erscheint, ist es nicht unzulässig, das gleiche Ziel mittels eines Rechtsmittels zu verfolgen, wenn gleichzeitig dessen Voraussetzungen gegeben sind, also z. B. mit der Revision oder weiteren Beschwerde, wenn eine Gesetzesverletzung nach § 551 Ziff. 7 vorliegt.

V. Berichtigung eines Vergleichs. PosMSchr. **12** 103 (Posen). Die für Berichtigung von Schreibfehlern usw. in Urteilen geltende Vorschrift des § 319 kann auf gerichtliche Prozeßvergleiche nicht angewendet werden. Die Berichtigung ist nur durch einen von beiden Urkundspersonen zu unterschreibenden Protokollnachtrag zulässig.

VI. Abs. 3. 1. OLG. **25** 98, HansGZ. **12** Beibl. 36 (Hamburg). Die Bestimmung über die Unanfechtbarkeit bezieht sich nur auf die einen Berichtigungsantrag zurückweisenden Beschlüsse desjenigen Gerichts, dessen Urteil berichtigt werden soll. Dagegen ist die Beschwerde zulässig gegen den Beschluß, welcher die Berichtigung eines Urteils zurückweist, wenn er nicht von dem Gerichte, das sein Urteil selbst berichtigen soll, sondern im Gegensatze zu der von diesem beschlossenen Berichtigung von der Beschwerdeinstanz erlassen ist.

2. OLG. **25** 99 (KG.). Die Beschwerde gegen einen Berichtigungsbeschluß kann auch von einem im Prozesse bisher nicht beteiligten Dritten eingelegt werden, wenn sich die Berichtigung gegen ihn richtet. — Die Beschwerdefrist wird für den Dritten durch die Zustellung des Berichtigungsbeschlusses an die Prozeßparteien nicht in Lauf gesetzt.

§ 320. I. Berichtigung des Tatbestandes eines Berufungsurteils in der Revisionsinstanz. **RG.** VII 8. 10. 12, R. **12** Nr. 3228. Widersprüche im Tatbestande des Berufungsurteils können nicht mittels Berichtigungsbeschlusses des Revisionsgerichts beseitigt werden; letzteres hat sie vielmehr durch eigene Beurteilung der Sach- und Rechtslage zu lösen oder die Sache zurückzuverweisen.

II. Revisionsurteil. **RG.** VII. 8. 10. 12, R. **12** Nr. 3229. Da die Aufnahme eines Tatbestandes in das Revisionsurteil nicht vorgeschrieben ist, kommt eine Berichtigung des gleichwohl gegebenen Sachverhalts nicht in Betracht; vielmehr ist der Tatbestand des Berufungsurteils ohne weiteres maßgebend.

III. **RG.** VII. R. **12** Nr. 3230. Der Antrag auf Tatbestandsberichtigung ist erledigt, wenn inzwischen eine entsprechende Berichtigung nach § 319 ergangen ist.

IV. Abs. 2. Streitgenossen. RheinA. **109** 246, OLG. **25** 130 Anm. 1 (Cöln). Der Antragsteller, dem mehrere Streitgenossen gegenüberstehen, muß den Berichtigungsantrag allen unter Wahrung der Frist zustellen lassen. Der Antrag ist unzulässig, wenn er einigen Streitgenossen rechtzeitig, anderen nicht rechtzeitig zugestellt ist.

V. Im Verfahren vor dem GewG. *Förster-Kann I, 840 Note 3b. Im Gewerbegerichtsverfahren kann nur der Vorsitzende über den Antrag auf Tatbestandsberichtigung entscheiden, da er allein für den Tatbestand verantwortlich ist (§ 49 Abs. 2 GewGG.). Ist er verhindert, so ist demnach die Entscheidung nicht etwa von den Beisitzern zu treffen, sondern, wie im Falle der Behinderung eines Einzelrichters, überhaupt ausgeschlossen.

§ 321. Literatur: Katzenstein, Kann ein Urteil nach § 321 ergänzt werden, wenn das Gericht den Antrag des Beklagten auf Vollstreckungsnachlaß versehentlich übergangen hat? R. **12** 264—265. — Leyser, Kostenentscheidung im Arrestbefehl und in der durch Beschluß ergehenden einstweiligen Verfügung, BuschZ. **43** 31—37.

I. § 321 gilt nur für Urteile. 1. HessRspr. **13** 49 (Darmstadt). Das Verfahren des § 321 gilt nur für die Ergänzung von Urteilen. Die Ergänzung von Beschlüssen kann dagegen grundsätzlich nur im Wege der Beschwerde herbeigeführt werden.

2. OLG. 25 126 (KG.). Die Ergänzung von Beschlüssen im Kostenpunkte kann nicht im Wege des § 321, sondern nur im Wege der Beschwerde erreicht werden.

3. Leyser, BuschsZ. 43 37. Auf den Antrag, den Arrestbefehl oder die einstweilige Verfügung durch eine Entscheidung über die Kosten zu ergänzen, finden die Vorschriften des § 321 keine entsprechende Anwendung. Der Antrag ist ohne Fristbeschränkung zulässig, da die Sache nicht anders liegt, als wenn ein Teil des Arrest- oder Verfügungsanspruchs übergangen wäre.

II. Übergehung des Antrags des Beklagten auf Vollstreckungsnachlaß. 1. DJZ. 12 102 (KG. XVI.). Wegen des im Urteil übergangenen Antrags auf Bewilligung des Vollstreckungsnachlasses gegen Sicherheitsleistung ist eine Urteilsergänzung nicht statthaft, weil dieser Antrag weder zu den Haupt- noch zu den Nebenansprüchen im Sinne des § 321 gehört (vgl. JDR. 10 Nr. b). Dagegen DJZ. 12 102 (KG. XIII.).

2. Katzenstein, R. 12 264 f. Der Zweck des formellen Rechtes, die Durchsetzung des materiellen Rechtes zu sichern, und der Ausschluß der Ersatzpflicht bei Irrtum im Urteile (§ 839 Abs. 2 BGB.) fordern angesichts der Tragweite der durch die Novelle geschaffenen Vorschriften der §§ 708 Ziff. 7, 717 Abs. 3, 719 Abs. 2 die analoge Ausdehnung des § 716 bei Übergehung des Antrags des Beklagten auf Vollstreckungsnachlaß.

3. *Förster-Kann I, 842 Note 1 b cc. Hat das Gericht den Antrag des Beklagten, ihm gemäß § 713 Abs. 2 ZPO. Abwendung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung nachzulassen, übergangen, so ist die Ergänzung des Urteils entsprechend § 716 zulässig. Andernfalls müßte man in einem Falle, in welchem sowohl der Antrag des Klägers auf vorläufige Vollstreckbarkeit wie der des Beklagten auf Abwendung der Vollstreckung übergangen worden ist, zu dem Ergebnisse gelangen, daß zwar auf Antrag des Klägers das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, der Antrag des Beklagten, dagegen ihm nun auch Vollstreckungsnachlaß zu gewähren, abzuweisen ist.

III. Einlegung eines Rechtsmittels zwecks Ergänzung. **RG.** II. JW. 12 78, R. 12 Nr. 105, LeipzZ. 12 231, WarnE. 12 147, SächsRpflA. 12 77. Wird dem Beklagten entgegen der Vorschrift des § 540 die Geltendmachung einer Gegenforderung oder eines zurückgewiesenen Verteidigungsmittels nicht vorbehalten, so ist er nicht darauf beschränkt, die Ergänzung des Urteils gemäß § 321 zu beantragen, sondern er darf die Abänderung des Urteils auch mittels der Revision nachsuchen, wenn sonst deren Voraussetzungen vorliegen. Denn das Recht des Verurteilten auf den Vorbehalt ist nicht ein Haupt- oder Nebenanspruch im Sinne des § 321; es gehört vielmehr zu den Verteidigungsmitteln des Beklagten, insofern es bestimmt ist den Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig zu erhalten und hierdurch dem Beklagten die Geltendmachung seiner Einwendung zu ermöglichen.

§ 322. Literatur: Ehrenberg, Handelsregistergericht und Prozeßgericht. — Prüfungspflicht und Prüfungsrecht des Registergerichts. JheringsJ. **61** 423—492. — Joseph, Die Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Entscheidungen des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich bei Erteilung des Erbscheins, JheringsJ. **61** 197—228. — Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (FischersAbh. Heft 25). München 1912.

I. Allgemeines zur Rechtskraft. 1. Rechtskraftfähigkeit. a) *Heim 55 ff., 104 ff. Der Rechtskraft fähig sind nicht bloß die Urteile über den eingeklagten Privatrechtsanspruch, sondern auch die Endurteile, die über eine materielle oder prozessuale Vorfrage entscheiden, z. B. die klagabweisenden Urteile, die das Feststellungsinteresse, die Sachlegitimation einer Partei, die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts verneinen. Die Vorschriften der §§ 322

Abs. 1 und 2 stehen dieser Annahme keineswegs entgegen. b) Über nichtige Urteile s. vor § 578.

2. Materielle und prozessuale Rechtskrafttheorie. *Heim 127 ff., 249 ff. Die übliche Formulierung der Urteilswirkung nach der materiellen Rechtskrafttheorie ist mangelhaft, da sie auf der Vorstellung einer relativen Urteilswirkung unter den Parteien beruht (119 ff., 199 ff.). Auch die von Pagenstecher vorgeschlagene ist zu verwerfen. Gegenstand der Urteilsfeststellung ist stets das geltend gemachte Recht, nicht lediglich „die zwischen den Parteien hinsichtlich dieses Rechtes bestehenden Beziehungen" (124 ff., 140 f.). Die für die materiell-rechtliche Wirkung des Urteils beigebrachten Gründe sind nicht durchschlagend (127, 172). Ebensowenig sind diejenigen durchweg überzeugend, die zugunsten der prozessualen Theorie mitunter angeführt werden (172, 192). Doch kann an der Richtigkeit dieser Lehre kaum ein Zweifel bestehen. Der Prozeßzweck geht nicht auf absolute Wahrheitserforschung, sondern auf Schaffung von Rechtsgewißheit zur Wahrung des Rechtsfriedens unter den Parteien. Daher wirkt das Urteil grundsätzlich auch nur Rechtskraft unter ihnen. Dritte stehen ihm grundsätzlich gleichgültig gegenüber; ihre materielle Rechtslage wird durch dasselbe weder verbessert noch verschlechtert. Diese aus den allgemeinen Prinzipien, die den Prozeß beherrschen, hergeleitete Folgerung wird durch einen der Vorschrift des § 68 zugrunde liegenden Prozeßrechtssatz bestätigt und dadurch außer Zweifel gestellt. Vgl. § 68 Nr. 1.

3. Publizistische Natur der Rechtskraftwirkung. *Heim, 255 ff., 278 ff. Durch die Rechtskraft werden in Ansehung der Rechtsverhältnisse, über die entschieden wurde, publizistische Rechtsbeziehungen begründet, die diesen Rechtsverhältnissen bald angepaßt sind und dann eine besondere Kräftigung derselben darstellen, bald sich mit ihnen kreuzen, in Widerspruch zu ihnen treten und ihnen dadurch die Möglichkeit erfolgreicher Geltendmachung nehmen (255 f.). Die Parteien haben gegen die Gerichte als Staatsorgane ein Recht auf Berücksichtigung der Rechtskraft (256 ff.). Die Einrede der Rechtskraft ist ein publizistisches Einrederecht (263 ff.). Trotz der Verschiedenartigkeit der beteiligten Interessen hat die Wirkung der Rechtskraft stets dieselbe Intensität; sie ist nicht bald stärker, bald schwächer, je nach der Art des konkreten Interesses. Das öffentliche Interesse an der Rechtskraft erfordert die absolute Wirkung derselben. Durch Parteivereinbarung kann die Feststellungswirkung grundsätzlich nicht angetastet, sondern — infolge einer Verfügung über den Streitgegenstand — höchstens gegenstandslos gemacht werden.

4. Der Anspruch muß „erhoben" gewesen sein. **RG.** III. 19. 12. 11, R. **12** Nr. 461. Sind in erster Instanz neben der Hauptsumme Zinsen gefordert, ist aber dann in der Berufungsinstanz der Klagantrag auf die Hauptforderung beschränkt worden, so ist der Ausspruch des formell rechtskräftig gewordenen Berufungsurteils, welcher die Zinsen aberkennt, der materiellen Rechtskraft nicht fähig. Der Zinsenanspruch war in der Berufungsinstanz nicht mehr „erhoben".

5. Es muß ferner über ihn „erkannt" worden sein. **RG.** VI. 15. 4. 12, **79** 230, JW. **12** 755, R. **12** Nr. 1658. Der Einwand der Rechtskraft ist nicht schon dann begründet, wenn ein Anspruch im Vorprozeß erhoben war, sondern nur dann, wenn er aberkannt ist (vgl. **RG. 73** 219). Ist eine Ehefrau mit ihrer Klage auf Schadensersatz wegen eines Unfalls lediglich mit der Begründung abgewiesen worden, daß durch eine Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit nicht sie, sondern nur ihr Ehemann einen Schaden erlitten habe, so ist damit, auch wenn das Klagebegehren in dem umfassenden Sinne des Ersatzes jedes nur denkbaren Schadens verstanden werden konnte, doch nur über den der Ehefrau während ihrer Ehe erwachsenen und noch erwachsenden Schaden befunden. Die Rechtskraft dieses Urteils steht daher einem neuen Rentenbegehren der Ehefrau nach dem Tode ihres Mannes für die Zeit nach dem Tode nicht entgegen.

6. Leistungs- und Feststellungsklage sind nicht verschiedene Ansprüche. OLG. 25 100 (Celle). Ist in dem Vorprozeß, in dem auf Feststellung geklagt wurde, daß der Beklagte eine bestimmte zum Schadensersatze verpflichtende Handlung begangen habe, mangels Beweises der klagbegründenden Tatsachen die Klage abgewiesen, so steht einer späteren auf dieselben Klagegründe gestützten Klage auf Leistung des Schadensersatzes die Einrede der Rechtskraft entgegen.

7. Umfang der Rechtskraft eines unter der Herrschaft der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung ergangenen Urteils. **RG.** IV. 29. 4. 12, R. 12 354. Der Umfang der Rechtskraft ist nach altem Rechte zu beurteilen. Nach § 38 I. 13 AGO. kommt zwar an sich nur dem Tenor Rechtskraft zu. Aber ein Zurückgehen auf die Entscheidungsgründe zur Erläuterung des Inhalts der Entscheidung ist zulässig.

II. Bedeutung und Grenzen der Rechtskraft im einzelnen. 1. Wandelungs- und Minderungsanspruch. **RG.** V. JDR. **10** Nr. II 3 jetzt auch SeuffA. **67** 91.

2. Minderungsanspruch und Anspruch wegen arglistiger Täuschung. **RG.** II. 14. 11. 11, LeipzZ. **12** 231, WarnE. **12** 147, SächsRpflA. **12** 77, JW. **12** 78, R. **12** Nr. 2078. Die rechtskräftige Abweisung eines Preisminderungsanspruchs steht der Geltendmachung etwaiger Rechte wegen arglistiger Täuschung auf Grund desselben Sachverhalts in einem späteren Prozesse nicht entgegen.

3. Anfechtbarkeit und ursprüngliche Nichtigkeit. OLG. **25** 102, BreslauAK. **12** 14 (Breslau). Die rechtskräftige Abweisung der Feststellungsklage, daß der Kauf durch Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Irrtums aufgehoben sei, steht der Geltendmachung der Nichtigkeit des Kaufvertrags wegen Formmangels in dem von dem Verkäufer auf Erfüllung des Kaufvertrags angestrengten Rechtsstreite nicht entgegen.

4. Verurteilung einer Stadtgemeinde zur Einleitung des Enteignungsverfahrens auf Grund der §§ 13 Nr. 1, 14 FluchtlinienG. a) **RG.** VII. 27. 2. 12, **78** 425, GruchotsBeitr. **56** 1148, R. **12** 271, JW. **12** 593. Ist eine Stadtgemeinde gemäß §§ 13 Nr. 1, 14 FluchtlinienG. vom 2. Juli 1875 rechtskräftig für verpflichtet erklärt worden, wegen bestimmter Parzellen das Enteignungsverfahren einzuleiten, weil sie die Abtretung der Fläche für den öffentlichen Verkehr verlangt hatte, so kann sie in dem die Entschädigungssumme betreffenden Verfahren nicht mehr geltend machen, daß die enteignete Fläche von jeher dem öffentlichen Verkehre gedient habe. Die Entschädigungspflicht ist in dem Vorprozesse dem Grunde nach rechtskräftig festgestellt. Daraus folgt, daß dieser Grund in dem die Ermittlung des Betrags der Entschädigung betreffenden Verfahren nicht wieder in Zweifel gezogen werden darf; über ihn ist gemäß § 322 mit bindender Wirkung für den gegenwärtigen Prozeß entschieden. b) Ebenso **RG.** VII. 18. 6. 12, R. **12** 443.

5. Anspruch auf Vertragsstrafe. OLG. **25** 100 (Braunschweig). Wird mit der neuen Klage die Zahlung einer Vertragsstrafe auf Grund einer anderen Bestimmung einer Geschäftsordnung verlangt als mit der früheren rechtskräftig abgewiesenen Klage, so greift der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht durch.

6. Feststellung der Pfändbarkeit einer Sache. SeuffA. **67** 296 (Jena). Ist die bestrittene Pfändbarkeit gepfändeter Sachen im Klagewege rechtskräftig festgestellt, so ist das Bestreiten der Pfändbarkeit im Beschwerdeverfahren des § 766 nicht mehr zulässig, wenngleich der Klageweg prozessual unzulässig (war vgl. **RG.** **40** 367, **66** 234).

7. Erneuerung der abgewiesenen Scheidungsklage. Die in einer rechtskräftig abgewiesenen Scheidungsklage geltend gemachten Eheverfehlungen können in einer neuen Scheidungsklage wieder verwertet werden. **RG.** IV. JDR. **10** Nr. I 5 jetzt auch SeuffA. **67** 42.

8. Rechtskraft des Scheidungsurteils gegenüber einem Ausländer. **RG.** IV. GruchotsBeitr. **56** 1017, PosMSchr. **12** 58. Ein vor dem Inkrafttreten des BGB. ergangenes inländisches rechtskräftiges Urteil, das die Ehe eines Ausländers scheidet, bleibt gegenüber einer neuen Ehe des Ausländers wirksam, auch wenn die Scheidung nach den Gesetzen des Staates, dem der Ausländer angehört, unzulässig war.

9. Umfang der Rechtskraft eines Kostenurteils, das in den Gründen auf die Hauptsache eingeht. **RG.** IV. 20. 6. 12, BayRpflZ. **12** 398. Die Rechtskraft erstreckt sich nur auf die Kostenentscheidung. Allerdings ist in dem Vorprozesse behufs Entscheidung des Kostenpunkts geprüft, wie damals die Hauptsache zu entscheiden gewesen wäre. Die zu diesem Zwecke getroffenen Feststellungen bewirken jedoch keine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Hauptsache.

10. Negative Feststellungsklage. a) **RG.** V. WarnE. **12** 314. Das RG. hat zwar seit **RG. 29** 90 in ständiger Rechtsprechung daran festgehalten, daß das Urteil, das eine auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtete Klage aus sachlichen Gründen abweist, zugleich eine der Rechtskraft fähige Feststellung des betreffenden Rechtsverhältnisses enthält. Indes anerkannten Rechtens ist es auch, daß die Entscheidungsgründe, wenngleich sie selbst nicht in Rechtskraft übergehen, zur Klarstellung des Inhalts und der Tragweite der Entscheidung herangezogen werden können und müssen (vgl. **RG. 47** 370, **50** 383, **52** 327). b) **RG.** VI. 29. 2. 12, **78** 389, R. **12** Nr. 1215. Die Rechtskraft des Abweisungsurteils auf eine negative Feststellungsklage bedeutet die positive Feststellung des Rechtes des Gegners, das mit der negativen Feststellungsklage bekämpft wurde (vgl. **RG. 29** 347, **50** 416, **74** 122, WarnE. **10** Nr. 254, 417, JW. **10** 710, **11** 50, 657). Die negative Feststellungsklage erhält ihren rechtlichen Inhalt und Charakter durch die damit bekämpften Ansprüche der Gegenseite; sie bleibt dieselbe auch beim Wechsel der tatsächlichen Behauptungen, aus denen sich das Nichtbestehen des Rechtes ergeben soll. Wie der positiven Feststellungs- oder der Leistungsklage alle Einreden entgegengesetzt werden können und müssen, wenn sie nicht durch die Rechtskraft des den Anspruch zusprechenden Urteils verloren gehen sollen, so können und müssen auch alle zur Begründung der negativen Feststellungsklage dienenden Angriffe gegen den bekämpften Anspruch vorgebracht werden, wenn sie nicht bei Unzulänglichkeit des wirklich Vorgebrachten durch den Eintritt der Rechtskraft des abweisenden Urteils vernichtet sein sollen (vgl. **RG. 72** 143). c) **RG.** III. 15. 3. 12, R. **12** Nr. 1336. Für den Umfang der Rechtskraft eines Urteils über eine negative Feststellungswiderklage ist in erster Linie maßgebend, nicht, was der Kläger zur Begründung der Leistungsklage angeführt hat, sondern wie der Beklagte die Anführungen des Klägers aufgefaßt und seinen Widerklagantrag begründet hat.

11. Rechtskraftwirkung gegenüber anderen Behörden, insbesondere gegenüber dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit. a) *Heim 236 ff. Das rechtskräftige Zivilurteil bindet grundsätzlich nur die Prozeßgerichte, nicht den Staat als solchen. Wo nicht die Prozeßgerichte über das im Zivilprozesse festgestellte Rechtsverhältnis zu entscheiden haben, sondern andere richterliche Behörden, deren Entscheidungen nach Möglichkeit der materiellen Wahrheit entsprechen sollen, die daher an Parteierklärungen nicht gebunden sind, sondern von Amts wegen die zur Feststellung der erheblichen Tatsachen

erforderlichen Ermittelungen anzustellen und die nötigen Beweise zu erheben haben, kann das Zivilurteil nicht unbedingt maßgebend sein, obwohl es allein die streitige Rechtsbeziehung mit Wirkung für die Parteien endgültig feststellen kann, obwohl die andere richterliche Behörde darüber nur inzidenter zu entscheiden vermag. Das geltende Recht enthält denn auch im § 261 eine Bestimmung, die die hier vertretene Meinung bestätigt; sie ist ein Niederschlag der oben dargelegten allgemeinen Regel. Eine Ausnahme greift für diejenigen Urteile Platz, die absolute Rechtskraft wirken, wie die Entscheidungen gemäß §§ 629, 643. Das ihnen vorausgehende Verfahren ist mit Garantien ausgerüstet, durch die eine der Wirklichkeit entsprechende Feststellung nach Möglichkeit verbürgt wird. Sind die Entscheidungen der Zivilgerichte für den Staat auch nicht schlechterdings bindend, so haben sie doch grundsätzlich Beachtung zu finden. **b)** *Förster-Kann I, 854 Note 7b. Die Rechtskraft eines Zivilurteils bindet nicht nur jedes andere Gericht, sondern auch jede andere Behörde, von welcher nach Eintritt der Rechtskraft eadem quaestio inter easdem personas zu entscheiden ist. Spielt sich das Verfahren vor der anderen Behörde nicht in Form eines Konflikts zwischen mehreren Interessenten, sondern zwischen der Behörde und einem Beteiligten ab, so fehlt es an dem Erfordernisse der „eaedem personae“, für Rechtskraftwirkung ist mithin kein Raum. Aus diesem Grund ist z. B. der Registerrichter im Ordnungsstrafverfahren gemäß §§ 132 ff. FGG. nicht an die rechtskräftigen Entscheidungen gebunden, welche das Prozeßgericht über die maßgebenden Rechtsverhältnisse getroffen hat. Dagegen ist bindend die prozeßrichterliche Entscheidung, welche unter den an einem Erbscheinverfahren oder an einer Erbauseinandersetzung Beteiligten getroffen worden ist. Desgleichen bindet den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Entscheidung des Prozeßrichters, welche die Beteiligten erwirkt haben, nachdem er sie selbst einer gesetzlichen Bestimmung gemäß auf den Prozeßweg verwiesen hatte (vgl. §§ 95, 127 FGG., § 66 PStG.). — Entsprechende Grundsätze gelten im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden. — Im Strafverfahren ist das Gericht bei der Entscheidung über den Anspruch auf Buße an die Erkenntnis des Zivilrichters, der die Entstehung eines Schadens rechtskräftig verneint hat, gebunden. **c)** Joseph, JheringsJ. **61** 197 ff. Die Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit können nicht bindende Wirkung haben für das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und eine Erstreckung der Vorschrift des § 322 auf die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist unzulässig. Das gilt besonders für das Verfahren des Nachlaßgerichts bei Erteilung des Erbscheins. Das Urteil des Prozeßgerichts, durch das ein Erbrecht als vorhanden festgestellt wird, enthält nur das Gebot an die unterlegene Partei, das Erbrecht des Obsiegenden nicht mehr zu bestreiten, nicht aber eine allgemeine Feststellung wirklicher Erbberechtigung und kann sonach grundsätzlich für das Nachlaßgericht nicht bindend sein. Das gilt besonders, wenn das Urteil im Erbrechtsfeststellungsprozeß auf Grund eines Anerkenntnisses oder einer Versäumnis ergangen ist. Macht das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen Gebrauch von dem ihm ausnahmsweise zustehenden Rechte, die Beteiligten auf den Prozeßweg zu verweisen (§ 127 FGG., § 66 Abs. 2 PStG.), so erklärt es hiermit, die selbständige Entscheidung des streitigen Sachverhalts ablehnen zu wollen, und in diesem Falle ist es an das von den Beteiligten erwirkte Urteil des Prozeßgerichts schlechthin gebunden. Ebensowenig steht ihm, wo für seine Tätigkeit nicht die vom Prozeßgerichte getroffenen Feststellungen, sondern nur der entscheidende Teil des Urteils in Betracht kommt (so wenn auf Grund des Urteils eine Eintragung im Grundbuch erfolgen soll), die Prüfung der Richtigkeit des Urteils zu. Urteile, die nach ausdrücklicher Vorschrift oder nach ihrem Inhalte für und gegen alle wirken (§§ 629, 643 ZPO., §§ 1468, 2344 BGB.), sind in allen familien- und vermögensrechtlichen Verhältnissen als bindend zu behandeln, also auch vom Nachlaßgerichte bei Erteilung des Erbscheins. Auch im übrigen wird aber das Gericht der freiwilligen

Gerichtsbarkeit, da nach den Anforderungen eines geordneten Rechtsverkehrs widersprechende Entscheidungen der Rechtspflegebehörden tunlichst zu vermeiden sind, die Feststellungen des Prozeßgerichts als die richtigen annehmen und nur ausnahmsweise von ihnen abweichen. **d)** Ehrenberg, JheringsJ. **61** 441—484, bespricht die Bedeutung einer Entscheidung des Prozeßgerichts für das Handelsregistergericht und gelangt zu dem Ergebnisse, daß der Prozeßentscheidung bindende Wirkung für das Registergericht auch abgesehen von dem Falle des § 16 Abs. 2 HGB. und von sog. rechtsgestaltenden Urteilen zukommt, soweit sie die Feststellung eines für die Eintragung oder Löschung bedeutungsvollen Umstandes zum Inhalte hat und zwischen denselben Parteien ergangen ist, zwischen denen auch die Registersache schwebt. **e)** PosMSchr. **12** 40 (KG.). Eine etwaige Gebundenheit des Erbscheinrichters an ein rechtskräftiges Urteil über das Erbrecht darf man jedenfalls nicht soweit ausdehnen, daß ein zwischen einzelnen Erbprätendenten über die Person des Erben ergangenes Urteil auch gegen sämtliche nicht am Prozesse beteiligte Erbprätendenten Geltung erlangte. Denn das rechtskräftige Urteil im Erbschaftsprozesse wirkt nur zwischen den Parteien (§ 2359 BGB.).

III. Abs. 2. Materielle Rechtskraft eines Urteils, das bei Aufrechnung die Klagabweisungstheorie anwendet. PosMSchr. **12** 46 (Königsberg). Der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache ist auch dann zuzulassen, wenn der erste Richter es dahingestellt läßt, ob dem Kläger überhaupt eine Forderung zustehe, und die Klage deshalb abweist, weil ihr eine gleich hohe Gegenforderung gegenüberstehe (vgl. **RG. 42** 362).

IV. Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. 1. Theoretische Begründung. **a)** *Heim 281 ff. Der vom RG. aufgestellte Satz, daß die Rechtskraft da zessieren müsse, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem, was nicht Recht, den Stempel des Rechtes zu geben, erscheint als eine Einzelanwendung des allgemeinen Rechtsgedankens, daß derjenige sich auf eine ihm günstige Rechtsfolge nicht berufen könne, der sie durch eine von der Rechtsordnung mißbilligte Verwirklichung ihres Tatbestandes auf unredliche Art herbeigeführt habe. Wenn dieses Prinzip auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes unzweifelhaft Geltung beansprucht, so kann auf Grund desselben jedenfalls die Wirksamkeit prozessualer Entscheidungen, vor allem aber die des Endurteils nicht in Frage gestellt werden. Da auch alle anderen Konstruktionsversuche versagen, ist die vom RG. für zulässig erklärte Durchbrechung der Rechtskraft nichts anderes als eine Durchbrechung des Gesetzes, die jedoch im Verhältnisse zum bisherigen Rechtszustand — unbeschadet der theoretischen Bedenken gegen eine eigenmächtige Gesetzesverbesserung — als Fortschritt zu begrüßen ist. **b)** *Förster-Kann I, 853 Note 6 b. Der Rechtssatz, daß die Rechtskraft eines in sittenwidriger Weise erschlichenen Urteils „zessiert", ist nicht aus § 826 BGB. abzuleiten. Vielmehr ist er auf gewohnheitsrechtliche Anerkennung zurückzuführen. Die Tragweite des Rechtssatzes erschöpft sich nicht in den beiden in der Praxis des RG. entwickelten Folgerungen, daß der Beklagte die Vollstreckung des erschlichenen Urteils abwenden und, wenn bereits vollstreckt worden ist, Schadensersatz fordern kann. Vielmehr wird man annehmen müssen, daß der Richter an ein solches Urteil nicht gebunden ist und es daher selbst dann nicht zu berücksichtigen hat, wenn von seiten der Partei keine Einwendungen gegen dasselbe erhoben werden.

2. Arglistige Herbeiführung einer rechtskräftigen Entscheidung durch Erwirkung einer öffentlichen Zustellung wider besseres Wissen. **RG.** VI. 29. 2. 12, **78** 389, R. **12** Nr. 1174. Die Wirkungen der Rechtskraft eines Urteils müssen aufhören, wo diese Rechtskraft bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, einem Unrechte den Schein des Rechtes zu verleihen, insbesondere wo der Gläubiger des rechtskräftigen Urteils

dieses hinter dem Rücken des Schuldners in Kenntnis des tatsächlichen oder rechtlichen Nichtbestehens seiner Forderung durch eine öffentliche Zustellung der Klage und Ladung erlangt hatte, von der er voraussetzt, daß sie den Gegner nicht erreichen würde, während er wußte, wo dieser sich aufhielt oder daß er durch einen Bevollmächtigten vertreten war. Daß der Rechtsstreit und das in ihm ergehende Urteil nicht den Charakter von zwischen den Parteien geschlossenen Rechtsgeschäften haben, im Prozesse vielmehr Anträge an eine staatliche Behörde, das Gericht, gestellt werden und durch das Urteil ein maßgebender Ausspruch dieser staatlichen Behörde erlassen wird, ist für die Frage, ob die illoyale Erwirkung eines Urteils eine zum Schadensersatze verpflichtende Handlung wider die guten Sitten nach § 826 BGB. darstellt und, wenn dies der Fall ist, der Gläubiger gezwungen werden kann, auf die Geltendmachung der Rechte aus dem Urteile zu verzichten, nicht von Bedeutung. Durch die Schadensersatzklage wird nicht der Bestand des Urteils an sich in Frage gestellt, sondern nur eine Ausgleichung des durch die unerlaubte Handlung verursachten, in den Wirkungen des Urteils sich äußernden Schadens herbeigeführt (vgl. **RG. 75** 213, JW. **12** 37, R. **11** Nr. 1304, 1305, 1306 u. 3908).

3. Zulässigkeit der Klage trotz des Vorhandenseins von Rechtsbehelfen zur Beseitigung des Urteils selbst. **RG.** VI. 1./29. 2. 12, **78** 389, R. **12** Nr. 1174. Liegt in der Erwirkung eines rechtskräftig gewordenen Urteils an sich der Tatbestand des § 826 BGB., so ist die Schadensersatzklage daraus auch dann zuzulassen, wenn das Urteil selbst noch durch Anwendung prozessualer Rechtsbehelfe, wie durch Wiederaufnahme des Verfahrens nach den §§ 578 ff. oder durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist gegen das Versäumnisurteil nach § 233 Abs. 2 zu beseitigen gewesen wäre. Gegenüber der Arglist dessen, der das frühere Urteil erschlichen hat, kann auch das an sich in der Versäumung des Rechtsbehelfes liegende mitwirkende Verschulden des Beschädigten (§ 254 BGB.) nicht in Betracht kommen.

4. Anwendung des Grundsatzes auf rechtskräftige Ehescheidungsurteile. **RG.** IV. 30. 10. 11, WarnE. **12** 27, GruchotsBeitr. **56** 593, JW. **12** 37, PosMSchr. **12** 32. Das RG. hält unter Ablehnung der in der Literatur vertretenen gegenteiligen Ansicht daran fest (vgl. JDR. **10** Nr. IV 3), daß derjenige, welcher ein sachlich unrichtiges Urteil oder die Rechtskraft dieses Urteils arglistig (in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise) erwirkt hat und dieses Urteil für sich ausnutzt, damit eine ihn zum Schadensersatze verpflichtende unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB. begeht. Durch die Rechtskraft wird dieser Anspruch nicht ausgeschlossen. Das rechtskräftige Urteil bleibt als solches bestehen und wird nur in seinen Wirkungen dadurch abgeschwächt, daß der Partei die unlautere Ausnutzung des Urteils aus materiell-rechtlichen Gründen verwehrt ist. Die Anwendung des Grundsatzes auf Ehescheidungsurteile hat zur Folge, daß das Urteil mit seiner den Familienstand verändernden Wirkung vollständig in Kraft bleibt, dagegen der durch Begründung oder Einbüßung des Unterhaltsanspruchs entstandene vermögensrechtliche Schaden beseitigt werden kann.

§ 323. Literatur: Elvers, Die nachträgliche Erhöhung der Unterhaltsrenten für uneheliche Kinder, DRZ. **12** 407—410. — Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (FischersAbh. Heft 25). München 1912. — Oertmann, Zur Lehre von der Abänderungsklage, ACivPr. **109** 265—320. — Reerink, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Verwandten und Ehegatten nach dem deutschen Rechte, GruchotsBeitr. **56** 709—757.

I. Wesentliche Änderung der Verhältnisse. 1. Steigerung der Lebensmittelpreise. **RG.** VI. 18. 5. 12, R. **12** Nr. 2079. Von einer wesentlichen Änderung der für eine Rentenbemessung maßgeblich gewesenen Verhältnisse kann nicht schon deshalb die Rede sein, weil die Preise der

Lebensmittel seit dem Jahre 1903 gestiegen sind und die gesamte Lebenshaltung sich dementsprechend verteuert hat. Das war als ein sicher eintretendes Ergebnis der Entwickelung des heutigen Verkehrslebens und als Folge des ständig sinkenden Geldwerts vorauszusehen und mitzuveranschlagen. Anders, wenn die Verhältnisse sich wider Erwarten und Erfahrung (durch hereinbrechende Naturereignisse oder politische und soziale Umwälzungen) in einer so außergewöhnlichen Weise verändert hätten, daß die dadurch hervorgerufene Verteuerung des Lebensunterhalts in keiner Weise vorausgesehen und mitveranschlagt werden konnte.

2. Insbesondere bei Unterhaltsklagen. a) Elvers, DRZ. **12** 407 ff. Die Klage aus § 323 ist bei Verurteilung zur Zahlung der Unterhaltsrente aus § 1710 BGB. im Falle einer nachträglichen Änderung der Lebensstellung der Mutter oder einer nachträglichen Verteuerung des gesamten Lebensbedarfes oder der Kosten der Erziehung gegeben. Im übrigen ist die Zulässigkeit einer Nachforderung auch abgesehen von den Voraussetzungen des § 323 wünschenswert. b) *Reerink, GruchotsBeitr. **56** 731 ff. Voraussetzung ist eine nachträgliche Veränderung der für die festgestellte Verpflichtung maßgebenden Verhältnisse, d. i. eine Änderung in der Lebenslage des Berechtigten oder des Verpflichteten, oder in den Beziehungen beider zueinander, durch welche eine Änderung der Unterhaltspflicht vermittelt wird; Tatsachen, welche unmittelbar auf die Unterhaltspflicht einwirkend deren Fortfall zur Folge haben, wie z. B. der Tod des Berechtigten oder die Änderung der Gesetzgebung, können mit der Abänderungsklage nicht geltend gemacht werden (Abweich. **RG.** JW. **00** 431).

3. OLG. **25** 102 (Naumburg). Die Tatsache, daß der Rentenberechtigte entgegen der Annahme der die Rente bis zum 65. Lebensjahre zusprechenden Entscheidung über dieses Alter hinaus erwerbsfähig geblieben ist, ist als eine „wesentliche Änderung der Verhältnisse" im Sinne des § 323 anzusehen.

4. Abänderung infolge eines später eingetretenen Unfalls. **RG.** VI. JDR. **10** Nr. 1 jetzt auch EisenbE. **28** 230.

5. Ist § 323 auf den Fall anwendbar, daß eine Beamtin, der wegen Dienstunfähigkeit eine Rente zugesprochen ist, sich nachträglich verheiratet hat und aus diesem Grunde aus dem Amte hätte scheiden müssen? **RG.** VI. 29. 2. 12, JW. **12** 594, R. **12** Nr. 1304. Die Anwendbarkeit ist an sich nicht ausgeschlossen. Tritt nach einem Unfall und unabhängig von ihm ein Umstand ein, der denselben Schaden ganz oder teilweise verursacht haben würde, so fällt insoweit die Schadensersatzforderung aus dem Unfall in der Regel weg. Es ist aber Sache des Klägers, nachzuweisen, daß die Heirat in keinem ursächlichen Zusammenhange mit dem Unfalle steht, und insbesondere die Vermutung zu widerlegen, daß die Beamtin ohne den Unfall vielleicht nicht zur Ehe geschritten wäre, sondern es vorgezogen hätte, in ihrem mit auskömmlichem Gehalt ausgestatteten und eine spätere Altersversorgung gewährleistenden Berufe zu verbleiben.

6. Wiedervereinigung getrenntlebender Ehegatten nach Erlaß eines Unterhaltsurteils aus § 1361 BGB. R. **12** Nr. 3396 (Braunschweig). Ein Urteil, das einem getrennt lebenden Ehegatten eine Unterhaltsrente nach § 1361 BGB. zugesprochen hat, ist im Falle der Wiedervereinigung der Ehegatten aufzuheben, auch wenn die Ehegatten sich später von neuem getrennt haben. Mit dem Wegfalle seiner Voraussetzung verliert das Urteil dauernd die Kraft, Quelle für die Erzeugung von Rentenansprüchen zu sein. Neue Ereignisse, die in der veränderten Sachlage wiederum eine Änderung hervorgerufen haben, können nur als Grundlage für einen neuen Anspruch in Betracht kommen.

7. **RG.** VII. R. **12** Nr. 2080. Ist für die durch einen Unfall eingetretene Erwerbsunfähigkeit eine Schadensersatzpflicht festgestellt, so können mitwirkende Ur-

sachen, die von vornherein neben dem Unfalle für die Erwerbsunfähigkeit bestanden haben, auch wenn sie bei der Rentenfestsetzung nicht mitberücksichtigt worden sind, zur Begründung des Anspruchs auf Minderung der Rente nicht verwertet werden.

8. **RG.** VI. R. **12** Nr. 1216. Der Verletzte braucht sich mangels besonderen Abkommens nicht wahllos der Untersuchung durch einen beliebigen Arzt zu unterziehen, den ihm der Rentenpflichtige wegen Vermutung einer Besserung schickt.

II. Die Vorschrift ist nur auf Urteile anwendbar. 1. *Reerink, GruchotsBeitr. **56** 731 ff. Die Abänderungsklage ist nur gegen Urteile, welche eine Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts für die Zukunft auf Grund der gesetzlichen Unterhaltspflicht aussprechen, gegeben; die Änderung eines Vergleichs oder einer vollstreckbaren Urkunde kann mit ihr nicht herbeigeführt werden.

2. BreslauAK. **12** 33 (LG. I Berlin). § 323 bezieht sich nur auf Urteilsansprüche, nicht auf die vergleichsweise erfolgte Feststellung der Pflicht zu wiederkehrenden Leistungen.

III. Herausgabe des früheren Urteils. R. **12** Nr. 3397 (Braunschweig). Wird das frühere Urteil wegen veränderter Verhältnisse aufgehoben, so kann Herausgabe der von ihm erteilten vollstreckbaren Ausfertigung verlangt werden. Es ist dies ein Ausfluß des allgemeinen Prinzips, das in den §§ 757 ZPO., 371 BGB. für den Fall der Befriedigung des Gläubigers zum Ausdrucke gelangt ist.

IV. Rechtliche Natur der Änderungsklage. § 323 und § 767. 1. Oertmann, AZivPr. **109** 290 ff. Das nach § 323 der Abänderung zugängliche Rentenurteil ist hinsichtlich des Betrags der Rente konstitutiven („bestimmenden") Charakters. Für eine Konkurrenz zwischen § 323 und § 767 ist daher kein Raum. Die Vollstreckungsgegenklage will nur die Vollstreckbarkeit des alten Urteils beseitigen; die Abänderungsklage geht auf seine inhaltliche Änderung und damit des dadurch in seiner Höhe bestimmten Anspruchs. — Gegenüber rechtskräftigen, auf Abweisung lautenden Urteilen, in denen nicht sowohl der Grund der Ersatzpflicht verneint, als vielmehr der Umfang des zu ersetzenden Schadens auf Null angenommen ist, findet auf Grund veränderter, auf ein anderes Abschätzungsergebnis hinführender Umstände eine Klage aus § 323 nicht statt. Sie ist überflüssig, weil der abgewiesene Kläger unter diesen Voraussetzungen seine Klage nach allgemeinen Grundsätzen wiederholen kann. Die neue Klage ist daher auch nicht den Beschränkungen des § 323, insbesondere derjenigen des Abs. 3 unterworfen. — § 323 ist auf Fälle, wo dem Geschädigten statt der Rente eine einmalige Kapitalabfindung zugesprochen war, nicht anwendbar, auch nicht zum Zwecke der Umwandlung der Kapitalabfindung in eine Rente. Dagegen stehen der umgekehrten Umwandlungsart, statt der bisherigen Rente fortan eine Kapitalabfindung, grundsätzliche Bedenken nicht entgegen. — Die Abänderungsklage ist schon vor Rechtskraft des abzuändernden Urteils zulässig. Die Einrede der Rechtshängigkeit greift nicht durch, weil mit der Abänderungsklage nicht das alte Klagebegehren wiederholt, sondern ein neues, auf Abänderung beschränktes, geltend gemacht wird. Indessen empfiehlt sich zum mindesten eine Aussetzung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses. — Die Abänderungsklage kann wiederholt angestrengt werden. — Für die Abänderungsklage gelten die gewöhnlichen Gerichtsstände. Die insbesondere von Hellwig verteidigte ausschließliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts erster Instanz des Vorprozesses ist abzulehnen. — Das Urteil im Abänderungsprozesse wirkt rechtsgestaltend. § 323 Abs. 3 enthält eine erweiternde Ausnahme von diesem Grundsatze.

2. *Heim 158 ff. Die Vorschrift des § 323 lehnt sich zwar an den allgemeinen, dem § 767 zugrunde liegenden Satz an, daß die Entscheidung sich nur auf die Rechtslage bezieht, die zur Zeit der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vorlag. Sie erscheint aber trotzdem als eine Durchbrechung der Rechtskraftgrundsätze, die ihre

Grundlage in der unrichtigen Berechnung zukünftiger Verhältnisse hat. Findet eine Änderung in den maßgebenden Lebensverhältnissen statt, so können aus ihr keine Einwendungen erhoben werden, wenn sie im Urteile vorgesehen war und die entsprechende Berücksichtigung gefunden hatte. Hat der Richter dagegen mit einer gewissen Änderung gerechnet und auf dieser Grundlage das Urteil erlassen, so kann gemäß § 323 Abänderung der Entscheidung verlangt werden, falls sie wider Erwarten nicht eintritt. Tatsachen, die den Anspruch zum Erlöschen bringen oder seine gegenwärtige Realisierung auch nur hindern, sind nicht nach § 323, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen geltend zu machen.

§ 324. 1. Knoke, JheringsJ. **61** 407 f. Die Vorschrift findet auch im Falle der Schuldübernahme Anwendung.

2. *Förster-Kann I, 864 Note 2 a. Die Klage aus § 324 dient, wenn der Antrag auf Sicherheitsleistung im Vorprozesse aus tatsächlichen Erwägungen ganz oder teilweise aberkannt worden war, ähnlich wie die Klage aus § 323 dazu, die wirkliche Gestaltung der Verhältnisse gegenüber den dem früheren Urteile zugrunde liegenden unrichtigen Annahmen zur Geltung zu bringen. Ist die Abweisung des Antrags aus Rechtsgründen erfolgt, so würde der Kläger, da sich das Urteil nur auf den Sachverhalt am Schlusse der mündlichen Verhandlung bezieht, an sich in der Lage sein, nachträglich eingetretene Tatsachen zum Gegenstand der Sicherheitsklage zu machen. Diese Befugnis beschränkt § 324, indem er das abermalige Sicherheitsverlangen nur wegen erheblicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beklagten zuläßt. War endlich im Vorprozesse ein Antrag auf Sicherheitsleistung überhaupt noch nicht gestellt worden, so macht § 324 die nach materiellem Rechte zweifellos an sich zulässige Nachholung der Sicherheitsklage ebenfalls von einer erheblichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beklagten abhängig.

§ 325. Literatur: Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils (Fischers Abh. Heft 25). München 1912. — Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, JheringsJ. **61** 407—466.

I. Allgemeines. *Heim, 205 ff., 193 ff. Die Frage, ob die in § 325 geregelten Ausnahmefälle der Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte lediglich vom Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit oder Billigkeit beherrscht werden, oder ob ihnen juristisch faßbare, bestimmt umgrenzte Prinzipien zugrunde liegen, die einen Analogieschluß auf gleich gelagerte, aber im Gesetze nicht vorgesehene Fälle gestatten, ist nach dem heutigen Stande der Wissenschaft im ersteren Sinne zu beantworten. Insbesondere ist die Rechtskrafterstreckung auf Dritte nicht nach der materiellen Verfügungsmacht der Parteien zu bemessen. Ebensowenig läßt sich sagen, daß die Wirkung des Urteils im allgemeinen alle dritten Personen ergreife, deren Rechtsbeziehungen von dem im Urteile festgestellten Rechtsverhältnisse der Parteien abhängig sind. Schließlich ist auch das von Mendelssohn-Bartholdy aufgestellte Prinzip, daß sich die Rechtskraft überall da äußere, wo zwischen den Parteien geltendes Recht, das unter den Parteien rechtskräftig entschieden worden sei, im Laufe eines späteren Prozesses in Frage komme, zurückzuweisen. — Gleichwohl bestehen gewisse Reflexwirkungen für Dritte, die, je nachdem man der prozessualen oder der materiellen Rechtskrafttheorie folgt, von geringerem oder größerem Umfange sind. Nach der prozessualen Theorie gehören zu ihnen bloß diejenigen Fälle, in denen das Urteil kraft Gesetzes oder kraft Vereinbarung ohne Rücksicht auf die rechtliche Bedeutung der typischen Urteilswirkungen für die Parteien die Voraussetzung für den Eintritt bestimmter Rechtsfolgen in der Person Dritter bildet, während der materiellen Theorie zufolge unter den Begriff der Reflexwirkungen auch diejenigen Fälle fallen, in denen das Urteil lediglich infolge der Wirkungen, die es für die Person der einen Partei hat, Dritten gegenüber Bedeutung gewinnt. — Wo im Verhältnisse zu Dritten weder eine Rechtskraftwirkung, noch die Wirkung der §§ 68, 74 Abs. 3, noch eine Reflex-

wirkung Platz greift, wird das ergangene Urteil dennoch vielfach berücksichtigt, wenn zwischen der entschiedenen und der zu entscheidenden Sache ein rechtlicher Zusammenhang besteht (Beweiswirkung des Urteils). Dabei ist nicht daran gedacht, daß das Gericht in beiden Sachen lediglich derselben Rechtsauffassung folgt, was eine Erscheinung für sich ist. Vielmehr steht der Fall in Frage, daß der zweite Richter die frühere Entscheidung als solche oder deren tatsächliche Feststellungen seiner Beurteilung zugrunde legt, indem er von ihrer Richtigkeit ausgeht. Das Urteil bildet hier ein Beweismittel, und es unterliegt als solches der freien Beweiswürdigung. — Der Begriff der Beweiswirkung ist um so eher begründet, als das Gesetz gewissen Personen, die besonders Gefahr laufen, infolge derselben beeinträchtigt zu werden, das Recht zur Nebenintervention verliehen hat. Die Dritten, von denen im § 72 die Rede ist, sind natürlich solche Personen, die in ihrem zu erwartenden Prozesse der Beweiswirkung ausgesetzt sind. Daher läßt sich auch bei der Klassifizierung der Rechtslagen, die ein Interventionsinteresse begründen, von der Beweiswirkung des Urteils auf den Dritten nicht absehen.

II. Rechtsnachfolger. 1. WürttJ. **24** 152, R. **12** Nr. 2693. (Stuttgart). Die Hypothekenbestellung ist zwar Neugründung eines Rechtes, aber doch eine Abzweigung aus dem Stammrecht, aus dem Eigentum an der Sache, und der Erwerber des Rechtes ist daher Rechtsnachfolger des Eigentümers im Sinne des § 325.

2. Knoke, JheringsJ. **61** 407 ff. Der Sondernachfolger in die Schuld ist nicht Rechtsnachfolger des Urschuldners.

III. Abs. 2. Was ist unter der „entsprechenden" Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu verstehen? 1. **RG.** V. 30. 3. 12, **79** 765, JW. **12** 695, R. **12** Nr. 1659. Die „entsprechende" Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, besteht nicht darin, daß in bezug auf die Urteilswirkung nur die Kenntnis von der Rechtshängigkeit (oder, wo das bürgerliche Recht die Kenntnis und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis einander gleichstellt, vielleicht auch eine solche Unkenntnis von der Rechtshängigkeit) maßgebend ist, sondern darin, daß in bezug auf die Urteilswirkung die Kenntnis von der Rechtshängigkeit der Kenntnis von dem Rechtsmangel gleichsteht, daß also das Urteil gegen denjenigen Rechtsnachfolger der unterliegenden Partei nicht wirkt, der zur Zeit seines Erwerbes weder deren Rechtsmangel noch die Rechtshängigkeit kannte (oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte).

2. WürttJ. **24** 152 (Stuttgart). Der gute Glaube und damit die Anwendbarkeit des Abs 2 ist ausgeschlossen, wenn der Rechtsnachfolger zur Zeit des Erwerbes des Rechtes Kenntnis von der Rechtshängigkeit hatte.

3. Ebenso **RG.** V. 10. 7. 12, WarnE. **12** 428, R. **12** Nr. 2969. Der Erwerber einer Hypothek kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen, wenn er beim Erwerbe von dem Rechtsstreit über die hypothekarisch gesicherte Forderung wußte; denn die Kenntnis der Rechtshängigkeit steht der Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuches gleich.

4. Rechtskraftwirkung gegenüber dem Nacherben. *Förster-Kann I, 874 Note 3. Ist nur teilweise zugunsten des Vorerben erkannt worden, so erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils insoweit auf den Nacherben, als das Urteil ihm günstig ist. Ist z. B. eine Vermächtnisforderung durch Urteil gegen den Vorerben gemäß §§ 2156, 315 BGB. auf 1000 festgesetzt worden, so kann der Nacherbe von Neuem Festsetzung auf einen geringeren Betrag begehren. Soweit dagegen der Vermächtnisnehmer mehr als 1000 von ihm verlangt, steht ihm die Rechtskraft des in dem Prozesse mit dem Vorerben ergangenen Urteils zur Seite. War der Vorerbe zur Zahlung Zug um Zug verurteilt worden, so wirkt das Urteil

insofern zugunsten des Nacherben, als feststeht, daß er — wenn überhaupt — so doch nur Zug um Zug zu leisten hat. Die Meinung Hellwigs, Rechtskraft 233, der in solchem Falle dem Nacherben die Wahl läßt, das Urteil entweder im vollen Umfang anzuerkennen oder auf die Herleitung von Rechten aus demselben zu verzichten, bedeutet eine bedenkliche Annäherung an die Theorie vom „Rechte am Urteile".

§ 328. Literatur: Dietz, Vollstreckung deutscher Urteile in der Schweiz. BadRpr. **12**, 215—216. — Kiese, Vollstreckbarkeit deutscher Urteile in Österreich, WürttRpflZ. **12** 179 ff. — Lebrecht, Die gegenseitige Vollstreckbarkeit von Notariatsurkunden zwischen dem deutschen Reiche und Österreich, R. **12** 345—347. — Oberneck, Die Freizügigkeit der Notariatsurkunde in Österreich und Deutschland, DJZ. **12** 1105—1109.

I. Abs. 1 Ziff. 1. Zuständigkeit. **RG.** I. 28. 10. 11. R. **12** Nr. 1909, JW. **12** 79, BayRpflZ. **12** 21. Die Zuständigkeit der ausländischen Gerichte kann nicht schon deshalb kraft Parteiwillens als ausgeschlossen erachtet werden, weil die Anwendung des deutschen Rechtes vereinbart, diese aber nach dem Rechte des ausländischen Gerichts verboten ist.

II. Abs. 1 Ziff. 2. Der Nichtzustellung steht die zu späte Zustellung gleich. BadRpr. **12** 127 Karlsruhe). Dem Falle, daß der den Prozeß einleitende Akt dem Bekl. nicht zugestellt wurde, muß nach Sinn und Zweck des Gesetzes der Fall gleichgestellt werden, daß zwar dieser Akt gültig zugestellt wurde, daß aber dem Bekl. die Einlassung auf den Prozeß deshalb unmöglich war, weil das ausländische Gericht ihn erledigt hat, bevor der Bekl. überhaupt in der Lage war, die zur Wahrnehmung seiner Interessen notwendigen gerichtlichen Schritte zu unternehmen. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn einem in Heidelberg wohnenden, der polnischen Sprache nicht mächtigen Deutschen ein in polnischer Sprache abgefaßter Wechselzahlungsauftrag eines galizischen Kreisgerichts mit der Aufforderung zugestellt wird, entweder den Wechselbetrag innerhalb 3 Tagen zu bezahlen oder innerhalb derselben Frist seine Einwendungen bei Gericht vorzubringen.

III. Abs. 1 Ziff. 4. **RG.** I. 28. 10. 11, WarnE. **12** 50, JW. **12** 79, MSchutzu. Wettbew. **12** 384, R. **12** Nr. 1920. § 16 des österreichischen Urheberrechtsgesetzes verstößt nicht gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes. Er hat mit seinem Zwecke, Autoren vor den vorher oft nicht zu übersehenden ungünstigen Folgen langfristiger Verlagsverträge über zukünftige Werke zu bewahren, eine sozialpolitische Tendenz, die den deutschen Gesetzen nicht fremd ist, und obwohl sie in dieser Weise darin keinen Ausdruck gefunden hat, doch keineswegs mit den Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens in Widerspruch tritt.

IV. Abs. 1 Ziff. 5. Verbürgung der Gegenseitigkeit. 1. Begriff der Gegenseitigkeit. OLG. **25** **103** (KG.). Für die „Gegenseitigkeit" ist in erster Linie erforderlich, daß die deutschen Urteile im Ausland in wesentlich demselben Umfang als bindend anerkannt werden, wie dies bezüglich der ausländischen Urteile im Deutschen Reiche der Fall ist (**RG. 70** 437). Es ist aber weiter erforderlich, daß die in einem ausländischen Staate etwa an sich zugelassene Erklärung der Vollstreckbarkeit von Urteilen „ausländischer" Gerichte in bezug auf die deutschen Urteile auch tatsächlich auf Verlangen des obsiegenden Klägers erfolgt, und zwar unter Bedingungen, die im wesentlichen dieselben, besonders nicht erheblich schwerer sind, als sie in Deutschland für ausländische Urteile bestehen (**RG. 48** 378).

2. Österreich. a) *Kiese, Ein gegen eine in Österreich domizilierte Firma auf Grund der üblichen Vereinbarung „Zahlungs- und Erfüllungsort X." in X. in Deutschland erwirktes Urteil ist in Österreich nicht vollstreckbar, wenn nicht etwa auf Grund der österreichischen Jurisdiktionsnorm irgendein deutsches Gericht (beispielsweise wegen Vermögensbesitzes) zuständig war. In Österreich ist vielmehr zur Begründung der Klageberechtigung an einem bestimmten (Erfüllungs-) Ort auch die ausdrückliche diesbezügliche Vereinbarung, unter Kaufleuten der entsprechende Fakturenvermerk erforderlich. Es empfiehlt sich daher für Geschäfte nach

Österreich der Vermerk: Zahlungs- und Erfüllungs- und Klageort X. b) Oberneck, DJZ. 12 1105 ff., befürwortet den Abschluß eines Staatsvertrags zwischen dem Deutschen Reiche und Österreich, auf Grund dessen die beiderseitigen vollstreckbaren Notariatsurkunden in beiden Ländern zur unmittelbaren Vollstreckung zugelassen werden und eventuell die vollstreckbare Notariatsurkunde in beiden Ländern dem ausländischen Gerichtsurteile gleichgestellt wird. c) In ähnlichem Sinne äußert sich Lebrecht, R. 12 345 ff.

3. Verbürgung der Gegenseitigkeit zwischen Baden und Frankreich. Badisch-französischer Rechtshilfevertrag vom 16. 4. 1846. BadRpr. 12 97 (Karlsruhe). Der Rechtshilfevertrag ist — ungeachtet der Regelung der Vollstreckungswirkung ausländischer Urteile im Deutschen Reiche durch die ZPO. — für die badischen Gerichte auch jetzt noch jedenfalls insoweit maßgeblich, als dadurch zwischen Baden und Frankreich die Gegenseitigkeit verbürgt ist, selbst wenn man annimmt, daß für das formale Verfahren, in dem die Vollstreckbarkeit französischer Urteile in Baden herbeizuführen ist, an Stelle des Art. 3 des Rechtshilfevertrags nunmehr lediglich die Vorschriften der §§ 722, 723 und 328 ZPO getreten seien.

4. Rumänien. OLG. 25 103 (GK.). Für rumänische Urteile kann mangels eines Staatsvertrags und einer gerichtlichen Praxis hinsichtlich der Vollstreckbarkeit deutscher Urteile in Rumänien eine „Gegenseitigkeit" nicht als verbürgt angesehen werden.

5. Schweiz. a) Dietz, BadRpr. 12 215. Mangels eines besonderen Übereinkommens ist zwischen dem Deutschen Reiche und dem Kanton Sankt Gallen die Gegenseitigkeit nicht verbürgt. b) BadRpr. 12 263 (Karlsruhe). Zwischen dem Deutschen Reiche und dem Kanton Basel-Stadt ist die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen.

V. Judikatsklage und § 328. OLG. 25 104, HansGZ. 12 Beibl. 134 (Hamburg). Die Judikatsklage auf Grund eines ausländischen Urteils ist nur innerhalb der Grenzen des § 328 gegeben.

§ 329. *Förster-Kann I, 899 Note 3 e. Beschlüsse, welche nicht zu verkünden sind, werden nicht erst mit der Zustellung, andererseits aber auch nicht schon durch das bloße Niederschreiben und Unterzeichnen, sondern dadurch perfekt, daß sich der Richter des Beschlusses entäußert. Die Entäußerung geschieht regelmäßig dadurch, daß der Richter den Beschluß dem Gerichtsschreiber, der mit der Zustellung des Beschlusses betraut ist, übergibt.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§ 330. SchlHolstAnz. 12 143 (Kiel). Durch Zustellung der Klage an eine darin nicht bezeichnete Person wird für diese die Rechtshängigkeit nicht begründet. Die Mangelhaftigkeit der Klagezustellung ist als geheilt anzusehen, wenn der richtige Beklagte sich auf die Klage stellt und verhandelt. Sein Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils kann nicht wegen fehlenden Nachweises der Klagezustellung abgelehnt werden.

§ 332. Versäumnisurteil gegen die im Beweisaufnahmetermine vor dem Prozeßgericht nicht erschienene Partei im Falle unvollständiger Erledigung der Beweisaufnahme vgl. § 370.

§ 335. 1. Ziff. 1. KGBl. 12 115 (LG. I Berlin). Der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils darf nicht zurückgewiesen werden, weil von der klagenden Firma abgelehnt worden ist, die Personen ihrer Inhaber anzugeben. Die allgemeine Fassung des § 17 Abs. 2 HGB. hat zur Folge, daß in der Klage überhaupt nur die Firma angegeben zu werden braucht, mag es sich um einen Einzelkaufmann

oder um eine Handelsgesellschaft handeln (so Staub [6/7] Anm. 2 zu § 17 HGB., Gaupp-Stein ZPO. Anm. III zu § 50). In der Regel hat daher auch der Richter bei Erlaß des Urteils weder das Recht noch die Pflicht, die Aufdeckung der wahren Inhaberschaft zu fordern (**RG. JW. 00** 551).

2. Ziff. 3. *Förster-Kann I, 915 Note 2 c dd. Ist ein Mahnverfahren vorhergegangen, so ersetzt die Zustellung des Zahlungsbefehls die Zustellung einer förmlichen Klageschrift. Soweit daher im Zahlungsbefehl die Behauptungen des Klägers wiedergegeben worden sind, ist dem Erfordernis des § 335 Nr. 3 Genüge geschehen.

§ 340. OLG. **25** 105 (KG.). Die Einspruchsschrift muß im Anwaltsprozesse wie alle vorbereitenden Schriftsätze selbst die Unterschrift des Anwalts tragen. Die Unterschrift wird nicht durch den Beglaubigungsvermerk des Anwalts in einer gleichzeitig miteingereichten Abschrift ersetzt.

§ 342. **RG.** I. 10. 7. 12, R. **12** Nr. 3121, JW. **12** 916, WarnE. **12** 503. Die Wirkung der Zurückversetzung des Prozesses in die frühere Lage tritt schon mit der Einlegung des Einspruchs und nicht erst mit dem Ausspruche des Gerichts, daß er ordnungsmäßig eingelegt sei, ein (**RG.** GruchotsBeitr. **45** 1130, JW. **09** 419.)

§ 344. 1. OLG. **25** 106 (Hamburg). Wenn die prozeßrechtlichen Voraussetzuugen für den Erlaß eines Versäumnisurteils gegeben waren, so hat die säumige Partei, ohne Rücksicht darauf, ob der Klagantrag sachlich berechtigt war oder nicht, die Kosten zu tragen. — Hieran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Bureauvorsteher des Anwalts des Klägers dem Beklagten vor dem Termin auf Befragen erklärt hat, er brauche sich nicht vertreten zu lassen. Der Bureauvorsteher ist nicht ohne weiteres ermächtigt, derartige Erklärungen mit verbindlicher Kraft für die Partei abzugeben.

2. *Förster-Kann I, 924 Note 2 a. Ein Versäumnisurteil ist nicht in gesetzlicher Weise ergangen, wenn gegen irgendeine Rechtsnorm (§ 12 EGZPO.), sei es eine solche des Prozeßrechts oder des materiellen Rechtes, verstoßen worden ist. Ob den Richter ein Verschulden trifft, ist unerheblich. Auch wenn das Gericht ein Versäumnisurteil erlassen hat, ohne zu wissen, daß der Rechtsstreit unterbrochen war, ist das Versäumnisurteil nicht in gesetzlicher Weise ergangen.

§ 346. KGBl. **12** 130 (KG.). Die ausdrückliche Beschränkung des Einspruchs in der Einspruchsschrift auf einen Teil des Streitgegenstandes enthält den Verzicht auf einen Rechtsbehelf gegen den Rest der Klageforderung. Anders liegt der Fall, daß der Beklagte den Einspruch unbeschränkt eingelegt, dagegen einen beschränkten Antrag angekündigt hat. Im letzteren Falle ist eine Erweiterung des Antrags in der mündlichen Verhandlung zulässig.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

Vor § 355. Literatur: Marcus, Zur prozeßrechtlichen Differenzierung der Schiedsrichter- und der Arbitratorenklausel, R. **12** 92—93.

Marcus, R. **12** 92. Die Arbitratorenklausel ist ein besonderer Beweisvertrag, durch den andere Beweise ausgeschlossen werden. Bei Nichtvorlegung des Schiedsgutachtens ist auf Antrag nach § 356 zu verfahren.

§ 355. Literatur: Laubhardt, Unmittelbare Beweisaufnahme, JW. **12** 216—219.

*Laubhardt, JW. **12** 216 ff. Zur Erzielung richtiger, gerechter, schneller Entscheidungen ist es dringend erforderlich, nur in dringenden Notfällen von der unmittelbaren Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht Abstand zu nehmen. Der Zeitaufwand durch die Beweisaufnahme vor dem Kollegium darf niemals den Grund für die Beweisaufnahme durch den ersuchten oder beauftragten Richter ab-

geben; diese verursacht oft noch besonderen Zeitverlust durch den Vortrag des Beweisergebnisses, durch Wiederholungen unklarer oder unvollständiger Vernehmungen. Die Anwälte müssen eifriger auf unmittelbare Beweisaufnahme hinwirken. Abs. 2 des § 355 muß aufgehoben und sofortige Beschwerde zugelassen werden.

§ 356. **RG.** VI. R. **12** Nr. 3486. Eine Partei kann nicht Aussetzung des Verfahrens oder eine Fristbestimmung zu dem Zwecke verlangen, um tatsächliches Material zur Stellung neuer Beweisanträge zu gewinnen.

§ 357. I. Hat ein Verstoß gegen die Parteiöffentlichkeit bei der Eidesabnahme die prozessuale Unwirksamkeit der Eidesleistung zur Folge? 1. Verneint von BadRpr. **12** 139 (Karlsruhe) im Anschluß an **RG.** II. 7. 3. 11., JDR. **10** Nr. a.

2. **RG.** II. 7. 3. 11, JDR. **10** Nr. a jetzt auch SeuffA. **67** 40.

II. 1. **RG.** WarnE. **12** 412. Der von einem Sachverständigen zu seiner Information und zur Vorbereitung des Gutachtens anberaumte Termin ist kein Termin zur Beweisaufnahme im Sinne des § 357, dem beizuwohnen die Partei das Recht hätte. 2. Dagegen *Förster-Kann I, 1011 Nr. 2 vor § 402. Die Parteien haben entsprechend § 357 ein Recht, zu den von einem Sachverständigen zur Vorbereitung seines Gutachtens veranstalteten Vernehmungen und Besichtigungen zugezogen zu werden.

§ 363. *Förster-Kann I, 945 Note 3 a ee. Gemäß Art. 14 II des Haager Prozeßabkommens hat der ersuchte Richter grundsätzlich die in den Gesetzen seines Staates vorgeschriebenen Formen zur Anwendung zu bringen. Dahin gehören die über die Besetzung des Gerichts, insbesondere die über die Ausschließung und Befangenheit des Richters. Eine ausländische Beweisaufnahme ist daher selbst dann wirksam, wenn sie von einem Richter vorgenommen worden ist, der nach deutschem Rechte von der Amtsausübung ausgeschlossen gewesen wäre. Dagegen kann der Benutzung einer im Ausland unter Ausschluß einer Partei geschehenen Beweisaufnahme selbst dann widersprochen werden, wenn das Verfahren nach ausländischem Rechte zulässig war Die im § 357 gewährleistete Parteiöffentlichkeit gilt auch für die Beweisaufnahme vor dem ausländischen Richter.

§ 368. Literatur: Fuchs, Zur Auslegung der §§ 465—467 ZPO., SeuffBl. **12** 403—407, 443—456.

Fuchs, SeuffBl. **12** 443 ff. Bleibt in dem zur Leistung eines Eides bestimmten Termine der Schwurpflichtige aus und stellt der Gegner nicht den Verwirkungsantrag aus § 465, so ist nach § 368 zu verfahren. Die Vorschrift des § 368 hat nur zur Voraussetzung, daß ein neuer Termin zur Beweisaufnahme erforderlich wird. Dieser wird erforderlich, wenn die Beweisaufnahme nicht erledigt wird. Erledigt aber ist sie nicht, solange der Eid nicht geleistet, ausdrücklich verweigert oder erlassen ist oder der Beweisbeschluß vom Gerichte zurückgenommen oder auf die Eideszuschiebung von dem Zuschiebenden zulässigerweise verzichtet wird. Sie wird es vielmehr erst mit der Stellung des Verwirkungsantrags aus § 465.

§ 370. Literatur: Meyer, Versäumnisurteil gegen eine nicht erschienene Partei vor Erledigung der Hauptsache, R. **12** 221—226.

Versäumnisurteil gegen die im Termine zur Beweisaufnahme nicht erschienene Partei. 1. SchlHolstAnz. **12** 27 (LG. Kiel). Der § 370 findet seine Ergänzung und Erläuterung durch den Grundgedanken des zunächst nur auf kommissarische Vernehmungen anwendbaren § 367, wonach die Beweisaufnahme nur so weit durchzuführen ist, wie es gerade in diesem Termine möglich ist, aber erst die Unmöglichkeit einer Vertagung des Beweisaufnahmetermins Raum für eine Terminsversäumnis schafft.

2. *Meyer, R. **12** 221 ff. Ist beschlossen, eine Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte stattfinden zu lassen, so ist der Termin mit Notwendigkeit zugleich Verhand-

lungstermin. Ist im Termin eine Partei nicht erschienen, so ist ein beantragtes Versäumnisurteil aber nach § 367 erst zulässig, nachdem die erschienenen Zeugen und Sachverständigen vernommen sind. Daß der Beweisbeschluß noch nicht erledigt ist, steht im übrigen dem Erlaß eines Versäumnisurteils nicht im Wege. Dasselbe ist (beim Vorliegen der Voraussetzungen) zu erlassen. Aber auch die Vernehmung der anwesenden Zeugen und Sachverständigen ist zu unterlassen, wenn die Partei, welche sich auf sie berufen hat, auf sie verzichtet. Der Ansetzung eines anderen Termins zur Fortsetzung der Beweisaufnahmen (§ 368) bedarf es nur, wenn kein Versäumnisurteil beantragt wird.

3. Vgl. auch § 501 Nr. II 2 u. 3.

Sechster Titel. Beweis durch Augenschein.

§ 372. *Förster-Kann I, 956 Note 3. Die örtliche Besichtigung braucht von einem Beteiligten, welcher an sich der richterlichen Zwangsgewalt unterworfen ist (vgl. das zu § 219 Bemerkte), nicht geduldet zu werden, wenn sie zu einem Eingriff in seine Geheimsphäre führen würde. Der von Kohler, Forschungen 84 vorgeschlagene Ausweg, eine derartige Besichtigung unter Ausschluß aller Beteiligter, insbesondere des Gegners, stattfinden zu lassen, ist mit Rücksicht auf die durch § 357 gewährleistete Parteiöffentlichkeit ungangbar.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

§ 373. I. Bestimmte Bezeichnung von Tatsachen. 1. Entlastungsbeweis aus § 831 BGB. **RG.** VI. WarnE. **12** 424, R. **12** Nr. 2668. Die Antretung des Entlastungsbeweises aus § 831 BGB. durch Benennung von Zeugen dafür, daß ein Fuhrknecht sich während seiner Dienstzeit stets als tüchtiger und gewissenhafter Fuhrmann bewährt habe, entbehrt nicht einer genügend bestimmten tatsächlichen Unterlage. Das, was die Zeugen bekunden sollen, läuft auch keineswegs lediglich auf ein Gutachten hinaus; die Zeugen sollen vielmehr auf Grund ihrer eigenen tatsächlichen Beobachtungen von der bisherigen Diensttätigkeit des Knechtes dessen Zuverlässigkeit bestätigen — eine Tatsache, über die die Zeugen, wie dies in den Verhältnissen liegt, sich nicht auslassen können, ohne sich eine sachkundige Vorstellung von den Fähigkeiten des Knechtes zu bilden (vgl. **RG. 70** 379).

2. Eigentumserwerb. **RG.** VII. R. **12** Nr. 3120. Zulässige Antretung eines Zeugenbeweises für Erwerb des Eigentums durch den Ehemann, wenn die Zeugen darüber benannt sind, daß der Ehemann für sich gekauft, daß er die Sachen bezahlt und daß die Ehefrau sie für ihren Mann in Besitz genommen habe. Die Behauptungen sind genügend bestimmt und tatsächlich.

3. **RG.** VI. R. **12** Nr. 2081. Die Antretung eines Zeugenbeweises darüber, ob der Beklagte den Zeugen soviel schuldig war, wie er, oder soviel wie der Kläger behauptet, ist zulässig. Die Zeugen sollen kein Urteil über rechtliche Verhältnisse abgeben, sondern über tatsächliche Vorgänge berichten.

4. **RG.** VI. R. **12** Nr. 2082. Die Behauptung, daß zwei Personen Geschäfte „fragwürdiger Art“ miteinander gemacht hätten, ist so allgemein gehalten, daß das OLG. sie mit Recht schon aus diesem Grunde für unbeachtlich erklären durfte.

5. **RG.** IV. R. **12** Nr. 2970. Bei Benennung eines Zeugen, der nur vom Hörensagen Wissenschaft haben kann, ist auf Erfordern vom Beweisführer auch die Wissensquelle anzugeben.

II. Wer kann Zeuge sein? 1. Magistratsmitglieder. **RG.** III. 11. 1. 12, R. **12** Nr. 905, BayRpflZ. **12** 177. Auch die vor Gericht nicht als gesetzliche Vertreter der Gemeinde auftretenden Mitglieder eines (bayerischen) Stadtmagistrats sind zeugnisunfähig.

2. Herbeiführung der Entlassung aus der Stellung als gesetzlicher Vertreter zwecks Ermöglichung der Ver-

nehmung als Zeuge. HessRspr. **13** 81 (Darmstadt). Der Vormund einer Partei, der seine Entlassung aus dem Amte herbeigeführt hat, um in dem Rechtsstreit als Zeuge auftreten zu können, aber beabsichtigt, das Amt demnächst von neuem zu übernehmen, kann die Rechtsstellung eines Zeugen nicht einnehmen. Es ist unzulässig, aus der Stellung des gesetzlichen Vertreters nur vorübergehend zur Erreichung des bezeichneten Zweckes, also nur zum Schein, auszuscheiden.

III. Verwertung von Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises. S. hierüber § 286 Nr. II 4 b.

§ 374. **RG.** IV. R. **12** Nr. 1524. Aus der Tatsache der nicht rechtzeitigen Benennung eines Zeugen folgt noch nicht ohne weiteres die Absicht der Prozeßverschleppung. Dies um so weniger, wenn die Ermittelung des Zeugen nach Angabe der Partei mit großen Schwierigkeiten verbunden war.

§ 379. **RG.** I. 10. 7. 12, R. **12** Nr. 3121, JW. **12** 916, WarnE. **12** 505. Ist die Zeugenvernehmung wegen verspäteter Vorschußzahlung unterblieben und darauf Versäumnisurteil gegen den Beweisführer ergangen, so ist nach Einlegung des Einspruchs, ohne daß es eines förmlichen Antrags bedarf, die Vernehmung von Amtswegen in die Wege zu leiten, auch wenn die Einspruchsförmlichkeiten noch nicht geprüft sind.

§ 381. 1. OLG. **25** 107, R. **12** Nr. 3122 (KG.). Den Parteien steht ein Beschwerderecht gegen eine die Bestrafung eines Zeugen aufhebende Entscheidung nicht zu.

2. *Förster-Kann I, 976 Note 3. Werden die gegen einen Zeugen getroffenen Anordnungen, nachdem der Zeuge sich genügend entschuldigt hat, wieder aufgehoben, so sind ihm auch die Zinsen des zu Unrecht beigetriebenen Betrags aus der Staatskasse zu erstatten, desgleichen die zweckentsprechend aufgewendeten Kosten der Glaubhaftmachung.

Vor § 383. Literatur: Eichbaum, Zeugnispflicht des Haftpflichtversicherers, LeipzZ. **12** 446—449.

*Eichbaum, LeipzZ. **12** 446 f. Die Zeugnisverweigerungsgründe kommen, soweit es ihrer Natur nach möglich ist, auch juristischen Personen zustatten. Wird das Organ einer juristischen Person als Zeuge über Dinge benannt, mit denen es nur in dieser seiner Eigenschaft bekannt geworden sein kann, so ist seine Zeugnispflicht nach den Interessen des Verbandes zu bemessen (in Betracht kommen §§ 383 Ziff. 5, 384 Ziff. 1 bis 3 und 385 Ziff. 4).

§ 383. I. Abs. 1 Ziff. 4. *Förster-Kann I, 980 Note 2 d. Geistlicher im Sinne der Ziff. 4 ist jeder Religionsdiener einer Glaubensgemeinschaft, selbst ein solcher, der, ohne die nach dem maßgebenden Staats- oder Kirchenrecht erforderlichen Voraussetzungen erfüllt zu haben, als Geistlicher amtiert. Im Gegensatze zu § 811 Ziff. 7 kommt hier nicht die beamtenartige Stellung des Geistlichen, sondern lediglich seine Tätigkeit als kirchliche Vertrauensperson in Betracht. Auch im Ausland amtierende Religionsdiener sind als Geistliche in diesem Sinne anzusehen, selbst wenn sie einer Glaubensgemeinschaft dienen, die im Inlande nicht anerkannt ist. — Ein Akt der Seelsorge liegt in allen Fällen vor, in welchen der Geistliche als Vertrauensmann zugezogen wird, auch wenn es sich nicht um kirchliche Dinge, sondern z. B. um Beratung in Familienangelegenheiten handelt.

II. Abs. 1 Ziff. 5. 1. *Eichbaum, Zeugnispflicht des Haftpflichtversicherers, LeipzZ. **12** 446 ff. Das Zeugnisverweigerungsrecht steht auch dem Vorstand und den Angestellten der Haftpflichtversicherungs-Gesellschaft im Prozesse des Versicherungsnehmers mit dem Dritten zu.

2. Ärzte. *Förster-Kann I, 983 Note 2 e cc γ ββ. Das ärztliche Berufsgeheimnis erstreckt sich auf alle Wahrnehmungen, die der Arzt bei Ausübung seines Berufs macht. Sogar schon die Tatsache, daß jemand sich über-

haupt in die Behandlung eines Arztes begeben hat, kann als Teil des Berufsgeheimnisses anzusehen sein. Ebenso kann der Arzt, der nur hinzugerufen wurde, ohne daß es zu einer Behandlung gekommen ist, über seine Beobachtungen das Zeugnis verweigern, so z. B. der Paukarzt. — Die gleiche Verpflichtung zur Verschwiegenheit haben auch Naturheilkundige und Kurpfuscher: nicht die Approbation, sondern das Vertrauensverhältnis entscheidet. Auch ausländische Ärzte haben daher ein Zeugnisverweigerungsrecht.

3. Gehilfe des Arztes. OLG. **25** 108 Anm. 1 (Dresden). Der Gehilfe eines Arztes kann sein Zeugnis verweigern über Wahrnehmungen vertraulicher Art, die er während seiner Hilfstätigkeit im Berufe des Arztes gemacht hat.

4. Berater in einer Patentangelegenheit. **RG.** III. MSchutzu. Wettbew. **12** 318. Der Berater in einer Patentangelegenheit ist zur Verschwiegenheit und auch zur Verweigerung des Zeugnisses nicht bloß über die ihm besonders anvertrauten, sondern auch über die in der genannten Eigenschaft wahrgenommenen Tatsachen verpflichtet.

5. Notare. **RG.** V. WarnE. **12** 147. Die Verschwiegenheitspflicht des Notars (Art. 90 PrFGG.) erstreckt sich auf die Verhandlungen, bei denen der Notar mitgewirkt hat, also jedenfalls auf diejenigen Erklärungen der an einer solchen Verhandlung Beteiligten, die für das Zustandekommen des vom Notar beurkundeten Vertrags von Bedeutung gewesen sind.

6. Bureauvorsteher des Anwalts. OLG. **25** 108 Anm. 1 (KG.). Der Bureauvorsteher der wegen Verlustes des Wechselprozesses beklagten Rechtsanwälte kann sein Zeugnis nicht über die Frage verweigern, ob der Kläger ihm bei Übertragung des Mandats erklärt habe, er, Kläger, wolle keine weiteren Kosten in die Sache hineinstecken, da von dem Wechselschuldner doch nie etwas zu bekommen sei, und ob die Beklagten infolge dieser Erklärung die Protestierung des Wechsels unterlassen haben.

7. *Förster-Kann, 984 Note 2 e cc δ γγ. Inhaber von Auskunfteien können, soweit sie nach der Verkehrssitte zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, gemäß § 383 Ziff. 5 ihr Zeugnis verweigern. Außerdem sind sie berechtigt, auf gewisse Fragen, namentlich über ihre Auskunftsquelle, gemäß § 384 Ziff. 3 die Antwort abzulehnen.

8. Mitglieder kaufmännischer Auskunfteien. OLG. **25** 108 ElsLothJZ. **12** 474 (Colmar). Der Umstand, daß der Zeuge „Mitglied", d. h. Abonnent, einer oder mehrerer Auskunfteien ist, berechtigt ihn nicht zur Verweigerung seines Zeugnisses über Mitteilungen dieser Auskunfteien; denn diese Mitteilungen sind ihm nicht kraft eines Amtes, Standes oder Gewerbes, sondern auf Grund eines Vertrags und gegen Gebühren wie jedem Dritten gemacht worden.

§ 384. Literatur: Wurzer, Das Zeugnisverweigerungsrecht bei der Einrede der mehreren Zuhälter, BuschZ. **43** 38—45.

I. Allgemeines. **RG.** IV. R. **12** Nr. 1337. Einer Glaubhaftmachung der die Zeugnisverweigerung begründenden Tatsache bedarf es nicht, wenn die Beweisfrage einen angeblichen Ehebruch des Zeugen betrifft (vgl. **RG.** JW. **96** 130, **99** 15; **03** 241), und zwar gleichgültig, wie die Frage zu beantworten wäre. Der Zeuge kann die Beantwortung einer unter § 384 Ziff. 2 fallenden Beweisfrage selbst dann ablehnen, wenn auch nur ihre Bejahung die im Gesetz erwähnten Folgen haben würde, während er sie verneinen könnte, und umgekehrt.

II. Ziff. 1. Unmittelbarer Schaden. 1. OLG. **25** 108, ElsLothJZ. **12** 474 (Colmar). Die Behauptung des Zeugen, er sei als Mitglied (Abonnent) zweier Auskunfteien für jeden Schaden, der durch die nicht ausdrücklich gestattete Weiterverbreitung einer Auskunft entstehe, haftbar, begründet mangels eines unmittelbar durch die Benennung des Gewährmanns dem Zeugen

drohenden Schadens kein Zeugnisverweigerungsrecht. Eine Ersatzpflicht würde überhaupt nur denkbar sein, wenn die gelieferte Auskunft unrichtig wäre, die Auskunftei überdies schuldhaft gehandelt hätte und deshalb von der durch die Auskunft betroffenen Person in Anspruch genommen würde.

2. OLG. **25** 110 (Hamburg). Die Befürchtung des Zeugen, seine aus Berufsgenossen des Beklagten bestehende Kundschaft werde, falls der Beklagte auf Grund der Zeugenaussage im Rechtsstreit unterliegt, nicht mehr bei ihm kaufen, gibt dem Zeugen kein Zeugnisverweigerungsrecht.

III. Ziff. 2. 1. Außerehelicher Geschlechtsverkehr. **a)** Kein Recht des ledigen Mannes zur Verweigerung des Zeugnisses. **RG.** IV. 7. 3. 12, WarnE. **12** 316, R. **12** Nr. 1526. Nach den Anschauungen der beteiligten Volkskreise ist darin allein, daß ein unverheirateter Mann mit einem hierzu bereiten unverheirateten Mädchen Geschlechtsverkehr unterhält und insbesondere darin, daß er nach der Geburt eines Kindes diesen Verkehr fortsetzt, etwas Unehrenhaftes, das ihn zur Zeugnisverweigerung berechtigt, noch nicht zu finden. **b)** SeuffA. **67** 39 (Stuttgart). Die Berufung auf den Schutz des § 384 Ziff. 2 versagt, wenn der Zeuge bereits unumwunden zugegeben hat, daß ein Geschlechtsverkehr zwischen ihm und den in sein Atelier kommenden Modellen nichts Ungewöhnliches sei. Es würde bei dieser Sachlage seiner subjektiven Ehre keinen nennenswerten Abtrag tun, wenn er auch noch weiter zugeben müßte, daß es zur Vollziehung des Beischlafs mit der Kindesmutter gekommen wäre. **c)** *Wurzer, BuschsZ. **43** 38 ff. Die neue Lehre, daß der außereheliche Geschlechtsverkehr dem Unverheirateten nicht zur Unehre gereiche, und er deshalb nicht zur Zeugnisverweigerung berechtigt sei, ist nur eine ungerechtfertigte Besitzstörung der geltenden Moral- und Rechtssätze; sie hat bei der Allgemeinheit keine Aufnahme gefunden und ist von der Wissenschaft und der Rechtsprechung bis auf diesen Tag bekämpft.

2. Einrede der mehreren Zuhälter. Paetow, FürsZ. **4** 277 ff. (vgl. § 385). Die uneheliche Mutter ist berechtigt, im Alimentenprozeß ihr Zeugnis über die Einrede der mehreren Zuhälter zu verweigern.

3. Rechtskräftige Freisprechung schließt die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung nicht aus. **RG.** VI. 1. 2. 12. R. **12** Nr. 2083, JW. **12** 473. Die Tatsache, daß der Zeuge (Bahnschaffner) in einem Strafverfahren gegen ihn wegen fahrlässiger Körperverletzung des Klägers rechtskräftig freigesprochen worden ist, schließt die Gefahr seiner strafgerichtlichen Verurteilung infolge seiner Vernehmung über das Selbstverschulden des Klägers in dem Schadensersatzprozesse, den dieser wegen seiner Verletzung gegen die Bahn angestrengt hat, nicht aus. Gemäß § 402 Ziff. 4 StPO. könnte das Strafverfahren zu seinen Ungunsten wiederaufgenommen werden, wenn er ein Verschulden an dem Unfalle des Klägers zugeben würde.

IV. Ziff. 3. 1. Gewerbegeheimnis. **a)** OLG. **25** 109, BuschsZ. **42** 376 (Hamburg). Ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht nur dann, wenn der Zeuge zur Zeit der Vernehmung ein erhebliches und unmittelbares gewerbliches Interesse an der Nichtoffenbarung des Beweissatzes hat (**RG. 53** 43, **54** 325). Die Angabe der Bezugsquelle kann unter das gesetzlich geschützte Gewerbegeheimnis fallen. Die allgemeine Berufung des Zeugen darauf, daß die Angabe sein geschäftliches Interesse schädigen werde, ohne nähere Begründung genügt aber nicht. Ebensowenig die Befürchtung, durch die Aussage die Gelegenheit zu späteren gleich günstigen Geschäftsabschlüssen mit einer Partei zu verlieren, zumal wenn diese Geschäftsabschlüsse nur unter Verletzung satzungsmäßiger Verpflichtungen der Partei zustande kommen können. **b)** HansGZ. **12** Beibl. 137 u. 138 (Hamburg). Kaufleute können ihr Zeugnis darüber verweigern, ob sie Geschäfte mit solchen Kaufleuten abgeschlossen haben, die infolge ihrer Zugehörigkeit zu einem Vereine

verpflichtet sind, jene Geschäfte nicht oder nicht zu solchen Preisen abzuschließen oder Prozente des Kaufpreises an die Vereinskasse abzuführen. Der Abschluß derartiger Geschäfte stellt ein Gewerbegeheimnis dar, weil die Abnehmer ein erhebliches Interesse daran haben, auch von Mitgliedern des Vereins ohne Preiserhöhung kaufen zu können, und hierauf nur dann rechnen können, wenn die Mitglieder der Geheimhaltung der Abschlüsse sicher sind.

2. Kaufmännische Auskunfteien. a) OLG. **25** 108, BayRpflZ. **12** 79, R. **12** Nr. 631 (München). Die Auskunftsquellen einer Auskunftei sind sowohl anvertraute Tatsachen im Sinne von § 383 Ziff. 5 als auch Gewerbegeheimnis im Sinne von § 384 Ziff. 3. Entbinden von der Schweigepflicht durch den anvertrauenden Gewährsmann hebt daher das Zeugnisverweigerungsrecht nicht auf. **b)** OLG. **25** 108, BayRpflZ. **12** 79, R. **12** Nr. 631 (München). Die Frage, ob das Auskunftsmaterial unaufgefordert oder erst auf Anfrage der Auskunftei dieser mitgeteilt worden ist, betrifft einen Teil des Geschäftsbetriebs der Auskunftei, nämlich die Art und Weise, in der sie ihr Material sammelt. Sie bildet daher ihr Gewerbegeheimnis.

3. Geschäftsgeheimnis einer Werft. HansGZ. **12** Beibl. 96 (Hamburg). Der Umstand, daß dem Vertreter einer Reederei seitens einer Werft eine Provision für den Fall des Ankaufs eines Dampfers gewährt wird, ist kein Geschäfts- oder Gewerbegeheimnis der Werft, über dessen Bestehen die Angestellten der Werft als Zeugen ihre Aussage verweigern dürfen.

4. *Förster-Kann I, 986 Note 2. Die Ansicht des Reichsgerichts, welches ein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses nur anerkennt, wenn ein erhebliches und unmittelbares Interesse an der Geheimhaltung der betreffenden Tatsache gegeben ist, widerspricht der im gewerblichen, namentlich im kaufmännischen Verkehr herrschenden Ansicht, wonach gerade umgekehrt jede auf den Gewerbebetrieb bezügliche Tatsache geheimzuhalten ist, sofern nicht offenbar ein Interesse an der Geheimhaltung fehlt. Verfehlt ist **RG.** JW. **07** 147[31], wonach ein Zeuge, der eine Ware als „patentiert" angreift, nicht berechtigt sein soll, über die Nummer, unter welcher sein Patent eingetragen ist, die Aussage zu verweigern, weil es sich hier um eine für die Öffentlichkeit bestimmte Tatsache handele, deren Geheimhaltung mit dem Wesen des Patentschutzes nicht im Einklange stehe: der Inhalt der Patentrolle ist freilich öffentlich; die Frage aber, welches von mehreren Patenten der Zeuge bei der Herstellung seiner Waren verwendet, bildet einen — unter Umständen sehr wertvollen — Teil seiner Betriebsgeheimnisse.

5. Haftpflichtversicherungsgesellschaft. *Eichbaum, LeipzZ. **12** 446 ff. Das Zeugnisverweigerungsrecht steht auch dem Vorstand und den Angestellten der Haftpflichtversicherungsgesellschaft im Prozesse des Versicherungsnehmers mit dem Dritten zu.

§ 385. Literatur: Laubhardt, Ist die uneheliche Mutter verpflichtet, den Namen des Vaters ihres Kindes zu nennen? FürsZ. **4** 162—164. — Paetow, Ist die uneheliche Mutter verpflichtet, den Namen des Vaters ihres Kindes zu nennen? FürsZ. **4** 277—281.

I. Ziff. 2. 1. BuschsZ. **43** 127 (Cassel). „Geburt" im Sinne der Bestimmung ist der Vorgang der Geburt selbst, nicht auch die sie bedingende Zeugung. Über letztere kann daher das Zeugnis verweigert werden.

2. Zeugnisverweigerungsrecht der unehelichen Mutter im Alimentenprozesse. **a)** Paetow, FürsZ. **4** 277 ff. Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ist eine durch das Familienverhältnis zwischen Mutter und Kind bedingte Vermögensangelegenheit. Denn er hängt rechtlich nicht nur von der Zeugung, sondern auch von der das Familienverhältnis begründenden Geburt ab (vgl. § 1712 BGB.). Aus § 383 Ziff. 2 steht daher der Mutter im Alimentenprozeß ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht zu. **b)** Dagegen Laubhardt, FürsZ.

4 162 ff. Die uneheliche Mutter hat im Unterhaltsprozeß ihres Kindes das Recht der Zeugnisverweigerung; sie kann von diesem Rechte nach § 15 FGG. auch gegenüber dem Vormundschaftsrichter bei Befragung über die Person des Schwängerers Gebrauch machen.

II. Ziff. 3. **RG.** IV. GruchotsBeitr. **56** 1059, R. **12** Nr. 3123. Unter die hier genannten Tatsachen fällt die Behauptung des auf Rückgabe des eingebrachten Frauenguts verklagten Ehemanns, die klagende Ehefrau habe ihm das eingebrachte Kapital als Einlage in ein von ihm betriebenes Unternehmen in der Art überlassen, daß sie entsprechend dieser Einlage am Gewinn und Verluste des Unternehmens beteiligt sein sollte. Die Abmachung bildet eine das eheliche Güterrecht auf das engste berührende Vermögensangelegenheit, zu der die Kl., wenn sie getroffen ist, offenbar wesentlich durch Familienrücksichten bestimmt ist. Es handelt sich ferner — was hauptsächlich der die Vorschrift des § 385 Ziff. 3 rechtfertigende Grund ist — bei der nach außen nicht hervortretenden Beteiligung der Klägerin an dem Unternehmen ihres Mannes um eine Vermögensangelegenheit, die nur im Kreise der Familie bekannt zu sein pflegt (vgl. **RG. 40** 345, JW. **98** 570, **09** 319, Skonietzki-Gelpcke, Anm. 7 zu § 385).

III. Ziff. 4. 1. **RG.** VI. R. **12** Nr. 2971. Bezieht sich die Vertretung nur auf ein wegen Klagänderung unzulässiges Vorbringen, so unterbleibt die Beeidigung.

2. *Förster-Kann I, 989 Note 1 d cc. Unter einer Handlung im Sinne der Ziff. 4 ist nicht nur ein aktives Tun, sondern die gesamte rechtliche und tatsächliche, aktive und passive, körperliche und geistige Tätigkeit, die der Zeuge bezüglich des streitigen Rechtsverhältnisses entfaltet hat, zu verstehen.

IV. Abs. 2. *Förster-Kann I, 990 Note 2. Die Entbindung des Zeugen von der gegenüber einer Prozeßpartei bestehenden Schweigepflicht ist Prozeßhandlung; sie kann daher wirksam durch den Prozeßbevollmächtigten erklärt werden. Das Recht, einen Zeugen von der Schweigepflicht zu befreien, geht auf den Erben über, es sei denn, daß es sich um höchstpersönliche Angelegenheiten des Erblassers handelt; hinsichtlich der letzteren ist somit nach dem Tode des Geheimnisträgers eine Befreiung überhaupt ausgeschlossen.

§ 386. Abs. 2. *Förster-Kann 992 Note 1 c. Ein Diensteid im Sinne des § 386 ist nur der Amtseid der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsbeamten, nicht der von den katholischen Bischöfen nach der PrVO. vom 13. Februar 1887 zu leistende Treueid, ebensowenig der von den evangelischen Geistlichen, den Rechtsanwälten, den amtlichen Kursmäklern zu leistende Eid.

§ 387. I. Kosten des Zwischenstreits. OLG. **25** 109 (Hamburg). Wird die Zeugnisverweigerung für unbegründet erklärt, so sind in Anwendung der §§ 91, 380 die Kosten des Zwischenstreits dem Zeugen aufzuerlegen (**RG. 13** 414, **20** 379, **28** 439).

II. Abs. 3. Gegen das Zwischenurteil, das eine Zeugnisverweigerung für begründet erachtet, steht nur dem Beweisführer, nicht aber der anderen Partei ein Beschwerderecht zu. OLG. Hamburg, JDR. **10** jetzt auch OLG. **25** 110.

§ 391. Abs. 2. **RG.** V. 6. 7. 12, JW. **12** 916. Ist auf die Beeidigung eines Zeugen in erster Instanz verzichtet worden mit der Einschränkung dieses Verzichts auf die erste Instanz, so braucht auch in der Berufungsinstanz der Zeuge nicht vereidigt zu werden, sofern nicht die nachträgliche Beeidigung ausdrücklich beantragt wird. Ein solcher Antrag auf nachträgliche Beeidigung ist nicht darin zu erblicken, daß in der Berufungsinstanz die eidliche Vernehmung des Zeugen über einen neuen Beweissatz beantragt ist. **RG.** GruchotsBeitr. **38** 165 und JW. **93** 306 stehen nicht entgegen.

§ 393. Literatur: Stiebeling, Ist die Abtretung einer Forderung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, wenn sie nur bezweckt, den alten Gläubiger im Rechtsstreit als Zeugen auftreten zu lassen? DJZ. **12** 917—918.

I. Abs. 1 Ziff. 4. 1. Hauptschuldner im Prozesse gegen den Bürgen. **RG.** VI. R. **12** Nr. 3398. Zu wessen Gunsten der Zeuge ausgesagt hat, kommt nur für das richterliche Ermessen bei der Beeidigung in Betracht.

2. Zedent. **a) RG.** III. R. **12** Nr. 2864. Der Zweck, den Abtretenden als Zeugen vernehmen zu lassen, macht die Abtretung für sich allein nicht nichtig (**RG.** R. **09** Nr. 1464). **b)** Ebenso Stiebeling, DJZ. **12** 917.

II. Abs. 2. **RG.** VI. 3. 10. 12, R. **12** Nr. 3399, WarnE. **12** 505. Ein Recht auf Beeidigung des Zeugen besteht auch für die Partei nicht, an deren Unterliegen ein rechtliches Interesse des Zeugen vorhanden ist (Abs. 1 Ziff. 4).

§ 398. BadRpr. **12** 14 (Karlsruhe). Bei Einigung der Parteien dahin, daß die in einem anderen Verfahren erhobenen Zeugen- und Sachverständigenbeweise im gegenwärtigen Rechtsstreit als Zeugenaussagen oder gutachtliche Äußerungen verwertet werden sollen, kann ein Antrag einer Partei auf nochmalige Abhörung wie ein Antrag auf wiederholte Vernehmung im Sinne des § 398 oder auf erneute Begutachtung im Sinne des § 412 behandelt werden.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

Vor § 402. I. Gutachten von Fachbehörden. HansGZ. **12** Beibl. 154 (Hamburg). Die gesamten Vorschriften der ZPO. über Sachverständigenbeweis sind nur darauf berechnet, daß Einzelpersonen als Sachverständige dienen. Das schließt aber nicht aus, daß die Gerichte auch befugt sind, von Fachbehörden schriftliche Gutachten einzuziehen und sie gemäß § 286 zu verwerten.

II. Verwertung von Privatgutachten. 1. **RG.** II. GruchotsBeitr. **56** 1061, JW. **12** 200, R. **12** Nr. 462. Die Benutzung von Privatgutachten als Grundlage für die Entscheidung einer zwischen den Parteien streitigen, zur Sache erheblichen Frage ist in der Regel ohne das Einverständnis der Parteien unzulässig. Die gegenteilige Annahme würde dazu führen, die Garantien, die das Gesetz in den §§ 402 ff. hinsichtlich des Sachverständigenbeweises für notwendig erachtet hat: Ernennung durch das Gericht, Ablehnungsrecht, Beeidigung, zu beseitigen, und auch den Parteien die Möglichkeit nehmen, dem Sachverständigen gegenüber ihr Interesse dadurch zu wahren, daß sie ihn auf die zu ihren Gunsten sprechenden Umstände hinweisen und ihm sonst sachdienliche Aufklärungen verschaffen.

2. **RG.** VI. GruchotsBeitr. **56** 1054, R. **12** Nr. 2566, JW. **12** 874. Von Privatpersonen erteilte Auskünfte, die eine Partei beigebracht hat (z. B. Auskünfte von Bankinstituten über einen bestimmten Geschäftsgebrauch) können ähnlich einem literarischen Hilfsmittel zur Bekräftigung oder Ergänzung der eigenen Sachkunde herangezogen, dürfen aber nur im Einverständnisse beider Parteien als Beweismittel ohne Einhaltung der Vorschriften über die Beweisaufnahme benutzt werden.

§ 402. Literatur: Marcus, Der Rechnungsverständige im Verteilungsverfahren der Zivilprozeßordnung, BuschsZ. **42** 329—336.

I. Gegenstand des Sachverständigenbeweises. 1. **RG.** VII. R. **12** Nr. 907. Auslegung eines bestimmten technischen Ausdrucks in einem Vertrage („normale Konkurrenz-Tagespreise") ist nicht Vertragsauslegung schlechthin, mithin zulässiger Gegenstand eines Sachverständigenbeweises.

2. Marcus, BuschsZ. **42** 329 ff. Die Zuziehung des Kalkulators als Sachverständigen in Rechnungssachen ist unzulässig, weil er nicht eine besondere Sachkunde, sondern lediglich eine größere Übung im Erledigen von rechnerischen Arbeiten besitzt als der Richter.

II. Keine Substitutionsbefugnis des Sachverständigen. SeuffA. **67** 166, OLG. **25** 114 (Hamburg). Ein zum Sachverständigen ernannter Kaufmann ist nicht berechtigt, die Erstattung des ihm vom Gericht übertragenen

Gutachtens — eine ihrer Natur nach höchstpersönliche, keine Vertretung gestattende Leistung — durch seinen Prokuristen ausführen zu lassen.

III. Verwertung eines in einem Vorprozeß erstatteten Gutachtens. 1. SeuffA. **67** 333, SächsRpflA. **12** 179 (Dresden). Trotz Widerspruchs einer Partei kann das Gericht, das in einem Vorprozeß erstattete Gutachten eines Sachverständigen ohne dessen nochmalige Abhörung verwerten. Der vom RG. für den Zeugenbeweis vertretene entgegengesetzte Grundsatz findet auf den Sachverständigenbeweis keine Anwendung. Die Parteien befinden sich einem in einem Vorprozeß erstatteten Gutachten gegenüber in keiner ungünstigeren Lage, als wenn das Gutachten in dem anhängigen Rechtsstreit auf Grund der im freien Ermessen des Prozeßgerichts stehenden Anordnung schriftlicher Begutachtung eingeholt worden wäre.

2. Vgl. auch § 286 Nr. II 4 b.

IV. Sachverständige oder Zeugen? **RG.** II. LeipzZ. **12** 391. Wenn die vernommenen Zeugen allerdings auch ein Urteil abgegeben haben, indem sie sich darüber äußerten, ob die Verunreinigung des gelieferten Autonaphts möglicherweise erst in den Maschinen, für die es benutzt wurde, oder sonst erst nach der Lieferung stattgefunden hat, so bezieht sich dieses Urteil doch nur auf die von den Zeugen gemachten konkreten Erfahrungen und Wahrnehmungen und hat nicht die Ermittelung von allgemeinen Erfahrungssätzen zum Gegenstande. Die Aussagen der Zeugen sind deshalb und weil sie eine gewisse Sachkunde voraussetzen, wohl Angaben sachverständiger Zeugen (§ 414), damit aber noch keine Begutachtungen im Sinne der §§ 402 ff.

V. Vernehmung des Sachverständigen auch als Zeugen. **RG.** VI. 7. 12. 11, R. **12** Nr. 456. Die Parteien haben kein Recht darauf, daß ein Sachverständiger über die von ihm bei Abgabe seines Gutachtens berücksichtigten Wahrnehmungen nochmals als Zeuge vernommen wird.

§ 403. S. § 402 Nr. I.

§ 404. HansGZ. **12** Beibl. 154 (Hamburg). Hat eine um ein schriftliches Gutachten angegangene Fachbehörde einen einzelnen Sachverständigen mit der Begutachtung beauftragt, so ist dieser als vom Gericht ernannter Sachverständiger anzusehen, wenn ihn das Gericht über eine gegen ihn vorgebrachte Ablehnung hört und die Ablehnung zurückweist.

§ 406. Literatur: Herting, Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit, JW. **12** 1079. — Lemcke, Kann der honorierte Privatgutachter wegen Besorgnis der Befangenheit im Prozeß abgelehnt werden? JW. **12** 227—228.

I. Allgemeines. Wann liegt ein Grund zur Ablehnung vor? 1. BadRpr. **12** 189 (Karlsruhe). Ob ein Grund zur Ablehnung eines Sachverständigen vorliegt, entscheidet sich nicht lediglich nach rein objektiven Erwägungen vom Standpunkte des urteilenden Gerichts aus, vielmehr genügt es nach feststehender Rechtsprechung, daß vom subjektiven Standpunkte der die Ablehnung geltend machenden Partei aus vernünftige und insofern auch genügende objektive Gründe vorliegen, die ihre Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen zu rechtfertigen vermögen.

2. OLG. **25** 111 (Braunschweig). Der Grund der Ablehnung muß objektiv geeignet sein, ein Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu rechtfertigen. Eine subjektive Auffassung der Partei genügt nicht.

II. Begründete Ablehnung. 1. WürttJ. **12** 232 (LG. Stuttgart). Der Umstand, daß der Sachverständige in dem früheren Rechtsstreite der Parteien genau über dasselbe Beweisthema vernommen worden ist und sich in seinem früheren Gutachten bereits auf einen bestimmten Standpunkt festgelegt hat, rechtfertigt die Besorgnis, daß der Sachverständige an das aufs neue von ihm erforderte Gutachten

nicht mit der für ein neues Gutachten erforderlichen Unbefangenheit und Unparteilichkeit herantritt (s. dagegen Nr. III 3).

2. *Förster-Kann I, 1019 Note 1 b. Ein Sachverständiger, der, sei es in derselben oder in der Vorinstanz oder in einem nebenherlaufenden Beweissicherungs- oder einstweiligen Verfügungsverfahren bereits über dasselbe Thema vernommen worden ist, muß deswegen als befangen angesehen werden, weil er sich einmal auf eine bestimmte Ansicht festgelegt hat und, wie die Erfahrung lehrt, sich auch angesichts gewichtiger Bedenken nicht leicht zu einer anderen Meinung durchringen wird.

3. OLG. **25** 111 (Braunschweig). Die Ablehnung ist begründet, wenn der Sachverständige (Patentanwalt) schon vor der Ausführung eines Baues der Gegenpartei die Auskunft erteilt hat, daß die Ausführung nicht gegen das jetzt streitige Patent verstoße, und ferner in einem Verfahren auf Nichtigkeitserklärung des Patents Sachwalter der Gegenpartei war.

4. OLG. **25** 112 (München). Die Ablehnung eines Sachverständigen, der als Geschäftsführer einer GmbH. bei dem Prozeßgericht den gleichen Prozeß gegen den Beklagten führt, wie der Kläger, ist gerechtfertigt.

5. OLG. **25** 111 (Cöln). Der Umstand, daß der als Sachverständiger benannte Arzt den Beklagten seit 7 Jahren als Hausarzt behandelt hat, ist geeignet, ein subjektives Mißtrauen bei dem Kläger hervorzurufen und rechtfertigt deshalb die Ablehnung.

III. Unbegründete Ablehnung. 1. BadRpr. **12** 189 (Karlsruhe). Ungenügende Sachkenntnis des zum Sachverständigen Ernannten ist kein Ablehnungsgrund.

2. **RG.** VI. R. **12** Nr. 627. Das bloße, ganz allgemeine Vorbringen, daß der Sachverständige mit der anderen Partei in Geschäftsverbindung stehe, vermag diesen nicht als befangen erscheinen zu lassen oder nach Versäumung der Ablehnung (vgl. **RG. 64** 434) sein Gutachten zu entwerten. Vielmehr bedarf es der Darlegung besonderer Umstände, welche dafür sprechen, daß die Unparteilichkeit des Sachverständigen durch die Art des Geschäftsverkehrs beeinflußt sein könne.

3. BadRpr. **12** 189 (Karlsruhe). Ebensowenig liegt ein Ablehnungsgrund schon um deswillen vor, weil der Sachverständige in einem früheren Prozesse der ihn ablehnenden Partei ein dieser ungünstiges Gutachten erstattet hat; anders nur dann, wenn nach der besonderen Art dieser früheren Begutachtung bestimmte Umstände zutage getreten wären, die erkennen ließen, daß es der Sachverständige schon damals an der erforderlichen gleichen Behandlung der beiden Parteien irgendwie hätte fehlen lassen (s. dagegen Nr. II 1 und 2).

IV. Insbesondere der honorierte Privatgutachter. 1. *Lemcke, JW. **12** 227—228, gibt einen Überblick über die Judikatur, insbesondere diejenige des RG. Sie ist nicht einheitlich, vor allem auch nicht die des RG. Der I. Sen. bejaht (JW. **96** 248, **97** 345, **02** 216, 545), der VI. Sen. verneint grundsätzlich die Ablehnungsbefugnis (JW. **86** 444, **96** 398, auch **98** 259). Letzterer macht die Untauglichkeit des Sachverständigen von dem Vorhandensein besonderer Umstände abhängig. Die Übersicht über die Rechtsprechung (einschl. der OLG.) ergibt einen feststehenden Grundsatz im Sinne einer Verneinung der Ablehnungsbefugnis nicht. Er kommt vielmehr auf den einzelnen Fall an. Bedenklich ist es jedenfalls, ohne das Vorhandensein besonderer Verdachtsmomente, den honorierten Privatgutachter als Sachverständigen auszuschließen.

2. Herting, JW. **12** 1079, bekämpft eine Entscheidung des OLG. Celle vom 10. 7. 12, durch die sogar die Ablehnung eines Sachverständigen für begründet erklärt worden ist, weil er der Untergebene eines honorierten Privatgutachters war.

V. Abs. 4. OLG. **25** 112 (München). Der Beschluß, durch den angeordnet wird, daß ein wegen Befangenheit abgelehnter Sachverständiger, der über

die Frage vernommen werden sollte, „ob nach der Verkehrsauffassung das Leitungsnetz eines Elektrizitätswerkes eine wirtschaftliche Einheit mit der Kraftstation bildet oder als Handelsgegenstand gilt", über das gleiche Beweisthema als „sachverständiger Zeuge" vernommen werden soll, ist eine Entscheidung im Sinne des § 406 Abs. 4 und deshalb mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Es ist bedeutungslos, ob der Beamte als „Sachverständiger" oder als „sachverständiger Zeuge" bezeichnet ist, da er nach dem Beweisthema auf Grund seiner Sachkunde ein Gutachten über gegenwärtige Verhältnisse abgeben soll und § 414 deshalb keine Anwendung finden kann.

VI. Abs. 5. OLG. **25** 112 (Hamm). § 406 Abs. 5 Satz 1 findet keine Anwendung, die Beschwerde ist also statthaft, wenn in einem Beweissicherungsverfahren ein (an sich unzulässiges) Ablehnungsgesuch für begründet erklärt und die Beschwerde darauf gestützt ist, daß die Ablehnung überhaupt unzulässig war (vgl. § 492).

§ 411. I. **RG.** VI JW. **12** 303, R. **12** Nr. 627. Die Beifügung von Gründen zu dem schriftlichen Gutachten ist nicht vorgeschrieben. Das Gericht ist, wenn es auch befugt ist, von dem Sachverständigen die Angabe von Gründen zu verlangen, gesetzlich nicht gehindert, einem Sachverständigen auch dann Vertrauen zu schenken, wenn dessen Gutachten eine Nachprüfung im einzelnen nicht gestattet.

II. **RG.** V. 4. 11. 11, R. **12** Nr. 101. Auch unbeeidigte schriftliche Gutachten können die Entscheidung tragen, wenn die Parteien den Mangel der Beeidigung nicht rügen.

§ 412. I. BayObLG. **12** 482 (BayObLG.). Erachtet das Berufungsgericht die vorliegenden Gutachten der Sachverständigen für ausreichend zur Aufklärung des Sachverhalts, so braucht es eine neue Begutachtung durch Sachverständige nicht anzuordnen (**RG.** JW. **10** 482).

II. **RG.** IV. 21. 10. 12, R. **12** Nr. 3487. Die Anordnung einer neuen Begutachtung steht im freien, der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogenen Ermessen des Berufungsgerichts.

§ 414. Über den Unterschied zwischen sachverständigen Zeugen und Sachverständigen vgl. § 402 Nr. IV.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§§ 415 ff. 1. Einholung behördlicher Auskünfte. **RG.** V. 12. 10. 12, R. **12** Nr. 3392. Die Einholung und Benutzung einer behördlichen Auskunft ist zwar zulässig, hängt aber ganz vom richterlichen Ermessen ab (vgl. **RG. 44** 151). Die Parteien haben kein Recht hierauf. 2. *Förster-Kann I, 1030 Nr. 3 vor § 415. Neben der Beweiserhebung durch amtliche Auskunft hat sich in der Praxis der Gerichte die Übung entwickelt, auch nichtamtliche Stellen zwecks Beweises um Auskünfte anzugehen. Man wird dies Verfahren für zulässig erachten, insoweit die behördenartige Organisation der die Auskunft erteilenden Stelle (Großbanken, Eisenbahnen, Versicherungsgesellschaften usw.) eine Garantie für die Zuverlässigkeit der Auskunft bietet. Auch wird man die Einholung quasiamtlicher Auskünfte auf Tatsachen beschränken müssen; die Einforderung eines Gutachtens auf diesem Wege würde gegen §§ 402 ff. verstoßen.

§ 415. Literatur: Keller, Das Siegelrecht der Standesherren, DJZ. **12** 86—88.

I. Öffentliche Urkunden. 1. Notarielle Urkunden. **a)** R. **12** Nr. 103 (BayObLG.). Die Reihenfolge der Geschäftsregisternummern mehrerer notarieller Urkunden beweist nichts für die zeitliche Aufeinanderfolge der beurkundeten Erklärungen.

b) R. **12** Nr. 2359 (Celle). In Preußen aufgenommene Urkunden außerpreußischer Notare gelten nur als privatgeschäftliche.

2. Personenstandsurkunden. a) R. **12** Nr. 2412, KGJ. **41** 50, FischersZ. **41** 237 (KG.). Die von einem örtlich unzuständigen Standesbeamten vorgenommene Beurkundung eines Geburtsfalls hat keinen höheren Beweiswert als die privatschriftliche Aufzeichnung einer zuverlässigen Person.

b) Wegen ausländischer Personenstandsurkunden vgl. § 16 EGZPO.

3. Siegelrecht kurhessischer Standesherren. a) DNotV. **12** 48, DJZ. **12** 86 (Darmstadt). Die von einem vormals kurhessischen Standesherrn mit Unterschrift und Wappensiegel versehenen Urkunden sind keine öffentlichen Urkunden; denn das Siegelrecht der Standesherren ist, soweit es früher bestand, für das Gebiet des Privatrechts durch die Reichsgesetzgebung beseitigt. b) Hierzu Keller, DJZ. **12** 86 ff.

II. Zulässigkeit des Beweises gegenüber einer vorgelesenen, genehmigten und unterzeichneten notariellen Urkunde, daß eine beurkundete Erklärung nicht abgegeben sei. **RG.** VI. LeipzZ. **12** 153, R. **12** Nr. 102, BayRpflZ. **12** 76, JW. **12** 87, Warn. E. **12** 50, GruchotsBeitr. **56** 639, DNotV. **12** 615. Der Gegenbeweis nach Abs. 2 ist auch der Beurkundung der im § 177 FGG. für eine notarielle Urkunde vorgeschriebenen Genehmigung der Beteiligten als eines Teiles des „Vorganges" gegenüber zulässig. Das Vorhandensein der Genehmigung ist objektiv „unrichtig beurkundet", soweit es sich um Erklärungen handelt, die tatsächlich nicht abgegeben und beim Vorlesen überhört worden sind, die daher der Beteiligte weder genehmigen konnte noch wollte.

§ 416. I. *Förster-Kann I, 1036 Note 2b. Ist die Urkunde vom Aussteller unterschrieben, so ist bewiesen, daß die Erklärung von ihm abgegeben, d. h. daß seine Äußerung, mithin im Sinne der ZPO. echt ist. Dagegen ist nicht bewiesen, daß die in der Urkunde enthaltene Willenserklärung wirksam zustandegekommen ist. Wäre das der Fall, so müßte durch die Urkunde auch bewiesen werden, daß der Aussteller zur wirksamen Abgabe der Erklärung fähig war, daß die Erklärung nicht nur zum Schein, daß sie unbeeinflußt durch Willensmängel abgegeben worden, daß sie dem Adressaten zugegangen ist usw., Voraussetzungen, zu deren Beweise die bloße Existenz der Urkunde nicht ausreicht. (Vgl. auch § 418).

II. **RG.** LeipzZ. **12** 231, SächsRpflA. **12** 79. Die gesetzliche Beweisregel des § 416 betrifft nur die Tatsache der Erklärung, nicht die erklärte Tatsache. Die letztere untersteht der freien Beweiswürdigung des Gerichts. Unzutreffend ist daher die Auffassung, die echte Quittung bringe für die in ihr von dem Aussteller bekundete Tatsache „zunächst" Beweis, der durch Gegenbeweis entkräftet werden müsse.

§ 417. Literatur: Kuttner, Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JheringsJ. **61** 124 ff.

*Kuttner, JheringsJ. **61** 124. Der Erbschein, das Testamentsvollstreckerzeugnis, Grundbucheintragungen fallen unter § 417, nicht unter § 418.

§ 418. RG. IV. R. **12** Nr. 2570. Gegenüber einem notariellen Testamente muß derjenige, welcher die Nichtigkeit des Testaments wegen Geschäftsunfähigkeit des Erblassers behauptet, den Beweis der Geschäftsunfähigkeit führen; solange nur Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit bestehen, kann die Nichtigkeit des Testaments nicht festgestellt werden.

§ 419. RG. III. WarnE. **12** 139, SeuffA. **67** 293, JW. **12** 254. Ob Striche durch den Namen des Indossanten eine Ausstreichung nach Art. 36 WO. bedeuten, ist Tatfrage. Der Begriff der Druchstreichung ist weder vom BGB. noch von der WO. bestimmt. Die Feststellung, daß eine Durchstreichung vorliege oder nicht vorliege, ist daher der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen.

§ 420. RG. VI. R. **12** Nr. 2084. Ein Kassabuch als solches ist kein geeigneter Beweis für angebliche Geschäftsverluste.

§ 442. Literatur: Schneidemühl, Die Handschriftpsychologie im Dienste der Rechtspflege, R. 12 105—110.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

§ 445. I. Eideszuschiebung nur über Tatsachen. BadRpr. **12** 253 (Karlsruhe). Eine Eideszuschiebung darüber, daß der Kläger dem Beklagten aus dem früheren Gesellschaftsverhältnisse zwischen ihnen einen höheren Betrag schulde, als die eingeklagte Forderung nebst Zinsen, ist unzulässig. Dem Kläger wird damit überlassen, seine Ansicht darüber, wieviel er dem Beklagten noch schulde, zu beschwören. Die Eideszuschiebung betrifft daher keine Tatsache im Sinne des § 445.

II. Eideszuschiebung über innere Tatsachen. 1. Über das Wissen von der Absicht eines Dritten. **RG.** III. WarnE. **12** 165. Zulässig ist die Eideszuschiebung über das Wissen von der Absicht eines Dritten („daß D. den Weiterverkauf an einen Polen beabsichtigte"). Gegenstand einer solchen Eideszuschiebung ist die innere Tatsache der Kenntnis einer (vom Standpunkte der schwörenden Partei) äußeren Tatsache, nämlich jener Absicht. Der tatsächliche Entstehungsgrund der Kenntnis, die Angabe, wie und wodurch die Kenntnis von der Absicht des Dritten erlangt worden, braucht in den Eid nicht aufgenommen zu werden.

2. Über Motive. **RG.** III. 26. 1. 12, R. **12** Nr. 910. Die Eideszuschiebung darüber, welche Motive einem bestimmten Handeln zugrunde gelegen haben, ist, wenn es sich um ein wichtiges Geschäft gehandelt hat — Gutsverkauf —, nicht unzulässig.

3. Über Kenntnis von der Anfechtungsbefugnis. **RG.** IV. 14. 12. 11, R. **12** Nr. 632. Im Herausgabeprozeß über ein Kind aus nichtiger Ehe (§ 1702 BGB.) ist eine Eideszuschiebung darüber zulässig, daß die Schwurpflichtige gewußt habe, der Ehemann sei bei Kenntnis des Anfechtungsgrundes (vorehelicher Verkehr) anfechtungsberechtigt.

§ 450. **RG.** VI. R. **12** Nr. 1388. Bei Unzulässigkeit der Zurückschiebung des Eides (z. B. im Falle des § 448 Abs. 2) kann aus der bloßen Eideszuschiebung noch nicht auf ein eventuelles Einverständnis des Zuschiebenden mit Leistung des zurückgeschobenen Eides geschlossen werden.

§ 451. Gegenstand der Eideszuschiebung. 1. **RG.** IV. R. **12** Nr. 908. Ein Eid darüber, daß die Klägerin dem Schwurpflichtigen den Beischlaf „gestattet" habe, ist zulässig. Ebenso ein Eid darüber, daß die Gegenpartei „freiwillig" Geschlechtsverkehr gepflogen habe.

2. **RG.** V. R. **12** Nr. 1825. Der Eid über das Nichtwissen einer rechtserheblichen Tatsache deckt nicht eine bloße Vermutung ihres Vorliegens.

3. Vgl. auch § 445 Nr. I und II.

§ 461. I. Einverständnis über die Erheblichkeit. **RG.** VI. HansGZ. **12** Beibl. 161, R. **12** Nr. 1060, JW. **12** 198. Einverständnis der Parteien über die Erheblichkeit des Eides liegt vor, wenn aus ihren Erklärungen hervorgeht, daß sie die Tatsache, über die der Eid zugeschoben ist, für erheblich und den Eidesbeweis nach der Prozeßlage als Mittel zur Erforschung der Wahrheit für erforderlich halten, selbst wenn die beweispflichtige Partei den Eid in erster Linie als richterlichen für sich selbst erbittet.

II. Einverständnis über die Norm. **RG.** VI. 16. 11. 11, HansGZ. **12** Beibl. 161, JW. **12** 198. Das Einverständnis über die Norm des Eides braucht nicht notwendig zugleich mit der Erklärung über die Erheblichkeit ausgesprochen zu werden. Sind Einwendungen gegen die Normierung des Eides, über dessen Inhalt zwischen den Parteien kein Streit herrschte und die auch der Eideszuschiebung streng angepaßt war, in dem Termine zur Eidesleistung und weiteren Verhandlung von

keiner der Parteien erhoben worden, so ist nach dem Grundsatze des § 295 auf eine Rüge der Eidesnorm verzichtet und diese selbst genehmigt (**RG. 66** 211, **76** 327).

III. Unwiderruflichkeit des Einverständnisses. **RG.** VI. 16. 11. 11, R. **12** Nr. 1059, HansGZ. **12** Beibl. 161, JW. **12** 198. Das Einverständnis über den Eid ist unwiderruflich, wenn nicht neuer Beweis angeboten oder die Eideszuschiebung zurückgenommen wird.

IV. Selbständige Angriffsmittel. **RG.** VI. HansGZ. **12** Beibl. 161, JW. **12** 198. Das Berufungsgericht hat sich zur Rechtfertigung des Beschlußeids zu Unrecht auf § 461 Abs. 2 berufen. Der von der Klägerin dem Beklagten zugeschobene Eid über die Höhe der Darlehnssumme, zu der er sich verpflichtet hatte, erledigte den ganzen Rechtsstreit und die Behauptung der Verpflichtung des Beklagten zur Hergabe eines Darlehns gerade in dieser Höhe war die fundamentale Behauptung der Klage.

V. Ein Verstoß führt nicht zur Aufhebung des Urteils, wenn es auf den Eid ankommt. 1. **RG.** VI. HansGZ. **12** Beibl. 161, JW. **12** 198. Würde eine Aufhebung des angefochtenen Urteils wegen prozeßordnungswidriger Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluß nur zu dem Ergebnisse führen, daß derselbe Eid derselben Partei nochmals durch bedingtes Endurteil auferlegt und nochmals von ihr abgeleistet werden müßte, so hat sie zu unterbleiben. Aus lediglich formalen Gründen soll eine bereits erfolgte Eidesleistung nicht als nicht geschehen angesehen werden (**RG. 9** 343, JW. **07** 677).

2. **RG.** V. R. **12** Nr. 1217. Ein Urteil, das auf einem unzulässigerweise durch Beweisbeschluß auferlegten und demnächst geleisteten Eide beruht, ist trotz dieses Verstoßes aufrechtzuerhalten, wenn es sich ergibt, daß es auf den Eid ankommt.

§ 462. I. Abs. 1. 1. Eidesnorm. **RG.** IV. R. **12** Nr. 3125. Für die Entscheidung unwesentliche Angaben dürfen in die Eidesnorm nicht aufgenommen werden.

2. Genaue Feststellung der Folge der Leistung oder Nichtleistung des Eides. OLG. **25** 114 (KG.). Der § 462 steht einem bedingten Urteile nicht entgegen, das für den Fall der Eidesleistung die Klage im ganzen Umfang abweist, für den Fall der Nichtleistung aber die mit der Klage verfolgte Wandelung dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Beklagten zugleich verurteilt, die empfangenen Leistungen, soweit ihr Betrag unstreitig ist, zurückzugewähren, während über den streitigen Betrag anderer zurückzugewährender Leistungen noch zu verhandeln ist. Denn hier ist auch für den Nichtschwörungsfall über den ganzen Klaganspruch ein Zwischenurteil nach § 304 erlassen und damit nur noch ein Teilurteil über den Betrag nach § 301 verbunden worden.

II. Abs. 2. Läuterungsverfahren. 1. Unzulässigkeit des Einwandes der sachlichen Unzuständigkeit. OLG. **25** 41, GewuKfmG. **17** 213 (KG.). Der Einwand, daß der Rechtsstreit vor das Kaufmannsgericht gehöre, kann im Läuterungsverfahren nicht mehr erhoben werden. Das bedingte Endurteil läßt seinem Inhalt nach nur noch die Frage offen, ob der Eid geleistet wird oder nicht, und welche Rechtsfolgen daran gemäß dem bedingten Endurteile zu knüpfen sind. Ein weiteres Eingehen auf die Sache als auf die Prüfung der Rechtskraft des bedingten Endurteils und die Frage der Eidesleistung, insbesondere eine Prüfung der Zuständigkeit, ist für das Läuterungsverfahren ausgeschlossen (**RG. 17** 343, **42** 376).

2. Korrektur des Eidessatzes durch Auslegung. OLG. **25** 115 (München). Das bedingte Urteil enthält die bindende Erklärung, daß die Entscheidung von der Leistung des Eides und nur noch von ihr abhänge. Es ist sonach eine Entscheidung über die Spruchreife des Rechtsstreits und die Erheblichkeit des Eidessatzes verbunden mit der Anwendung der Eidesleistung. Erwägungen, die in

die Lage vor Erlassung des bedingten Urteils zurückgreifen, sind hiernach nicht mehr von Bedeutung und Erklärungen des Schwurpflichtigen, die vielleicht in einem früheren Prozeßstadium zu einer anderen Entscheidung geführt hätten, können das weitere Verfahren im Sinne der §§ 462 ff. nicht ausschließen; dies kann auch nicht mittelbar geschehen, indem auf dem Wege der Eidesauslegung eine Korrektur der Eidesanordnung versucht wird.

§ 464. Abs. 2. 1. Annahme der Eidesverweigerung. a) OLG. Braunschweig, JDR. **10** Nr. 1 b jetzt auch SeuffA. **67** 78. b) **RG.** II. R. **12** Nr. 104, LeipzZ. **12** 74, JW. **12** 45. Der Eidesweigerung gleichzuachten sind Erklärungen des Schwurpflichtigen, die unmittelbar das Gegenteil des von ihm zu Beschwörenden besagen oder offensichtlich damit unvereinbar sind. Erklärungen des Schwurpflichtigen dagegen, aus denen das Gericht lediglich im Wege des Rückschlusses zur Annahme einer der Eidesleistung entgegenstehenden Tatsache gelangt, stehen der Eidesleistung nicht entgegen, auch wenn das Gericht bei früherer Kenntnis dieser Erklärung nicht zur Auferlegung des Eides gelangt wäre. Ist das bedingte Endurteil rechtskräftig geworden, so hat das Gericht nicht mehr nach freier Überzeugung über die Wahrheit oder Unwahrheit der unter den Eid gestellten Behauptungen zu befinden, sondern ist an die Entscheidung gebunden, die die schwurpflichtige Partei selbst durch die Eidesleistung oder deren Verweigerung trifft.

2. Irrtum bei der Eidesverweigerung. SeuffA. **67** 205, SchlHolstAnz. **12** 11 (Kiel). Die Eidesverweigerung ist als eine prozessuale Erklärung nicht nach Maßgabe des § 119 BGB. anfechtbar. Wird aber nachgewiesen, daß der Eidespflichtige über den Inhalt der erklärten Weigerung im Irrtum war oder diese Weigerung in Wirklichkeit nicht erklären wollte, so liegt eine Eidesverweigerung im Sinne der ZPO. überhaupt nicht vor.

§ 466. Literatur: Fuchs, Zur Auslegung der §§ 465—467 ZPO., SeuffBl. **12** 403—407, 443—456.

I. Form des Antrags. KGBl. **12** 116 (KG.). Es genügt jede Mitteilung, aus der unzweideutig erhellt, daß der Eidespflichtige die nachträgliche Abnahme des Eides verlangt. (Vorlegung eines die Bitte um Vertagung enthaltenden Telegramms des Schwurpflichtigen an seinen Anwalt durch diesen im Schwurtermine).

II. Frist für die Stellung des Antrages. 1. SchlHolstAnz. **12** 45 (Kiel). Die Anbringung des Antrags aus § 466 ist schon vor dem Eidestermine zulässig (z. B. in der Form eines Vertagungsantrags).

2. Beginnt die Frist auch dann mit dem Ablaufe des Tages des zur Eidesleistung bestimmten Termins zu laufen, wenn der Gegner des Schwurpflichtigen den Antrag aus § 465 nicht in diesem Termine, sondern in einem späteren Termine gestellt hat? *Fuchs, SeuffBl. **12** 403 ff., 443 ff. verneint die Frage mit folgender Begründung: § 467 Abs. 2 spricht nicht dafür, daß die Stellung des Verwirkungsantrags aus § 465 nicht Voraussetzung für den Beginn der Notfrist des § 466 sei. Dies ergibt sich schon aus der Anordnung des Stoffes in den §§ 465—467. § 467 Abs. 2 stellt sich gegenüber den §§ 465—467 Abs. 1, welche das Verfahren beim Nichterscheinen des Schwurpflichtigen im Eidesleistungstermine für alle Fälle ordnen, als eine Ausnahme für den besonderen Fall des § 467 Abs. 2 dar. § 467 Abs. 2 enthält nicht den Satz: Nur innerhalb einer Woche vom Eidesleistungstermin an kann der Schwurpflichtige den Antrag aus § 466 stellen, und zwar nur beim beauftragten oder ersuchten Richter. Da der Eidesleistungstermin ein Beweisaufnahmetermin ist, so ist, wenn in ihm der Schwurpflichtige den Eid nicht leistet und der Gegner den Verwirkungsantrag aus § 465 nicht stellt, gemäß § 368 ein neuer Termin zur

Eidesleistung anzuberaumen. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch die Bedeutung des Antrags aus § 466, der die Folge der Versäumung des Eidesleistungstermins beseitigen soll. Folge dieser Versäumung ist aber die sachliche Folge, daß der Eid als verweigert gilt, nicht etwa das Entstandensein des Rechtes auf Stellung des Verwirkungsantrags (so Neukamp ZPO. Anm. 1 zu § 466 im Widerspruche mit Vorbem. 4 zum 4. Tit. des 3. Abschn. des 1. Buches 195 und Ungenannt in JW. **02** 459). Ferner spricht für die hier vertretene Ansicht die Entstehungsgeschichte der §§ 465—468. Die Begründung sieht den Antrag als etwas Wesentliches an, sie hat ihn bestehen gelassen, obwohl der als Vorbild dienende § 46 G. vom 29. Juli 1890 keinen Antrag kennt. Außerdem bezeichnet die Begründung den Antrag als Ersatz für den Einspruch in dem Eidesversäumnisverfahren nach der bisherigen Fassung der ZPO., der Antrag soll also die Zwecke des Einspruchs erfüllen und dessen Bedeutung haben. Der Einspruch konnte aber erst nach Erlaß des die Folge der Eidesverweigerung verwirklichenden Versäumnisurteils eingelegt werden, und hatte die Wirkung der Beseitigung der durch dieses Urteil verwirklichten, nie die Wirkung der Abwendung der drohenden Versäumnisfolge. Der Antrag aus § 466 könnte aber, solange der Antrag aus § 465 nicht gestellt ist, nur die Wirkung der Abwendung der drohenden Versäumnisfolge haben. — Für die hier vertretene Meinung spricht auch die Erwägung, daß die Vorschrift des § 231 Abs. 2 auch im Falle des § 465 anwendbar ist. § 466 stellt nicht etwa eine Ausnahme von der Regel des § 231 Abs. 2 dar. Wie hier Koll (BuschsZ. **31** 96 ff.), Struckmann-Koch (ZPO. § 465 Anm. 2, § 466 Anm. 1), Schönfeld (R. **04** 140, 235), Osterrieth (JW. **02** 388 f.); a. M. Neukamp (ZPO. Anm. 4, I, A, a, α zu § 465, Anm. 1 zu § 466), Skonietzki-Gelpcke (ZPO. § 366 Anm. 4), Kroschel (BuschsZ. **28** 132), Meyer (das. 311), Ungenannt (JW. **02** 459), Brettner (R. **04** 194), Auerbach (JW. **99** 468), Daniels (DJZ. **01** 410), OLG. Cöln (BuschsZ. **31** 96, OLG. **5** 66, RheinA. **104** I 66).

§ 467. Abs. 2. 1. Zulässigkeit des Antrags auf Eidesabnahme schon vor dem Eidestermine s. § 466 Nr. II 1.

2. SchlHolstAnz. **12** 45 (Kiel). Die Vorschrift des § 467 Abs. 2 entbindet den ersuchten Richter nicht von der Verpflichtung, zunächst eine Entscheidung über einen rechtzeitig eingereichten Vertagungsantrag des Schwurpflichtigen zu treffen. Wird der Termin trotz Kenntnis von dem Vertagungsantrag ohne eine Bescheidung des Schwurpflichtigen abgehalten, so liegt bei dessen Ausbleiben der Fall der Versäumnis im Sinne des § 465 überhaupt nicht vor.

§ 469. I. R. **12** Nr. 1218 (Stuttgart). Durch das Anerbieten zur Leistung eines beschränkteren Eides muß der Gegner in eine, wenn auch nur prozessual günstigere Lage versetzt sein.

II. **RG.** III. R. **12** Nr. 463. Dem Erfordernisse, daß die Änderung der Eidesnorm den Gegner des Schwurpflichtigen in eine günstigere Lage versetzen müsse, ist jedenfalls genügt, wenn der Gegner in eine prozessual günstigere Lage versetzt wird. Daß die Entscheidung selbst günstiger für ihn ausfällt, daß er einen materiellen Vorteil erlangt, ist keineswegs eine Voraussetzung der Anwendung des § 469.

§ 471. Analoge Anwendbarkeit. OLG. **25** 114, HansGZ. **12** Beibl. 11, BauersZ. **19** 117 (Hamburg) Stellt sich im Eidestermine heraus, daß infolge ungenauer Bezeichnung der Partei die Zuschiebung nicht an den in Betracht kommenden Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft erfolgt ist und dementsprechend auch die Eidesauflage im Urteile dem wahren Sachverhalte nicht Rechnung trägt — die klagende Gesellschaft war in der Klagschrift als „Kaufmann Max R." bezeichnet und diesem daher der Eid auferlegt worden, während sie in Wirklichkeit lediglich die Firma „Max R." führte und ihre Inhaber die Kaufleute Max und Heinrich R. waren, von denen nur der letztgenannte für die Eideszuschiebung in Betracht kam —, so

steht einer sinngemäßen Anwendung des § 471 nichts im Wege. Der Streit, ob die vom Schwurpflichtigen dargelegten tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, kann auch innerhalb des Läuterungsverfahrens ausgefochten werden und daher stehen auch einem Beweisverfahren in diesem Stadium keine grundsätzlichen Bedenken entgegen.

§ 472. **RG.** III. LeipzZ. **12** 549, JW. **12** 755, BayRpflZ. **12** 311, R. **12** Nr. 1826. Die Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sind nicht als Streitgenossen im Sinne des § 472, sondern als gesetzliche Vertreter im Sinne des § 474 anzusehen.

§ 475. I. Prüfungspflicht des Gerichts. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 314. Eine Verletzung des § 286 in Verbindung mit § 475 liegt vor, wenn ein Urteil zu dem berechtigten Zweifel Anlaß gibt, ob sich das Gericht seiner Befugnis, die Beweisaufnahme durch einen richterlichen Eid zu ergänzen, bewußt gewesen ist.

2. **RG.** VII. JW. **12** 307. Die Prüfungspflicht des Gerichts, ob die Entscheidung von einem richterlichen Eide abhängig zu machen sei, besteht insbesondere in Anfechtungsprozessen, wenn die angefochtene Rechtshandlung sich als ein Erfüllungsgeschäft darstellt.

3. **RG.** V. R. **12** Nr. 1339. Ein Verstoß gegen § 475 liegt noch nicht dann vor, wenn das Gericht sich über die Frage der Auferlegung eines richterlichen Eides nicht besonders ausgesprochen hat, sondern nur dann, wenn vermutet werden kann, daß das Gericht sich der Befugnis zur Auferlegung des richterlichen Eides nicht bewußt gewesen ist.

II. Unanfechtbarkeit des Ergebnisses der Prüfungspflicht in tatsächlicher Hinsicht. **RG.** VII. 16. 4. 12, R. **12** Nr. 1660. Hat das Berufungsgericht deshalb nicht auf einen richterlichen Eid erkannt, weil es insbesondere mit Rücksicht auf die Persönlichkeit der für den Eid in Betracht zu ziehenden Partei der Ansicht ist, daß eine etwaige Eidesleistung nicht geeignet sein würde, ihm die volle richterliche Überzeugung von der Wahrheit der zu beschwörenden Tatsache zu verschaffen, so ist die Frage, ob die vom Berufungsgericht für seine Entschließung angegebenene Begründung in tatsächlicher Beziehung zutrifft, der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen (**RG.** **15** 340, JW. **95** 102, **99** 278). **RG.** IV. JW. **95** 183 steht nicht entgegen.

III. Streitige Tatsache. 1. **RG.** V. R. **12** Nr. 1827. Das Gericht ist bei der Fassung des Eides an den Wortlaut der Parteibehauptung nicht gebunden und braucht insbesondere nicht denjenigen Inhalt der Behauptung in die Eidesnorm aufzunehmen, den es für unwesentlich und für das, worüber es durch den Eid Überzeugung erlangen will, belanglos hält und halten darf.

2. **RG.** II. LeipzZ. **12** 392. Bei der Auferlegung eines richterlichen Eides ist es Sache der freien tatsächlichen Beurteilung des Gerichts, diejenigen streitigen Tatsachen zu bestimmen, deren Beschwörung es noch für erforderlich hält, um die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der entscheidenden Parteibehauptungen, die sich mit den unter den Eid gestellten Tatsachen nicht notwendig zu decken brauchen, zu begründen. Das Revisionsgericht kann deshalb eine Änderung der Eidesnorm, die mit der Begründung beantragt wird, die Eidesauflage erstrecke sich auch auf belanglose Tatsachen, nicht vornehmen, ohne in unzulässiger Weise in die dem Berufungsrichter vorbehaltene tatsächliche Beurteilung einzugreifen.

IV. Zulässigkeit vor Beweisaufnahme oder trotz ergebnisloser Beweisaufnahme. 1. **RG.** II. LeipzZ. **12** 663. Die Zulässigkeit des richterlichen Eides ist nicht dadurch bedingt, daß schon einiger Beweis vorliegt.

2. **RG.** I. HessRspr. **13** 49. Nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung steht es dem Gerichte frei, auch dann auf einen richterlichen Eid zu erkennen, wenn

überhaupt keine Beweisaufnahme stattgefunden oder die Beweisaufnahme kein Ergebnis geliefert hat.

V. Welcher Partei ist der richterliche Eid aufzuerlegen?

1. Auch die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Vorbringens einer Partei ist nicht ausschlaggebend. **RG.** VI. 6. 7. 12, JW. **12** 917, WarnE. **12** 500. Die Annahme, daß nur der Partei ein richterlicher Eid auferlegt werden dürfe, für deren Sachdarstellung die überwiegende Wahrscheinlichkeit spreche, ist rechtsirrig. Auch die an sich nach der sonstigen Sachlage weniger wahrscheinliche, wenn nur nicht ausgeschlossene Sachdarstellung kann dadurch, daß sie von einer vertrauenswürdigen Partei beschworen wird, für das Gericht nach dessen insoweit völlig freiem Ermessen glaubwürdig werden.

2. Auch die Vertrauenswürdigkeit ist nicht immer maßgebend. **RG.** I. LeipzZ. **12** 3912. Die Ansicht, daß für die Frage, welcher Partei der richterliche Eid anzuvertrauen sei, unter allen Umständen die persönliche Vertrauenswürdigkeit ausschlaggebend sein müsse, ist rechtsirrig. Mit **RG.** VII. 23. 12. 10 kann nicht für unstatthaft erachtet werden, eine Partei, die an sich vertrauensunwürdig ist, zum richterlichen Eide zuzulassen, wenn sie allein aus eigener Wahrnehmung schwören kann und ihre Behauptungen durch andere Umstände genügend unterstützt werden. Vgl. auch **RG.** R. **12** Nr. 1828.

3. Wahrheitseid. **RG.** VI. 13. 5. 12, R. **12** Nr. 2085. Auch die vermutlich bessere Kenntnis der Tatsachen, insbesondere die Möglichkeit, den Wahrheitseid zu leisten, kann bei der Entscheidung, welche Partei zum Eide zu verstatten sei, in Betracht gezogen werden (Stein, Anm. III zu § 475).

VI. Richterlicher Eid oder zugeschobener Eid? **RG.** VII. R. **12** Nr. 911. Hat die beweispflichtige Partei den ihr obliegenden Beweis nicht voll erbracht, aber die Richtigkeit ihrer Darstellung wahrscheinlich gemacht, so ist für einen der beweispflichtigen Partei von deren Gegner zugeschobenen Eid kein Raum; es kommt vielmehr nur die Auferlegung eines richterlichen Eides an eine der Parteien in Frage. Ist gleichwohl auf den zugeschobenen Eid erkannt, so kann dieser in der Revisionsinstanz nicht als richterlicher Eid aufrechterhalten werden.

§ 476. I. **RG.** VI. JDR. **10**, jetzt auch SeuffA. **67** 80.

II. R. **12** Nr. 1219 (Stuttgart). Welches die Folgen sind, wenn ein mehreren Streitgenossen auferlegter richterlicher Eid von einem Teile derselben verweigert wird, ist bestritten. Gaupp-Stein (10) zu § 476 u. a. nehmen an, daß in einem solchen Fall die betr. Partei vollständig unterliege. Der Senat hat sich jedoch schon im eidbedingten Urteile der Ansicht angeschlossen (Skonietzki-Gelpcke zu § 476, JW. **02** 395), daß in dem bezeichneten Falle freie Beweiswürdigung einzutreten habe. (Es wird dargelegt, daß die freie Beweiswürdigung zur Abweisung der Klage gegen denjenigen Beklagten führe, der den Eid geleistet hat, während der Eidesweigerer zu verurteilen sei.)

Elfter Titel. Verfahren bei Abnahme von Eiden.

§ 478. Verstoß gegen die Parteiöffentlichkeit bei der Eidesleistung vgl. § 357.

§ 479. R. **12** Nr. 479 (Hamm). Anwendung der Vorschrift auf die Abnahme des Offenbarungseids.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

Vor § 485. Literatur: Laubhardt, Zur Lehre von der Beweissicherung, BuschZ. **43** 46—60.

Kosten der Beweissicherung. 1. Laubhardt, BuschZ. **43** 46 ff. Die Kosten der Beweissicherung gehören zu den „Kosten des Rechtsstreits", wenn und

soweit das Prozeßgericht die Erhebung des Beweises, über den das Beweissicherungsverfahren stattgefunden hat, beschlossen hat. Sie können niemals Gegenstand eines besonderen Prozesses sein. Werden die Beweisverhandlungen in mehreren Prozessen benutzt, so können auch hinsichtlich der Kosten der Beweissicherung entgegengesetzte Entscheidungen ergehen. Wird in den verschiedenen Prozessen auch nur ein Gegner des Beweisführers zur Tragung der Kosten der Beweissicherung verurteilt, so kann sie der Beweisführer von diesem ohne Rücksicht auf die ihm ungünstigen Entscheidungen in den anderen Prozessen erstattet verlangen.

2. BadRpr. **12** 73 (Karlsruhe). Über die Kosten der Beweissicherung ist nicht besonders zu erkennen. Die allgemeine Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten umfaßt auch diese Kosten, soweit sie erstattungsfähig sind, was im Kostenfestsetzungsverfahren zu prüfen ist.

3. BuschsZ. **43** 128, ElsLothZ. **12** 373 (Colmar). Die Kosten eines Beweissicherungsverfahrens hat an sich der Antragsteller zu tragen (§ 89 GKG.). Kommt es zu dem Rechtsstreite, für den die Beweisaufnahme verwendet werden soll, so sind die Kosten der Beweissicherung als Prozeßkosten zu behandeln. Kommt es nicht dazu, so kann der Beweisführer den Ersatz der Kosten nur dann von dem Gegner verlangen, wenn zivilrechtlich ein solcher Anspruch begründet ist.

§ 491. Literatur: Gerok, Eine Lücke in der Novelle zur ZPO.? R. **12** 159—160.

Gerok, R. **12** 159. Die Vorschrift des § 491 ist offenbar versehentlich stehen geblieben, da für eine Durchbrechung des im § 497 aufgestellten Grundsatzes der Offizialladung im Beweissicherungsverfahren praktische Gründe nicht vorliegen. ➛ Verf. übersieht, daß für das Beweissicherungsverfahren nach § 486 Abs. 1 auch das LG. zuständig sein kann. Red. ⟵

§ 492. Abs. 1. OLG. **25** 112 (Hamm). Im Beweissicherungsverfahren ist die Ablehnung eines Sachverständigen unzulässig.

§ 493. I. **RG.** IV. WarnE. **12** 366, PosMSchr. **12** 63, R. **12** Nr. 1924 c. Die Benutzung von Beweisverhandlungen aus einem Beweissicherungsverfahren ist regelmäßig nicht Urkundenbeweis, sondern hat durchweg dieselbe rechtliche Bedeutung wie die Benutzung von Beweisverhandlungen, die im gewöhnlichen Verlaufe des Rechtsstreits aufgenommen sind; sie ist also, wenn es sich um Zeugenaussagen handelt, Zeugenbeweis.

II. Laubhardt, BuschsZ. **43** 55 f. Die Beweisverhandlungen können auch in mehreren Prozessen mit verschiedenen Gegnern ohne Rücksicht auf die Parteirolle des Beweisführers benutzt werden.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

Vor § 495. Literatur: v. Harder, Der Erfolg der Zivilprozeßnovelle, BadRpr. **12** 270. — Samter, Tagesfragen aus dem Gebiete der Zivilprozeßnovelle vom 1. Juni 1909, KGBl. **12** 26—28.

1. Samter, KGBl. **12** 20 ff. erörtert Streitfragen zu den §§ 502, 505, 506, 696 Abs. 2.

2. v. Harder, BadRpr. **12** 270. Die mit der Novelle zur ZPO. beabsichtigte Herbeiführung einer Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens, namentlich des Schreibwerkes, ist nicht eingetreten. Dagegen ist die nicht ins Auge gefaßte Erhöhung der Gerichtskosten für höhere Streitwerte durch Einführung des Auslagenpauschsatzes Tatsache geworden.

§ 496. Literatur: Levin, Über die Unterbrechung der Verjährung nach § 496 Abs. 3 ZPO., JW. **12** 449. — Meyer, Zustellung abgekürzter Urteile, BayRpflZ. **12** 481. — von der Pfordten, Urteilszustellung in abgekürzter Form, BayRpflZ. **12** 449—450. — Schilling, Zustellung der abgekürzten Urteilsausfertigungen, SeuffBl. **12** 329—330.

I. Abs. 3. Unterbrechung der Verjährung. *Levin, JW. 12 449. Die Klage kommt als Antrag oder Erklärung im Sinne des § 496 Abs. 3 nur insofern in Betracht, als durch ihre Einreichung ein konkretes Zustellungsgesuch erfolgt. Damit dem Gläubiger nicht die Möglichkeit gewährt werde, durch einseitigen Akt die Verjährung auf beliebige Zeit zu unterbrechen, ist dem Gesetz eine engere Auslegung zu geben. Der Zustellungsantrag, auf Grund dessen die Zustellung tatsächlich erfolgt, muß innerhalb der Verjährungsfrist gestellt sein. Ob ein späterer Antrag gegenüber der Klage eine Änderung im Sinne des § 268 enthält, ist gleichgültig.

II. Abs. 6. Zustellung abgekürzter Urteilsausfertigungen. 1. Schilling, SeuffBl. 12 329. Die Zustellung der verkürzten Urteilsausfertigung kann auch durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift derselben geschehen. Der scheinbar entgegenstehende Wortlaut des § 496 Abs. 6 beruht nur auf einem redaktionellen Versehen. Indes erscheint es ratsam, die Zustellung einer verkürzten Urteilsausfertigung nur in der Form des § 170 Satz 1 ausführen zu lassen, bis die Frage in der Rechtsprechung zweifelsfrei entschieden ist.

2. a) von der Pforten, BayRpflZ. 12 449. Die zustellende Partei darf aus einer ihr auf ihren besonderen Antrag erteilten vollständigen Ausfertigung des Urteils bei der Herstellung der beglaubigten Abschrift nicht eigenmächtig Tatbestand und Gründe weglassen. Sonst ist die Zustellung nach § 170 unwirksam (vgl. **RG. 55** 307, **61** 394). b) Ebenso Meyer, BayRpflZ. **12** 481.

c) Ebenso HessRspr. **13** 177 (LG. Gießen). Wenn nur eine vollständige Ausfertigung des Urteils erteilt ist, so ist die Zustellung einer von einem Anwalte beglaubigten verkürzten Abschrift wirkungslos.

§ 501. Literatur: Dittenberger, Die Bestimmungen des § 501 ZPO. in der Praxis, JW. **12** 280—281. — Strohbusch, Zum Offizialverfahren vor dem Amtsgerichte, NaumburgAK. **12** 62. — Vellemann, Zur Praxis des § 501, Naumburg AK. **12** 53. — Derselbe, Nochmals der § 501 der ZPO., NaumburgAK. **12** 70—71.

I. Dittenberger, JW. **12** 280 f. Der § 501 steht im wesentlichen auf dem Papier. Die mannigfachen Befürchtungen, die sich an seine Einführung knüpften, haben sich nicht verwirklicht. Das „verständige Ermessen des Richters", dem die Begründung diese Bestimmung anvertraute, hat sich dahin entschieden, keinen Gebrauch von ihr zu machen.

II. Abs. 1 Ziff. 4. Ladung von Zeugen. 1. Vellemann, NaumburgAK. **12** 53, sucht die praktische Brauchbarkeit der Vorschrift vor allem für die kleinen Amtsgerichte und in den Unterhaltsprozessen unehelicher Kinder darzulegen.

2. Strohbusch, NaumburgAK. **12** 62. Auch wenn von der Befugnis des § 501 Abs. 1 Ziff. 4 Gebrauch gemacht ist, beginnt die erste mündliche Verhandlung mit der Stellung der Anträge. Der Termin ist lediglich „Termin zur mündlichen Verhandlung". Die Zeugen werden nur bereit gehalten für den Fall, daß es nach allgemeinen Regeln überhaupt zu einer Beweisaufnahme kommt. Im Falle des Ausbleibens des Beklagten hat das Gericht daher beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 331 ohne Vernehmung der Zeugen sofort Versäumnisurteil zu erlassen.

3. Hiergegen Vellemann, NaumburgAK. **12** 70—71. Die „Anordnungen" des § 501 stellen sich begrifflich als Beweisanordnungen dar, die sich von einem „Beweisbeschlusse" nur formell dadurch unterscheiden, daß sie ohne mündliche Verhandlung ergehen können. Sie haben daher auf den weiteren Gang des Verfahrens dieselbe Wirkung wie ein auf Grund einer streitigen mündlichen Verhandlung ergangener Beweisbeschluß. Daraus folgt, daß zunächst die angeordnete Beweiserhebung auszuführen und erst dann zur Sache zu verhandeln ist. Dies gilt gemäß § 367 auch im Falle des Nichterscheinens einer oder beider Parteien.

4. Beweisgebühr des Anwalts. JW. **12** 551 (LG. Würzburg). Dem Rechtsanwalte steht im Falle einer Zeugenladung nach § 501 Ziff. 4 die Beweisgebühr zu und zwar auch dann, wenn die Vernehmung der Zeugen unterblieben ist, der Anwalt aber eine mit dem Beweisaufnahmeverfahren in unmittelbarem Zusammenhange stehende Tätigkeit (z. B. Mitteilung von der Zeugenladung an die Partei) entwickelt hat.

§ 505. Literatur: Hoffmann, Zur Handhabung der Zivilprozeßnovelle vom 1. Juni 1909 (§ 505 ZPO.), JW. **12** 378—379. — Levis, § 505 ZPO. in praktischer Anwendung, R. **12** 701—702. — Roeger, Ein Beitrag zur Auslegung des § 505 ZPO., BuschsZ. **42** 322—328. — v. Seuffert, Zur Verweisung des Rechtsstreits vom unzuständigen an das zuständige Gericht, BuschsZ. **42** 243—253.

I. Allgemeines. 1. *Roeger, BuschsZ. **42** 322. Die Verweisung nach § 505 ist eine ausdrücklich zugelassene Klagänderung. Das Prozeßrechtsverhältnis bleibt dasselbe, nur wechselt das Gericht. — Liegen die Voraussetzungen der Verweisung, insbesondere der Antrag des Klägers vor, so ist zu verweisen, auch wenn der Beklagte etwa Klagabweisung beantragen sollte. — Das Prinzip geht dahin, den Rechtsstreit so bald als möglich an das zuständige Gericht gelangen zu lassen. Das unzuständige Gericht hat deshalb die übrigen Prozeßvoraussetzungen nicht erst zu prüfen, falls es nicht schon geschehen sein sollte.

2. Levis, R. **12** 701 f. § 505 ist eine unvernünftige und auf die Dauer unhaltbare Bestimmung, so zweckmäßig er dann wäre, wenn er nicht nur beim Amtsgerichte gelten würde.

II. Verweisung nach Erledigung der Hauptsache. Hoffmann, JW. **12** 378. Der Verweisungsantrag ist zulässig, solange der Rechtsstreit anhängig ist. Dies bleibt er auch nach Erledigung der Hauptsache hinsichtlich der Entscheidung über die Kosten. Das Gericht, an das der Rechtsstreit insoweit verwiesen ist, hat über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten, sofern nicht § 93 zur Anwendung kommt, nach Maßgabe der Frage zu entscheiden, welche Partei in der Hauptsache unterlegen wäre, falls sich die Hauptsache nicht erledigt hätte. Nur die durch die Angehung des unzuständigen Gerichts entstandenen Mehrkosten hat in jedem Falle der Kläger zu tragen (Abs. 3 Satz 2).

III. Ist die Verweisung an ein Sondergericht zulässig? 1. OLG. **25** 118, GewuKfmG. **12** 212 (KG.); HessRspr. **13** 226 (LG. Darmstadt); BadRpr. **12** 222 (LG. Mannheim). Die Verweisung ist unzulässig.

2. Seuffert, BuschsZ. **42** 243 ff. Die Unanwendbarkeit der Vorschriften des § 505 im Verhältnisse der ordentlichen und der besonderen Gerichte ergibt sich auch aus den §§ 3 EGZPO., 28 GGG., 16 KGG., 11 ZPO.

3. Dagegen GewuKfmG. **12** 144 (LG. Chemnitz).

IV. Ist bei unzulässiger Verweisung an ein Sondergericht (Nr. III) ein Rechtsmittel zulässig oder ist der Beschluß bindend? 1. OLG. **25** 118, GewuKfmG. **12** 212 (KG.). Gegen die Verweisung ist trotz § 505 Abs. 2 die Beschwerde nach § 567 Abs. 1 gegeben, weil sich die Unanfechtbarkeit nur auf solche Beschlüsse bezieht, die das Gericht nach Maßgabe der Vorschrift des Abs. 1 beim Vorhandensein der dort aufgestellten Voraussetzungen erlassen durfte.

2. Ebenso HessRspr. **13** 226 (LG. Darmstadt). Eine ohne gesetzliche Grundlage erfolgte Verweisung ist nichtig. Diese Nichtigkeit ist auch von dem Beschwerdegerichte zu beachten, das in freier Handhabung des Gesetzes einen offenbar gesetzwidrigen Beschluß zu beseitigen hat. Ebenso BadRpr. **12** 222 (LG. Mannheim).

3. Seuffert, BuschsZ. **42** 243 ff. Der Beschluß, in dem der Rechtsstreit von dem Amtsgericht an ein besonderes Gericht verwiesen ist, ist mit der Berufung anfechtbar, da er, wenn auch nicht formell, so doch seinem Wesen nach, nichts anderes

als ein Endurteil ist. Dasselbe gilt von einem unzulässigerweise ohne Antrag des Klägers erlassenen Verweisungsbeschluß.

4. SchlHolstAnz. 12 59 (Kiel). Dem Gewerbegerichte steht gegen den Beschluß des Amtsgerichts, welches die Übernahme einer vom Gewerbegerichte wegen dessen Unzuständigkeit überwiesenen Sache abgelehnt hat, eine Beschwerde nicht zu. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der Bestimmung des § 567 Abs. 1.

§ 509. BadRpr. 12 31 (LG. Heidelberg). Ein von der Partei nach § 509 von auswärts zur mündlichen Verhandlung mitgebrachter und in dieser auch vernommener Zeuge hat gegenüber der Staatskasse keinen Anspruch auf Erstattung seiner Reisekosten; denn dieser Anspruch steht nur dem geladenen Zeugen zu (**RG. 43** 411).

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

Vor § 511. Literatur: Kayser, Rechtsmittelverzicht im Zivilprozeß. DJZ. 12 685—686.

Vereinbarung des Instanzenausschlusses. Kayser, DJZ. 12 685 f. Die Abrede über den Instanzenausschluß (vor Erlaß eines Urteils) ist im Gegensatz zu Hellwig, Lehrbuch I, 168 für materiell-rechtlich wirksam zu erachten, da sie weder gegen ein Verbotsgesetz noch gegen die guten Sitten verstößt. Prozeßrechtlich ergibt sich ihre Zulässigkeit auch aus der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens, das den Verzicht auf staatliche Rechtsprechung schlechthin bedeutet.

§ 511. I. Wann liegt eine Beschwer vor? BadRpr. 12 218 (Karlsruhe). Die für die Berufung vorausgesetzte Beschwer des Berufungsklägers ist vorhanden, wenn in irgendeiner Richtung zum Nachteile des Berufungsklägers erkannt worden ist. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Berufungskläger im ersten Urteil alles erhalten hat, was er in erster Instanz begehrte. Die Berufung ist deshalb unzulässig, wenn sie lediglich den Zweck verfolgt, einen neuen Anspruch in den Prozeß einzuführen, oder auch nur eine an sich nach §§ 529 Abs. 2, 268 Ziff. 2 und 3 erlaubte Erweiterung des Klaganspruchs erstrebt wird (vgl. **RG. 13** 398, **29** 375, **45** 321, 414).

II. Beschwer durch Anordnung der Sicherheitsleistung. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **56** 1050. Der Kläger ist durch die Anordnung der Sicherheitsleistung gemäß § 710 dann nicht mehr beschwert, wenn der Beklagte vor Einlegung der Berufung die Urteilssumme zum Zwecke der Erfüllung gezahlt hat. Hat der Beklagte aber nur gezahlt, um die ihm drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden, so liegt eine Beschwer vor. Denn in einem solchen Falle erledigt sich die zum Zwecke der Vollstreckung des Urteils bewirkte Sicherheitshinterlegung nicht mit der Leistung der Zahlung, so daß der Kläger zur Rücknahme der Sicherheit berechtigt wäre. Die Sicherheit haftet dem Gegner vielmehr fort (§ 717 Abs. 2).

III. Beschwer im Eheprozesse. **RG.** IV. PosMSchr. 12 6, R. **12** Nr. 2049, JW. 12 393. Dem Anfechtungskläger gereicht es zur Beschwerde, wenn die Nichtigkeit der Ehe, die er wegen Irrtums und arglistiger Täuschung auf Grund eines einheitlichen Tatbestandes angefochten hat, nur wegen Irrtums, nicht wegen arglistiger Täuschung ausgesprochen wird. Die Nichtigkeitserklärung wegen arglistiger Täuschung hat weitergehende rechtliche Folgen als diejenige wegen Irrtums (§§ 1345 Abs. 1, 1346 Satz 2 BGB.). Wenn der Kläger in erster Instanz auch nicht zum Ausdruck gebracht hat, daß über den Klagegrund der arglistigen Täuschung in erster Linie entschieden werden sollte, so ist seinem Begehren doch durch eine lediglich die Anfechtung wegen Irrtums betreffende Entscheidung nicht Genüge geschehen, weil es

sich hier nicht um zwei selbständig nebeneinander stehende Klagegründe, sondern um einen einheitlichen Tatbestand handelt, der nach dem Vorbringen des Klägers mindestens die Anfechtung wegen Irrtums rechtfertigen sollte. Es liegt also auch eine prozessuale Beschwerung vor.

IV. Berichtigung eines Urteils im Wege der Berufung s. § 319 Nr. IV.

V. Berufung oder Ergänzungsurteil wegen Übergehung von Anträgen des Beklagten? S. § 321 III.

§ 513. Abs. 2. 1. KGBl. **12** 67 (LG. I Berlin). Ein Fall der Versäumung liegt nicht vor, wenn die Prozeßbevollmächtigten die Verhandlung zu späterer Terminsstunde vereinbart haben, die eine Partei selbst aber zu der ursprünglich festgesetzten Terminzeit erschienen ist und Versäumnisurteil gegen die andere erwirkt hat.

2. OLG. **25** 131 (Frankfurt). Der Umstand, daß der säumige Kläger nicht rechtzeitig das Armenrecht erlangt hat, ist, selbst wenn es als unabwendbarer Zufall anzusehen ist, durch den der Kläger am Erscheinen im Termine verhindert war, nicht geeignet, den im übrigen tatsächlich vorliegenden Fall der Säumnis im Sinne des § 513 auszuschließen.

§ 514. Literatur: Reuter, Ist ein Verzicht auf Erweiterung der Rechtsmittelanträge wirksam? JW. 12 674—675.

I. Verzicht durch schlüssige Handlungen. R. **12** Nr. 1339, SeuffA. **67** 167, OLG. **25** 119, BayRpflZ. **12** 182 (München). Ein wirksamer Berufungsverzicht liegt auch vor, wenn in einem Anwaltsprozesse zunächst die Partei selbst zu Protokoll des Gerichtsschreibers (also unwirksam) den Verzicht erklärt, hiervon aber sofort den Gegenanwalt verständigt und dieser daraufhin Rechtskraftzeugnis erwirkt.

II. OLG. **25** 119 Anm. 2 (Hamburg). Wenn der Anwalt lediglich über die augenblickliche Willensmeinung seines Mandanten, daß dieser keine Berufung einlegen wolle, berichtet und damit die Bitte um Übersendung der Kostenrechnung verbindet, so ist die Erklärung, daß sich die Partei des Rechtsmittels begebe, nicht ausdrücklich abgegeben und darf der Mitteilung über die Willensmeinung der Partei nicht untergelegt werden.

III. Einschränkung der Berufung. Reuter, JW. **12** 674 f. Die in der Berufungsschrift enthaltene Erklärung, das Urteil werde nur in Höhe eines bestimmten Teiles des Streitgegenstandes angefochten, enthält keinen einseitig bindenden Verzicht auf die Erweiterung des Berufungsantrags. Die gegenteilige Ansicht des OLG. Marienwerder, JDR. **10** Nr. 3 ist schon deshalb unhaltbar, weil das Gesetz einen teilweisen Verzicht auf die Berufung nicht kennt. **RG. 55** 276 ist ebenfalls abwegig.

IV. Folge der Aufrechterhaltung der Berufung trotz Verzichts. R. **12** Nr. 1829 (Hamburg). Hat der Berufungskläger dem Gegner gegenüber nach Einlegung der Berufung auf das Rechtsmittel vertraglich verzichtet, so ist die Berufung, wenn sie der Berufungskläger dessenungeachtet nicht zurücknimmt, sondern aufrechterhält, als unzulässig zu verwerfen. § 535 steht nicht entgegen, da er die Fälle der unzulässigen Berufung keineswegs erschöpfend aufführt.

§ 515. I. Wann liegt Zurücknahme vor? Teilweise Zurücknahme? 1. BadRpr. **12** 251 (Karlsruhe). Der Umfang der Berufung wird erst durch die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge bestimmt. In der Unterlassung der Stellung eines in der Berufungsschrift angekündigten Antrags in der mündlichen Verhandlung liegt daher keine teilweise Zurücknahme der Berufung.

2. OLG. **25** 120, HansGZ. **12** Beibl. 122 (Hamburg). Hat der Berufungskläger Berufung in vollem Umfang eingelegt und erst in der Berufungsverhandlung erklärt, daß er Anträge nur in beschränktem Umfange stellen wolle, so ist in dieser Er-

klärung eine teilweise Zurücknahme des Rechtsmittels zu erblicken. Einem Antrage des Berufungsbeklagten, den Gegner der Berufung, soweit sie zurückgenommen ist, für verlustig zu erklären, muß stattgegeben werden, da die Vorschrift des § 515 Abs. 3 nicht auf den Fall der gänzlichen Zurücknahme des Rechtsmittels beschränkt ist (anders **RG. 7** 370, JW. **02** 633).

II. Abs. 3. 1. Verzicht auf die Erwirkung des Urteils. Vgl. § 271 Nr. IV 7.

2. Vergleich über die Kostenpflicht. a) OLG. **25** 121, R. **12** Nr. 1341 (Braunschweig). Die in dem § 515 Abs. 3 geregelte Kostenpflicht kann auch Gegenstand eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs sein. Ein solcher Vergleich hat den Verlust des Antragsrechts auf ein Kostenurteil zur Folge. Geraten die Parteien über den behaupteten Vergleich in Streit, so ist in eine Beweiserhebung hierüber einzutreten. b) Dazu Mugdan, OLG. **25** 122 Anm. 1. Haben sich die Parteien verglichen, also gegenseitig nachgegeben, ohne den Kostenpunkt abweichend zu regeln, so greift die Regel des § 98 Platz, gleichviel, ob sein Wortlaut wiederholt oder dies als selbstverständlich oder aus sonstigem Grunde weggeblieben ist. Auch in letzterem Falle sieht das Gesetz es so an, als ob die Parteien über die Aufhebung der Kosten einig geworden wären. Der Vergleich ergreift also stets auch die Kosten und läßt demgemäß keinen Raum für den § 515 Abs. 3.

§ 518. I. Übergabe der Berufungsschrift am letzten Tage der Frist an den Gerichtsschreiber in dessen Privatwohnung nach neuem Rechte. Vgl. § 207 Nr. II.

II. Abs. 3. Keine Ablehnung der Terminsbestimmung bei Vorlegung einer abgekürzten Urteilsausfertigung. OLG. Colmar, JDR. **10** Nr. IV jetzt auch ElsLothJZ. **12** 78.

§ 520. Abs. 1 Satz 3. Beifügung ungenügend beglaubigter Abschriften der Berufungsschrift. R. **12** Nr. 464 (Colmar). Die Zulässigkeit der Berufung scheitert, was die Wahrung der Förmlichkeiten ihrer Einlegung betrifft, nicht daran, daß der Berufungskläger seiner vorschriftsmäßigen Berufungsschrift Abschriften beigefügt hat, deren Beglaubigungsvermerke von seinem Prozeßbevollmächtigten bloß mit dem Anfangsbuchstaben seines Namens versehen sind.

§ 521. Anschließung zwecks Klagerweiterung. 1. R. **12** Nr. 3231 (Stuttgart). Der Berufungsbeklagte kann sich, auch wenn er durch das Urteil erster Instanz nicht beschwert ist, lediglich zu dem Zweck einer Klagerweiterung der Berufung anschließen; dies selbst dann, wenn er ursprünglich erklärt hat, daß er Anschlußberufung nur insoweit einlege, als er durch das Urteil 1. Instanz be-beschwert sei. Diese Erklärung ist kein Verzicht auf jene Befugnis.

2. OLG. **25** 131 Anm. 1 (BayObLG.). Hat der nach dem Klagantrage verurteilte Beklagte Berufung eingelegt, so kann sich ihr der Kläger zum Zwecke der Klagerweiterung anschließen, gleichviel ob diese völlig neu ist oder schon als vorsorglicher Klagantrag gestellt war und ob die Anschlußbeschwerde mit der des Beklagten zusammenhängt.

§ 522. R. **12** Nr. 3403 (Hamburg). Ist der Berufungskläger säumig und wird er infolgedessen durch Versäumnisurteil seiner Berufung für verlustig erklärt, so kann der Beklagte nicht verlangen, daß der Kläger auch zur Tragung der Kosten der Anschlußberufung verurteilt werde.

§ 523. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 366. Für die Berufungsinstanz besteht keine weitere Abweichung von dem, was über die Berichtigung von Anführungen in erster Instanz gilt, als daß die regelmäßige Unzulässigkeit der Erhebung von neuen Ansprüchen und der Geltendmachung der Aufrechnung einer Gegen-

forderung (§ 529 Abs. 2 und 3) eine entsprechende mittelbare Beschränkung der Zulässigkeit der Berichtigung von tatsächlichen Anführungen bewirkt.

§§ 525, 526. RG. WarnE. **12** 46. Gegenstand der Entscheidung des Berufungsgerichts ist der gesamte Rechtsstoff, wie er sich aus dem vorgetragenen Inhalte des angefochtenen Urteils und aus dem weiteren Vortrage der Parteien ergibt. Welche Partei den Inhalt des Urteils vorgetragen hat, ist dabei unerheblich. Durch den Vortrag wird auch das Vorbringen des Gegners als Streitstoff der Entscheidung des Berufungsrichters unterbreitet, sofern nicht der Gegner sein Vorbringen in der Berufungsinstanz ändert. Die in erster Instanz von dem Beklagten vorgeschützte Einrede des Schiedsvertrags wird daher durch den Vortrag des erstinstanzlichen Urteils bei der ersten Verhandlung vor dem Berufungsgericht auch zum Gegenstande der Verhandlung zweiter Instanz gemacht. Das Berufungsgericht ist ohne Einlegung einer Anschlußberufung befugt, über sie eine Entscheidung zu treffen.

§ 527. RG. WarnE. **12** 20. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall, daß die Klagänderung bereits in erster Instanz erfolgt, ihr Vorliegen aber vom Gericht erster Instanz unentschieden gelassen ist. In diesem Falle gilt vielmehr auch für die Berufungsinstanz § 264 (vgl. oben Ziff. II zu § 264).

§ 528. I. Abs. 1 Satz 1. Einrede der Rechtshängigkeit in Ehesachen. ElsLothJZ. **12** 40 (Colmar). Die Vorschrift gilt nicht für die Einrede der Rechtshängigkeit in Ehesachen, da die Rechtshängigkeit in diesen von Amts wegen zu berücksichtigen ist (vgl. vor § 606 Nr. 1).

II. Abs. 1 Satz 2. Bezieht sich die Vorschrift nur auf die örtliche, oder auch auf die sachliche Unzuständigkeit? 1. OLG. **25** 135 (Dresden). Die Vorschrift des § 528 Abs. 1 Satz 2 ist bestimmt, Weiterungen bei dem Mangel der örtlichen Zuständigkeit abzuschneiden, sie hindert aber nicht eine Geltendmachung der sachlichen Unzuständigkeit. Dagegen KGBl. **12** 117 (KG.).

§ 529. I. Abs. 2. 1. **RG.** V. 15. 5. 12, R. **12** Nr. 1921, JW. **12** 794. Ein neuer Anspruch ist jeder in erster Instanz noch nicht gestellter, auf einen neuen Gegenstand gerichteter Antrag (**RG. 47** 393). Als in erster Instanz noch nicht gestellt muß auch ein dort wieder fallen gelassener oder zurückgenommener Antrag angesehen werden (**RG. 66** 14).

2. **RG.** VII. LeipzZ. **12** 772. Die Forderung, deretwegen Rückgewähr begehrt wird, bildet einen Bestandteil des Grundes und Antrags der Anfechtungsklage aus §§ 3 ff. AnfG. (vgl. **RG. 39** 3, JW. **98** 157, **03** 128). Die Geltendmachung einer neuen Forderung des Anfechtungsklägers in der Berufungsinstanz stellt daher einen neuen Anfechtungsklaganspruch dar, dessen Erhebung nur mit Einwilligung des Anfechtungsgegners zulässig ist.

3. **RG.** III. R. **12** Nr. 1830. Der im Berufungsverfahren erhobene sogenannte Inzidentfeststellungsanspruch (§ 280) bildet einen neuen Anspruch im Sinne von § 529 Abs. 2, der bei dem Widerspruche des Beklagten nicht berücksichtigt werden kann (GruchotsBeitr. **39** 906, Stein (10), Anm. II 4 zu § 280).

4. Wegen Klagerweiterung durch Anschlußberufung s. § 521

II. Abs. 3 Satz 2. Über die Rechtsbehelfe, wenn die Geltendmachung der Gegenforderung nicht vorbehalten ist, vgl. § 321 Nr. III.

§ 533. Abs. 2. **RG.** VI. HansGZ. **12** Beibl. 161. Würde eine Aufhebung des angefochtenen Urteils wegen prozeßordnungswidriger Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluß nur zu dem Ergebnisse führen, daß derselbe Eid derselben Partei

nochmals durch bedingtes Endurteil auferlegt und nochmals von ihr abgeleistet werden müßte, so hat sie zu unterbleiben. Aus lediglich formalen Gründen soll eine bereits erfolgte Eidesleistung nicht als nicht geschehen angesehen werden.

§ 535. I. OLG. **25** 123 (Celle). Der Umstand, daß der Berufungsbeklagte gegen den säumigen Berufungskläger ein Versäumnisurteil beantragen konnte, weil die Berufungsschrift die tatsächlich nicht erfolgte Zustellung des angegriffenen Urteils behauptete, hindert den Beklagten nicht, unter Bestreitung der Zustellung zu beantragen, die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

II. BadRpr. **12** 218 (Karlsruhe). Ist die Berufung an sich zulässig, weil eine Beschwer vorhanden ist, so kann sie auch der Umstand, daß mit ihr zugleich eine mit Rücksicht auf § 529 Abs. 2 unzulässige Widerklage erhoben ist, nicht teilweise unzulässig machen. Die Berufung ist vielmehr insoweit als teilweise unbegründet zurückzuweisen.

III. Über einen weiteren Fall der Verwerfung der Berufung als unzulässig vgl. § 514 Nr. IV.

§ 536. I. Keine reformatio in pejus, wenn das Berufungsgericht zum Nachteile des Berufungsklägers die Scheidung der Ehe anstatt aus § 1568 BGB. wegen eines Ehebruchs aufrechterhält. **RG.** IV. JW. **12** 466, BayRpflZ. **12** 193. Die mit dieser Feststellung für den Berufungskläger verbundenen Nachteile (Verbot der Wiederverheiratung nach § 1312 BGB. und Strafantragsrecht des anderen Ehegatten nach § 172 StGB.) liegen außerhalb des streitigen Privatrechtsverhältnisses.

II. Kostenentscheidung. **RG.** VI. 13. 6. 12, JW. **12** 877. § 536 enthält keine Bindung des Berufungsgerichts an die Anträge der Parteien hinsichtlich des Kostenpunkts.

§ 537. I. **RG.** V. R. **12** Nr. 2088. Erledigt sich der Hauptantrag im Laufe des Prozesses durch Veränderung der Umstände, so ist auch auf einen Hilfsantrag, der nur für den Fall der Abweisung des Hauptantrags gestellt ist, nicht weiter einzugehen.

II. Kostenpunkt. **RG.** VI. 13. 6. 12, JW. **12** 877. Die Vorschrift hindert das Berufungsgericht nicht an der Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz, mag auch das Gericht dieser Instanz von seinem Standpunkt aus mit Recht oder zu Unrecht diese Entscheidung unterlassen haben.

§ 538. I. Abs. 1 Ziff. 2. 1. **RG.** VII. R. **12** Nr. 2089. Die Zurückverweisung hat auch dann zu erfolgen, wenn die erste Instanz die Klagabweisung sowohl auf die Unzulässigkeit des Rechtswegs wie auch — unzulässigerweise — auf einen materiellen Grund gestützt hat. 2. PosMSchr. **12** 130 (Posen). Die Vorschrift gilt auch für den Arrestprozeß.

II. Abs. 1 Ziff. 3. 1. **RG.** VI. 11. 11. 11, **77** 397, LeipzZ. **12** 152, R. **12** Nr. 108, JW. **12** 80. Die Zurückverweisung hat auch dann zu erfolgen, wenn der Anspruch erst in der Berufungsinstanz ziffermäßig bestimmt worden ist, in erster Instanz also ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch genau genommen nicht vorgelegen hat.

2. R. **12** Nr. 3232 (Stuttgart). Der Berufungsrichter hat eine Sache auch dann zur weiteren Verhandlung über den Betrag an die erste Instanz zurückzuverweisen, wenn diese den Beklagten teilweise durch Versäumnisurteil verurteilt, teilweise aber den Kläger abgewiesen und dieser die Berufung eingelegt hat. Der Anspruch ist trotz der Versäumnisfolge des § 331 Abs. 1 schon als in erster Instanz hinsichtlich des Betrags streitig geworden anzusehen.

3. **RG.** V. 27. 4. 12, R. **12** Nr. 1831. Handelt es sich um selbständige Schadensersatzansprüche mit nicht durchweg übereinstimmenden Voraussetzungen, so ist der

Grund des Anspruchs gesondert zu prüfen und, soweit der Anspruch sich als unbegründet darstellt, gesondert zu erkennen.

4. **RG.** VI. R. **12** Nr. 2968, JW. **12** 754. Ist ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz aber zu einem Bruchteile für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt, so darf nur insoweit eine Zurückverweisung in die erste Instanz erfolgen; im übrigen ist die Berufung zurückzuweisen.

5. R. **12** Nr. 2319, SächsRpflA. **11** 564 (Dresden). Zurückverweisung ist nicht nötig, wenn dem Berufungsgericht alle zur Bestimmung der Höhe des Anspruchs erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stehen.

6. Im Falle des § 254. BadRpr. **12** 51 (Karlsruhe). Eine Zurückverweisung findet nicht statt, wenn das Berufungsgericht den Anspruch eines Handlungsagenten auf Erteilung eines Buchauszugs, den der erste Richter durch Teilurteil zuerkannt hatte, für unbegründet hält und demgemäß zur gänzlichen Abweisung der Klage gelangt (vgl. § 254 Nr. III).

§ 539. I. R. **12** Nr. 3400 (München). Rechtsirrige Verneinung des Feststellungsinteresses bildet einen wesentlichen Verfahrensmangel.

II. R. **12** Nr. 1061 (Frankfurt). War der Klagantrag sowohl auf Einwilligung in die Wandelung als auf Rückgewähr gerichtet und ist ersterem durch das angefochtene Urteil stattgegeben, so ist das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.

§ 540. Über die Rechtsbehelfe, wenn die Geltendmachung zurückgewiesener Verteidigungsmittel nicht vorbehalten ist, vgl. § 321 Nr. III.

§ 542. DJZ. **12** 1536 (Oldenburg). Die Vorschrift gilt auch im Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung.

Zweiter Abschnitt. Revision.

§§ 545 ff. Literatur: Freymuth, Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung? RuW. **1** 432—434. — ten Hompel, Der Gesetzgebungsgerichtshof, DRZ. **12** 366—370. — Zeiler, Gesetzgebungs- oder Auslegungsgerichtshof? DRZ. **12** 726—732, 781—792. — Derselbe, Von den **responsa prudentium** zum Auslegungsgerichtshofe, RheinZ. **4** 367—414.

I. Zeiler, RheinZ. **4** 367 ff., DRZ. **12** 726 ff., 781 ff., hält an seinem Vorschlage der Errichtung eines Gerichtshofs für bindende Rechtsauslegung fest (vgl. JDR. **10** Nr. 2).

II. Freymuth, RuW. **1** 432—434, lehnt den Zeilerschen Vorschlag der Schaffung eines Gerichtshofs für bindende Gesetzesauslegung scharf ab.

§ 545. Beschwer. **RG.** V. 4. 3. 12, **78** 398. Dem Beklagten steht gegen ein die Klage abweisendes Urteil die Revision zu, wenn die Abweisung lediglich darauf beruht, daß die Klageforderung durch eine vom Beklagten eventuell zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung für getilgt erachtet ist (**RG. 37** 403). Der Beklagte ist dadurch beschwert, daß seine Forderung zur Aufrechnung verwendet und somit getilgt ist, während er in erster Linie geltend gemacht hat, die Klage müsse als unbegründet abgewiesen werden, ohne daß er seine Forderung zur Aufrechnung zu stellen brauche.

§ 546. I. Vermögensrechtlicher Anspruch. **RG.** VI. R. **12** Nr. 634. Unterlassungsklagen gegen Ehrverletzung sind nicht deshalb vermögensrechtlich, weil auch eine (nicht eingeklagte) Vermögensbeschädigung eingetreten ist.

II. Grundsätzliches über den Beschwerdewert. 1. Erklärungen des Revisionsbeklagten. **RG.** I. WarnE. **12** 404, R. **12** Nr. 2572. Einseitige Erklärungen des Revisionsbeklagten sind für die Bemessung des Wertes des Beschwerdegegenstandes bedeutungslos (vgl. **RG. 5** 387, JW. **97** 601, **99** 830). So die Erklärung: seit der Erlassung des Berufungsurteils habe sich die Schuld des Revisionsklägers durch Zahlungen auf 3639,50 M. ermäßigt. Denn durch

diese Erklärung wird die auf Zahlung von 4680 M. gehende urteilsmäßige Verpflichtung des Revisionsklägers, die er durch die Revision zu beseitigen sucht, nicht abgeändert.

2. Zwischen- und Teilurteil. **RG.** III. R. **12** Nr. 2573. Die Revision gegen ein Zwischen- und Teilurteil, durch das eine prozeßhindernde Einrede verworfen und zugleich über einen Teilbetrag von 4000 M. des Klaganspruchs erkannt ist, ist unzulässig. Der von dem Zwischenurteile mitbetroffene Rest des Klaganspruchs kann bei Berechnung des Wertes des Beschwerdegegenstandes nicht mitberücksichtigt werden, weil das Zwischenurteil mangels der Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 nicht ein in betreff der Rechtsmittel als Endurteil geltendes Urteil im Sinne des § 275 Abs. 2 ist.

3. Streitgenossen. **a)** R. **12** Nr. 465 (BayObLG.). Bei der Revision mehrerer Streitgenossen sind die Beschwerdewerte zusammenzurechnen, auch wenn sie verschiedene Ansprüche betreffen (**RG. 41** 414, **46** 398). **b)** R. **12** Nr. 1832 (Bay. ObLG.). Soweit es sich um eine Streitgenossenschaft zu gewöhnlichen Bruchteilen handelt, mindert sich die Revisionssumme durch Wegfall einzelner Streitgenossen.

4. Hilfsantrag. **RG.** VI. 29. 4. 12, R. **12** Nr. 1833 a. Ist in der schriftlichen Revisionsbegründung lediglich gerügt, daß dem Hilfsantrage nicht stattgegeben worden sei, so ist auch nur der Hilfsantrag der Bemessung des Beschwerdewerts zugrunde zu legen (**RG. 66** 178, 323).

5. Revision bei Eventualaufrechnung. **RG.** V. 4. 3. 12, **78** 398. Ist auf Abweisung der Klage erkannt, weil die Klageforderung durch eine vom Beklagten eventuell zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung für getilgt erachtet ist, so ist der Wert des Beschwerdegegenstandes für die Revision des Beklagten gleich dem Betrage der Gegenforderung.

6. Rentenfeststellungsklage. **RG.** VI. 2. 3. 12, R. **12** Nr. 1343. Es ist Sache des Klägers, als Revisionskläger die Fortdauer der Erwerbseinbuße auf Jahre hinaus glaubhaft zu machen, wenn er für seine Feststellungsklage die entsprechende Anwendung des § 9 beansprucht.

7. Negative Feststellungsklage. **RG.** V. LeipzZ. **12** 759. Für den Streitwert der negativen Feststellungsklage ist, wie das RG. bereits mehrfach ausgesprochen hat, der ziffermäßige Betrag des Anspruchs maßgebend, dessen sich der Beklagte nach der Behauptung des Klägers berühmt hat. Ebenso hoch ist aber der Beschwerdewert; denn die mit der Revision erstrebte Abweisung der negativen Feststellungsklage würde als Feststellung des von dem Kläger verneinten Rechtsverhältnisses wirken.

8. R. **12** Nr. 633 (BayObLG.). Die Revision ist auch dann mangels Revisionssumme zu verwerfen, wenn deren Höhe sich erst aus dem Gesetz ergibt, dessen Anwendbarkeit die Revision mit Unrecht bestreitet.

III. Beschwerdewert. Einzelfälle. 1. **Unterlassungsklagen.** **a) RG.** I. MSchutzuWettbew. **11** 143. Der Streitwert eines Untersagungsanspruchs wegen Patentverletzung übersteigt für den Revisionskläger die Revisionssumme nicht, wenn das Berufungsurteil die Berufung gegen das verurteilende landgerichtliche Erkenntnis zwar zurückgewiesen, zugleich aber auf Antrag des Klägers den Untersagungsanspruch wegen Ablaufs der Schutzfrist für erledigt erklärt hat. **b) RG.** II. MSchutzuWettbew. **11** 201. Der Anspruch auf Unterlassung einer Warenbezeichnung wird nicht dadurch hinfällig, daß die Eintragung in der Zeichenrolle des Patentamts gelöscht ist. Denn damit wird die Warenbezeichnung nur ihres Schutzrechts entkleidet, der Beklagte aber noch nicht an deren Gebrauch und der fortdauernden Beeinträchtigung des Klägers gehindert. Der Beschwerdewert kann also in einem solchen Falle sehr wohl den Betrag von 4000 M. übersteigen. **c) RG.** II. MSchutzuWettbew. **11** 146. Berechnung des Wertes des Beschwerde-

gegenstandes bei Unterlassungsklagen wirtschaftlicher Verbände auf Grund des UnlWG. **d)** **RG.** II. MschutzuWettbew. **11** 203. Berechnung des Beschwerdewerts bei Klagen aus §§ 3 und 5 UnlWG. auf Unterlassung der Aufnahme sog. Füllinserate. **e)** **RG.** II. MschutzuWettbew. **11** 380. Der Streitwert bei einer Klage auf Unterlassung der Ankündigung eines Ausverkaufs in einem bestimmten Laden kann zu einem Betrage von mehr als 4000 M. nicht bemessen werden, wenn das Geschäftshaus, in dem sich der Laden befunden hat, bereits kurze Zeit nach Klagerhebung abgebrochen worden ist.

2. **RG.** V. DJZ. **12** 1469. Beispiel der Berechnung des Beschwerdegegenstandes bei einem Wandelungsanspruche.

3. **RG.** II. R. **12** Nr. 3126. Handelt es sich um das Bestehen oder Nichtbestehen einer Grunddienstbarkeit (Wäschegerechtigkeit), so ist Beschwerdewert der Unterschied zwischen dem Werte des unbelasteten und des belasteten Grundstücks.

4. **RG.** VI. R. **12** Nr. 1833. Wenn der Kläger, gemäß Art. 1166 Code civil als Gläubiger in den Rechten seines in Konkurs geratenen Schuldners auftretend, den Klagantrag darauf richtet, daß der Beklagte die Klagesumme zu Händen des Verwalters in dem (mangels Masse eingestellten) Konkurs über das Vermögen jenes Schuldners zahle, muß er, bei Vermeidung der Verwerfung der Revision als unzulässig, glaubhaft machen, daß er, falls er mit der Klage durchdringen würde, auf eine Befriedigung von über 4000 M. rechnen könnte.

IV. Glaubhaftmachung. 1. **RG.** II. R. **12** Nr. 3127. Eidesstattliche Schätzungen der Revisionssumme sind unbeachtlich, wenn ihnen offensichtliche Sachunkenntnis anhaftet.

2. **RG.** VII. R. **12** Nr. 1922. Zur Glaubhaftmachung des Vorhandenseins der Revisionssumme hinsichtlich eines streitigen Vollfischereirechts sind Bescheinigungen über dessen den Betrag von 4000 M. übersteigenden Wert dann nicht ausreichend, wenn sich aus ihnen nicht mit genügender Sicherheit erkennen läßt, ob bei den darin enthaltenen Wertangaben nur die aus dem Betriebe der Fischerei zu gewinnenden Reinerträgnisse nach Abzug der auf ihre Gewinnung zu machenden Aufwendungen berücksichtigt worden sind oder ob der Wertabschätzung die Roherträge zugrunde liegen.

3. **RG.** I. R. **12** Nr. 2097, JW. **12** 802. Eine Klage, mit der die Verletzung der Formvorschrift des § 259 Abs. 2 HGB. geltend gemacht wird, ist eine gewöhnliche Feststellungsklage, auf die sich die Ausnahmebestimmung des § 271 Abs. 2 HGB. nicht erstreckt, so daß für die Revisionsinstanz die Beschwerdesumme glaubhaft zu machen ist.

V. Veränderungen des Beschwerdegegenstandes nach Einlegung der Revision. 1. Zulässigkeit der Revision bei Erledigung der Hauptsache nach Einlegung des Rechtsmittels. **a)** **RG.** V. 17. 6. 11, JDR. **10** Nr. V 1 jetzt auch GruchotsBeitr. **56** 344. **b)** **RG.** III. 14. 6. 12, R. **12** Nr. 2867. Die Revisionssumme mangelt bei einer Klage auf Unterlassung eines störenden Betriebs nicht schon deshalb, weil der Beklagte in der Zwischenzeit das nötige Kapital für die Weiterführung des Betriebs eingebüßt hat.

2. Maßgebender Zeitpunkt. **a)** **RG.** IV. 23. 12. 11, WarnE. **12** 150 läßt die zwischen dem II. und V. Sen. streitig gewordene Frage aus tatsächlichen Gründen dahingestellt (vgl. JDR. **10** Nr. V 1, 2). **b)** **RG.** III. LeipzZ. **12** 392, GruchotsBeitr. **56** 1065. Maßgebender Zeitpunkt für die Bemessung des Wertes des Beschwerdegegenstandes ist der Tag der Revisionseinlegung (**RG. 39** 395, JW. **05** 116). Spätere Erweiterung des Klagantrags kann für die Bemessung dieses Wertes nicht berücksichtigt werden. Die Glaubhaftmachung muß zur Zeit der Be-

schlußfassung über die Zulässigkeit der Revision vorliegen und kann später nicht ergänzt werden (**RG. 68** 340).

3. Einwirkung der Konkurseröffnung. **RG.** V. LeipzZ. **12** 473. Durch die nach Einlegung der Revision, aber vor der Revisionsverhandlung erfolgte Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten wird der Wert des Streitgegenstandes derart beeinflußt, daß jetzt nicht mehr die Klagesumme als maßgebend gelten kann, sondern der Wert nach § 148 KO. nur noch mit Rücksicht auf das Verhältnis der Teilungsmasse zur Schuldenmasse nach freiem Ermessen zu ermitteln ist. Die Tatsache, daß seinerzeit die Revisionssumme als gegeben angenommen worden ist, kann hierbei keine Rolle spielen. Denn nur die Zulässigkeit der Revision hängt nach § 546 vom Werte des Beschwerdegegenstandes ab. Keineswegs kann dagegen der Umstand, daß die Revision tatsächlich als zulässig erachtet worden ist, bei nachträglicher Ermittlung des Wertes des Beschwerdegegenstandes noch nachträglich von Bedeutung sein.

§ 547. Ziff. 2. 1. **RG.** III. R. **12** Nr. 243, JW. **12** 195. Nur die Geltendmachung mittels Klage oder Widerklage kann die ausschließliche Zuständigkeit des LG. nach § 70 GVG. und demgemäß die Zulässigkeit der Revision nach § 547 Ziff. 2 begründen, nicht eine bloß einredeweise erfolgende Geltendmachung der dort bezeichneten Ansprüche.

2. Vgl. im übrigen § 70 GVG.

3. **RG.** I. 24. 2. 12, **78** 377, JW. **12** 594. Zu diesen Rechtsstreitigkeiten gehört auch die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil im Aufgebotsverfahren nach § 957 Abs. 2.

§ 549. I. Ausländisches Recht. 1. **RG.** I. LeipzZ. **12** 857, R. **12** Nr. 3129. Die Revisibilität ausländischen Rechtes kann auch nicht damit begründet werden, daß ein sog. typisches, dem fremden Rechte nicht eigentümliches Rechtsverhältnis vorliege, auf welches Rechtsgrundsätze allgemeiner Natur anzuwenden seien.

2. **RG.** II. 24. 9. 12, LeipzZ. **12** 920, WarnE. **12** 507, JW. **12** 1107. Die Auslegung ausländischen Rechtes ist zwar der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen. Dagegen unterliegt die Frage, ob das Berufungsgericht bei der Anwendung dieses oder jenes ausländischen Rechtes nicht gegen die Grundsätze der sog. örtlichen Kollision der Rechte verstoßen, also eine für das Berufungsgericht geltende Rechtsnorm verletzt hat, allerdings der Nachprüfung des Revisionsgerichts. Ist diese Nachprüfung tatsächlich unmöglich, weil nicht erkennbar ist, welches Recht und aus welchen Gründen gerade dieses Recht angewandt worden ist, so fehlt dem Berufungsurteil in einem wesentlichen Punkte die erforderliche Begründung.

3. **RG.** V. 27. 11. 11, **78** 48. Soweit französisches Recht nicht als im Inlande geltendes Recht Elsaß-Lothringens, sondern als Auslandsrecht angewendet ist, ist es irrevisibel.

II. Landesrecht. 1. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **56** 1062, R. **12** Nr. 2574. Ein an sich nicht revisibeles Landesrecht ist auch nicht insoweit revisibel, als es auf das Reichszivilrecht Bezug nimmt. Die in Bezug genommenen Begriffe des Reichszivilrechts werden durch die Bezugnahme Bestandteile des Landesrechts.

2. **RG.** VI. R. **12** Nr. 3233. Die Revision ist zulässig, wenn eine Bestimmung verletzt ist, die nicht als landesgesetzliche, nur inhaltlich mit dem Reichsrecht übereinstimmende Vorschrift, sondern als Vorschrift des Reichsrechts selbst durch Landesgesetz für anwendbar erklärt ist (**RG. 55** 250, **59** 27). Anders, wenn die Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers nicht als reichsrechtliche, sondern als landesrechtliche zur Anwendung kommen soll. Ob die eine oder andere Möglichkeit zutrifft, muß für den Einzelfall nach Maßgabe der in Betracht kommenden Vorschriften geprüft werden.

3. **RG.** IV. R. **12** Nr. 3402. Soweit in einem Bundesstaat auf das Recht eines anderen Bundesstaats lediglich als anzuwendendes fremdes Recht verwiesen wird, ist das in Bezug genommene Recht nicht als geltendes Landesrecht des ersten Bundesstaats anzusehen.

III. Einzelfälle. 1. Irrevisibilität des PrG. vom 4. Juli 1840, betr. die Befugnis zum Übersetzen vom linken zum rechten Rheinufer. **RG.** II. IDR. **10** Nr. 5 jetzt auch LeipzZ. **12** 75, RheinA. **109** 357.

2. **RG.** III. R. **12** Nr. 1062. Erlasse der Zentralbehörden, wie der Erlaß der preuß. Minister der öffentlichen Arbeiten und der Finanzen vom 14. August 1908, die für die Diensteinkünfte der Beamten maßgebend sind und klagbare Ansprüche schaffen, sind objektive Rechtsnormen **RG.** JW. **10** 663). Der Erlaß ist auch seinem Geltungsgebiete nach eine Rechtsnorm, auf deren Verletzung die Revision gestützt werden kann.

3. **RG.** III. 13. 12. 11, **78** 95, JW. **12** 258. Der Erlaß des Preuß. Ministers der öffentlichen Arbeiten vom 21. 9. 1888, betr. die Anrechnung der Hilfsunterbeamtendienstzeit auf das Pensionsdienstalter ist eine revisible Rechtsnorm (**RG.** JW. **10** 663).

4. Ebenso **RG.** III. 29. 12. 11, JW. **12** 313. Revisibel ist auch der diesen Erlaß ergänzende Erlaß desselben Ministers vom 31. Dezember 1888.

5. **RG.** II. 26. 3. 12, **79** 154, JW. **12** 684. Die Dienstanweisung des preuß. Kriegsministers für die Remontedepot-Administrationen vom 12. Juni 1897 ist eine revisible Rechtsnorm.

6. **RG.** I. R. **12** Nr. 3128. Die von den drei Uferstaaten erlassenen polizeilichen Vorschriften für die Unterweser sind nicht revisibel. Die Nichtrevisibilität erstreckt sich auch auf solche Bestimmungen, die inhaltlich mit dem reichsrechtlichen Wegerechte (Seestraßenordnung) übereinstimmen (JW. **03** 420, **RG.** **55** 316).

7. **RG.** I. R. **12** Nr. 3401. Strompolizeivorschriften, die nur für einen bestimmten Stromteil und seine Ufer gelten, sich also nicht auf den ganzen Umfang zweier preußischer Provinzen erstrecken, sind nicht revisibel.

8. **RG.** IV. R. **12** Nr. 1923. Die Revision gegen ein Urteil des OLG. Frankfurt a. M. kann auf die Verletzung rheinisch-französischen Rechtes, nicht aber auf die Verletzung des BadLandrechts oder des PrALR. gestützt werden.

9. **RG.** III. 29. 11. 11, **78** 19, JW. **12** 192. Die Satzung des Krankenkassenverbandes des Aufsichtsbezirkes Stadt Cöln ist zwar Gesetz im Sinne des § 12 EG. ZPO., aber mangels der Voraussetzungen des § 549 und der VO. vom 28. September 1879 nicht revisibel.

10. **RG.** VII. LeipzZ. **12** 74, ElsLothJZ. **12** 172. Die GemeindeO. für Elsaß-Lothringen vom 6. Juni 1895 und der auf Grund derselben erlassene Oktroitarif einer Gemeinde sind irrevisible Rechtsnormen. Auch das FinanzG. vom 28. April 1816, das G. vom 24. Juli 1867, das Dekret vom 12. Februar 1870 und der Generaltarif von 1870 — sämtlich dem französischen Rechte angehörige Rechtsnormen — sind der Revision entzogen, da sie außer in Elsaß-Lothringen nie in einem Teile des Deutschen Reichs Geltung erlangt haben.

11. **RG.** IV. WarnE. **12** 507. Das G. betreffend die eheliche Gütergemeinschaft in dem Bezirke des Appellationsgerichts Greifswald vom 8. April 1857, die pommersche BauernO. vom 16. Mai 1616 und das Mecklenburg-Strelitzer Recht sind irrevisibel.

IV. Nichtberücksichtigung für die Anwendung irrevisibeln Rechtes erheblicher Tatsachen. **RG.** VII. 8. 12. 11, **78** 155, R. **12** Nr. 238. Beruht die Entscheidung des Berufungsgerichts auf der Anwendung einer irrevisiblen Rechtsnorm, so kann auf die Nichtberücksichtigung erheblicher Tatsachen die Revision nur dann gestützt werden, wenn nach der vom Berufungsgerichte gegebenen Auslegung der Rechtsnorm die Tatsachen für die Anwendung der Rechts-

norm von Bedeutung waren. Diese Beschränkung des Rechtsmittels auch in prozessualer Hinsicht ergibt sich ohne weiteres aus der Unmöglichkeit eigener Auslegung irrevisiblen Rechtes durch das Revisionsgericht.

§ 550. I. Rechtsnorm. **RG.** II. 26. 3. 12, **79** 154, JW. **12** 684. Der Begriff „Rechtsnorm" bedeutet in der Rechtssprache ohne Rücksicht auf Entstehung und Erkenntnisquelle eine jede Satzung, die, abgesehen von Privilegien, für Fälle bestimmter Art als Regel dient und objektives Recht schafft, somit einen Rechtssatz aufstellt, gleichviel, ob dieser gebietender, verbietender oder bloß berechtigender Natur ist. Nach feststehender Rechtsprechung gehören zu den Rechtsnormen nicht bloß die Gesetze im engeren Sinne und das Gewohnheitsrecht, sondern auch alle gesetzmäßig zustande gekommenen Verordnungen, insbesondere auch die innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen der Verwaltungsbehörden, soweit sie sich als Rechtsverordnungen darstellen.

II. Auslegung von Urkunden. 1. BayObLG. **13** 74 (BayObLG.). Die Auslegung von Urkunden über Rechtsgeschäfte unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts nur nach der Richtung, ob das Ergebnis der Auslegung unter Beachtung der für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Rechtsnormen gewonnen worden ist.

2. **RG.** VI. DJZ. **12** 689. Die Auslegung von Urkunden allein aus ihrem Inhalt ist in der Revisionsinstanz nachprüfbar, da es sich nur um ein Urteil über die rechtliche Tragweite urkundlicher Willenserklärungen handelt.

III. Auslegung früherer Urteile. **RG.** IV. 29. 4. 12, R. **12** 354. Das Revisionsgericht hat, um den Umfang der Rechtskraft eines früheren Urteils festzustellen, dieses frei nachzuprüfen und ist an dessen Auslegung durch das Berufungsgericht nicht wie bei Willenserklärungen gebunden (**RG. 45** 331, **67** 382).

IV. Tat- oder Rechtsfrage? **RG.** WarnE. **12** 41. Ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 70 HGB. vorliegt, ist im wesentlichen Tatfrage. In der Revisionsinstanz darf nur nachgeprüft werden, ob in abstracto ein bestimmtes Handeln, eine bestimmte Eigenschaft oder ein bestimmtes Ereignis einen wichtigen Grund zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses bilden kann.

V. Über die Berücksichtigung der allgemeinen Erfahrungssätze vgl. *Dickel, Hausschwammforschungen von Möller 1 ff., Heft 5 Der Verf. versucht in Anwendung der von ihm aufgestellten Thesen (20 ff.) den Standpunkt des RG. über die Berücksichtigung der Erfahrungssätze hinsichtlich des echten Hausschwamms und der sog. Trockenfäule nachzuprüfen und kommt zu dem Ergebnisse, daß das RG. mit der Gleichstellung der Gefährlichkeit beider Pilzarten, namentlich auch hinsichtlich des Schwammverdachts, zu Sätzen gelange, die von den meisten Mykologen bei dem heutigen Stande der Hausschwammforschungen nicht für richtig anerkannt werden.

§ 551. Literatur: Reichel, Revisionsgericht und Vorinstanz, insbesondere die Aufhebung wegen mangelnder Begründung, DRZ. **12** 720—723. — Lobe, Eine Entgegnung, DRZ. **12** 812.

I. Ziff. 1. **RG.** III. 7. 6. 12, R. **12** Nr. 2575, JW. **12** 875. Wie bereits in **RG.** SeuffA. **42** 210 ausgesprochen, ist die Frage, ob ein ordentliches Mitglied des Gerichts verhindert sei, der Nachprüfung in der höheren Instanz entzogen, die Entscheidung darüber vielmehr lediglich dem pflichtmäßigen Ermessen des Vorsitzenden anheimgestellt. An dieser mit der Rechtsprechung der Strafsenate (vgl. **RG.** [Straff.] **3** 8, 233, 244, **40** 269) im Einklange stehenden Ansicht ist festzuhalten

II. Ziff. 7. 1. Reichel, DRZ. **12** 720. Der Zweck des § 551 Ziff. 7 ist, daß ein unrichtiger Berufungsspruch der Aufhebung wegen Gesetzesverletzung nicht dadurch soll entgehen können, daß er die (unrichtigen) Gründe verschweigt, auf denen er ruht. Daraus und aus § 563 folgt, daß die Bestimmung keine Anwendung findet,

wenn sich das angefochtene Urteil, obschon mit schriftlichen „Gründen" nicht versehen, so doch auf zutreffenden rechtlichen Gründen beruhend darstelt.

2. Hierzu Lobe, DRZ. **12** 812. Der von Reichel aufgestellte Grundsatz wird vom RG. längst befolgt (vgl. **RG. 65** 93).

3. **RG.** LeipzZ. **12** 323. Eine Verletzung des § 551 Ziff. 7 liegt nur vor, wenn dem Urteile für einen erhobenen Anspruch schlechthin keine Gründe beigegeben sind. — Ebenso **RG.** LeipzZ. **12** 664.

4. **RG.** II. LeipzZ. **12** 664. Die Vorschrift ist nicht für den Fall gegeben, daß die Schlußfolgerungen des Berufungsrichters angefochten und Lücken in dem Gedankengange des beanstandeten Urteils behauptet werden wollen (**RG. 65** 93).

5. OLG. **25** 130 (BayObLG.). Der Fall des § 551 Ziff. 7 ist gegeben, wenn das Gericht einen Teilbetrag der die Grundlage einer Gebührenberechnung bildenden Summe in den Gründen nicht belegt hat.

§ 554. I. Mehrheit von Ansprüchen und eventuelle Klagehäufung. 1. **RG.** II. WarnE. **12** 200, R. **12** Nr. 913. Ist in dem Berufungsurteil über mehrere selbständige Ansprüche erkannt, so unterliegt die Revision bezüglich jedes einzelnen Anspruchs dem Begründungszwange des § 554, auch wenn der Revisionsantrag allgemein gestellt ist (vgl. **RG. 62** 16, **66** 179, 206, 323).

2. **RG.** VI. R. **12** Nr. 1833 a. Wenn beim Vorliegen eines Haupt- und eines Hilfsantrags in der schriftlichen Revisionsbegründung lediglich gerügt ist, daß dem Hilfsantrage vom Berufungsgerichte nicht entsprochen worden sei, so kann vom Revisionsgerichte nur diese Beschwerde beachtet werden.

II. Abs. 3 Ziff. 2 b. 1. Bestimmte Bezeichnung der gerügten Tatsachen. a) **RG.** VII. LeipzZ. **12** 759. Die vorgeschriebene Bezeichnung der den gerügten Mangel ergebenden Tatsachen kann nicht durch eine allgemeine Bezugnahme auf einen vorbereitenden Schriftsatz der Vorinstanz ersetzt werden. **b) RG.** II. R. **12** Nr. 467, SächsRpflA. **12** 128. In der schriftlichen Revisionsbegründung müssen die einzelnen Tatsachen, welche den gerügten Mangel ergeben sollen, so bestimmt bezeichnet sein, daß kein Zweifel bestehen kann, auf welche Tatsachen sich die Rüge bezieht. Diesem Erfordernisse wird durch den in der schriftlichen Revisionsbegründung enthaltenen Hinweis auf die in einem Schriftsatz enthaltenen „neuen Anführungen" nicht genügt, wenn der Schriftsatz sehr zahlreiche und verschiedenartige tatsächliche Behauptungen und Beweiserbieten aufführt, bezüglich deren es zweifelhaft ist, ob und inwieweit sie im Sinne der schriftlichen Revisionsbegründung als „neu" zu gelten haben. Der Mangel kann auch durch die nachträglich bei der mündlichen Verhandlung erfolgte Hervorhebung einzelner dieser angeblich neuen Anführungen nach § 559 nicht mehr geheilt werden. **c) RG.** III. 12. 12. 11, R. **12** Nr. 635. Die Bezugnahme auf den Urteilstatbestand statt selbständiger Anführung in der Revisionsbegründung ist bei Prozeßrügen unstatthaft.

2. Verfahrensvorschrift. **a) RG.** VI. 14. 3. 12, **79** 81, BayRpflZ. **12** 237. Der Irrtum über die Zulässigkeit der Streitverkündung nach § 72 und die Verkennung des Umfanges der materiellen Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Urteils nach den §§ 74 Abs. 3, 68 stellen nicht Verletzungen des Gesetzes in bezug auf das Verfahren dar, sondern enthalten Verstöße hinsichtlich der rechtlichen Würdigung des abzuurteilenden Tatbestandes. Sie bedürfen deshalb keiner besonderen Rüge in der schriftlichen Revisionsbegründung, sind vielmehr nach § 559 Satz 2 von dem Revisionsgerichte von Amts wegen zu berücksichtigen. **b) RG.** II. R. **12** Nr. 466, SächsRpflA. **12** 128. Mangel in der Parteibezeichnung (§ 313 Ziff. 1) ist ein Prozeßverstoß, also ohne ausdrückliche Rüge nicht nachzuprüfen.

III. Abs. 6. **RG.** IV. JW. **12** 298. Die Erweiterung ist zulässig, wenn es sich nicht um einen selbständigen Anspruch mit abweichendem Tatbestande, sondern

lediglich um einen Hilfsanspruch auf Grund desselben einheitlichen Tatbestandes handelt.

IV. Abs. 7. 1. Erfordernis des Nachweises der Zahlung innerhalb der Frist. **RG.** VI. WarnE. **12** 150, JW. **12** 201, R. **12** Nr. 2090. Die Zahlung des Gebührenvorschusses muß innerhalb der Frist nicht nur geleistet, sondern nach dem unzweifelhaften Wortlaute des Abs. 7 auch nachgewiesen sein. Eingang bei der Oberpostkasse in Leipzig genügt daher nicht.

2. Form des Nachweises. **RG.** IV. R. **12** Nr. 1063. Der Revisionskläger hatte am letzten Tage der Frist den Gebührenvorschuß telegraphisch eingezahlt und, daß dies geschehen, seinem Anwalte telegraphisch mitgeteilt. Dieses Telegramm hatte der Anwalt am Nachmittage des letzten Tages der Frist dem RG. vorgelegt. Das RG. hat den Nachweis als genügend und die Frist als gewahrt angesehen.

3. Über die Frage, an wen die Fristbestimmung nach Unzuständigkeitserklärung des obersten Landesgerichts und vor Bestellung eines beim RG. zugelassenen Anwalts zuzustellen ist s. § 8 EGZPO.

§ 554 a. I. **RG.** III. JW. **12** 543, GruchotsBeitr. **56** 1065, BayRpflZ. **12** 236. Die nach Abs. 2 in der Form des Beschlusses ergangene Entscheidung ist endgültig und unabänderlich. Irgendwelcher Rechtsbehelf ist nicht gegeben, weder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch der Rechtsbehelf der Gegenvorstellung. Sie vertritt die Stelle des Revisionsurteils, ihre Zustellung beendet das Verfahren und schafft die formelle Rechtskraft des angefochtenen Urteils. Dies gilt auch dann, wenn der Beschluß die Revision wegen mangelnder Glaubhaftmachung des den Betrag von 4000 M. übersteigenden Wertes des Beschwerdegegenstandes als unzulässig verwirft. Die Zulassung der Revision kann durch nachträgliche Glaubhaftmachung nicht erreicht werden.

II. **RG.** III. LeipzZ. **12** 393, GruchotsBeitr. **56** 1065, BayRpflZ. **12** 236. Ein Beschluß nach § 554 a ist nicht endgültig, wenn er ausspricht, daß es lediglich zurzeit an den Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Revision fehle. Solchen Sinn hat aber ein Beschluß, der die Revision wegen mangelnder Glaubhaftmachung eines den Betrag von 4000 M. übersteigenden Wertes des Beschwerdegegenstandes verwirft, nicht.

§ 556. Bedingte Anschließung. **RG.** IV. WarnE. **12** 151, R. **12** Nr. 2320. Eine bedingte Anschließung an die Revision, nämlich für den Fall, daß auf die Revision des Gegners eine Aufhebung des Berufungsurteils erfolgen sollte, ist zulässig. Tritt die Bedingung, unter der die Anschließung erklärt ist, nicht ein, so ist über die Anschlußrevision überhaupt nicht zu entscheiden. Auch für die Kostenentscheidung kommt in diesem Falle die Anschlußrevision nicht in Betracht.

§ 559. Verletzung in bezug auf das Verfahren. 1. **RG.** VI. R. **12** Nr. 1064, GruchotsBeitr. **56** 1047, JW. **12** 469. Ein Verstoß gegen § 72 ist nur dann als die Verletzung einer Rechtsnorm in bezug auf das Verfahren anzusprechen, wenn die rechtsirrtümliche Auslegung der prozeßrechtlichen Norm einen Einfluß auf den Prozeßgang des gegenwärtigen Rechtsstreits ausgeübt hat. Wo es sich aber lediglich um die Tragweite einer in einem Vorprozesse vorgenommenen Rechtshandlung prozessualen Charakters nicht für das Verfahren, sondern für die sachliche Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits handelt, trifft die Beschränkung der Nachprüfung des Revisionsgerichts im § 559 nicht zu. Hier ist nicht „das Gesetz in bezug auf das Verfahren", sondern „sonst ein Gesetz" verletzt. Durch den Charakter der Rechtsnorm an und für sich wird dieser Unterschied nicht bestimmt.

2. **RG.** III. JW. **12** 34. Die Frage, ob nach Pfändung und Überweisung einer Forderung der Forderungspfandschuldner berechtigt ist, Hinterlegung zu verlangen,

betrifft den sachlichen Inhalt des Forderungspfandrechts und nicht eine Verfahrensvorschrift.

3. S. auch § 554 Nr. II 2.

§ 561. Literatur: Erythropel, Kann in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden, der Prozeß sei nach Revisionseinlegung verglichen? JW. **12** 991—992.

I. Berichtigung von Anführungen. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 367—368. Soweit die Berichtigung einer tatsächlichen Anführung sich als eine neue Tatsache darstellt, ist sie unzulässig. Dagegen sind innerhalb dessen, was von Amts wegen zu prüfen der Revisionsrichter das Recht und die Pflicht hat, Berichtigungen möglich und wie sonst zulässig.

II. Vergleich. 1. **RG.** VI. 15. 5. 12, JW. **12** 802. Der Einwand, die Klageforderung sei durch einen nach Revisionseinlegung abgeschlossenen Vergleich erloschen, kann in der Revisionsinstanz nicht beachtet werden.

2. Hiergegen Erythropel, JW. **12** 991. § 561 spricht nur von den Tatsachen, die für die „Entscheidung" des RG. maßgebend sein sollen. Das Wesen des Vergleichs ist aber, daß die Parteien eine Entscheidung nicht haben wollen. Streiten sie darüber, ob der Vergleich abgeschlossen ist, und wird deshalb erforderlich, nach § 286 zu entscheiden, ob die tatsächliche Behauptung, es sei ein Vergleich zur Beseitigung des Rechtsstreits abgeschlossen, für wahr oder nicht wahr zu erachten ist, so ist diese Entscheidung nicht eine solche im Sinne des § 561, weil sie nicht über den Streit der Parteien ergeht. ➵ § 561 n. F. spricht nicht mehr von der „Entscheidung", sondern von der „Beurteilung" des Revisionsgerichts. Ein sachlicher Unterschied dürfte hierin aber nicht liegen. Red. ⇠

III. Konkurs. **RG.** VI. LeipzZ. **12** 400. Ist der Beklagte erst nach Einlegung der Revision in Konkurs verfallen, so kann der Antrag des Klägers, die Klageforderung als bevorrechtigte Konkursforderung festzustellen, in der Revisionsinstanz nicht beachtet werden. Es darf in der Revisionsinstanz in einem solchen Falle nur geprüft werden, ob die Vorschriften des Verfahrens, die infolge der Konkurseröffnung einzuhalten waren, beobachtet worden sind. Im übrigen ist die Berücksichtigung von Tatsachen, die sich nach Schluß der Berufungsverhandlung zugetragen haben, ausgeschlossen, und das Revisionsurteil hat so zu ergehen, wie es das Berufungsgericht auf Grund des ihm vorliegenden Sachverhalts hätte erlassen sollen.

IV. Löschung des Warenzeichens. **RG.** II. WarnE. **12** 140. Die Unzulässigkeit einer Unterlassungsklage aus § 12 WarenZG. wird nicht dadurch gehoben, daß nach Erlaß des Berufungsurteils das Zeichen gelöscht wird. Denn die Erhebung einer Unterlassungsklage wird durch die Löschung überhaupt erst zulässig und in der Revisionsinstanz kann nicht erst die Grundlage für den ganzen Rechtsstreit in prozessualer Hinsicht nachgeschoben werden. Sie muß vielmehr beim Warenzeichenrecht anders als beim Patentrechte bereits bei der Klagerhebung vorliegen.

V. Auslegung von Urkunden vgl. § 550 Nr. II.

§ 562. Vgl. § 549 Nr. IV.

§ 563. Literatur: Reichel, Revisionsgericht und Vorinstanz, insbesondere die Aufhebung wegen mangelnder Begründung, DRZ. **12** 720—723.

Reichel, DRZ. **12** 720. Diese Bestimmung ist analog auch dann anwendbar, wenn das Berufungsurteil überhaupt keine Entscheidungsgründe enthält.

§ 565. I. Abs. 2. Bindung. 1. Ohne jede Ausnahme. **RG.** I. 3. 5. 11, JDR. **10** Nr. I 1 jetzt auch SeuffA. **67** 115.

2. Hiergegen wendet sich Markus, KGBl. **12** 22. Das Handelsgewohnheitsrecht steht, da für seine Ermittelung Beweisbedürftigkeit und Parteimitwirkung durch § 293 gesetzlich anerkannt ist, einer Tatsache gleich. Die Bindung des § 565 kann also gegenüber einem erst bei erneuter Berufungsverhandlung geltend gemachten Handelsgewohnheitsrecht nicht Platz greifen.

3. Einheit der Verhandlung. **RG.** III. 24. 5. 12, R. **12** Nr. 2321. Gemäß dem allgemeinen Grundsatze der sog. Einheit der mündlichen Verhandlung, auf dem die geltende ZPO. aufgebaut ist und wonach das Verfahren vor den Instanzgerichten im allgemeinen keine Abschnitte kennt, innerhalb deren bestimmte Rechtsbehelfe in ihren tatsächlichen Unterlagen spätestens geltend gemacht werden müßten (§§ 278, 529), kann bei der anderweiten Verhandlung einer vom Revisionsgericht an das Berufungsgericht zurückverwiesenen Sache der ganze Streitfall in tatsächlicher Hinsicht völlig neu wieder aufgerollt werden: Die Parteien haben über das gesamte Sach- und Streitverhältnis neu zu verhandeln, können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen und das Berufungsgericht hat jenes auch seinerseits neu zu prüfen und eine neue ebenso wie eine frühere Beweisaufnahme völlig selbständig zu würdigen, ohne an frühere Feststellungen gebunden zu sein — alles nur unbeschadet jener einzigen Beschränkung in bezug auf die rechtliche Beurteilung, die dem Revisionsurteile zugrunde liegt (**RG. 26** 410, **35** 404, GruchotsBeitr. **29** 1123; **RG. 74** 221, **76** 190, R. **11** Nr. 2451).

4. Formelle Aufhebung. **RG.** V. 12. 6. 12, LeipzZ. **12** 759, R. **12** Nr. 2577, JW. **12** 875, WarnE. **12** 506. Die Aufhebung eines Urteils in seinem ganzen Umfang unter Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz versetzt, mag sie auf Grund des § 539 oder auf Grund des § 565 erfolgen, regelmäßig den Prozeß in die Lage, in der er sich vor Erlassung des aufgehobenen Urteils befand, so daß das Gericht, an das die Zurückverweisung erfolgt ist, allein gebunden durch die der Aufhebung zugrunde liegende Rechtsauffassung, im übrigen aber ganz frei, wie wenn es zum erstenmal zu erkennen hätte, über den ihm vorliegenden Streitstoff zu entscheiden hat. In der Freiheit seiner Entscheidung ist das Gericht regelmäßig namentlich auch dadurch nicht eingeengt, daß sein in vollem Umfang aufgehobenes Urteil nur zum Teil angegriffen war. Dies trifft aber dann nicht zu, wenn die Aufhebung nur „formell", um den Prozeß in die richtige Lage zu bringen, und mit dem Vorbehalt auf das ganze Urteil erstreckt ist, daß die zu treffende neue sachliche Entscheidung nicht zuungunsten der Partei, die das aufgehobene Urteil allein angefochten hat, über dessen Entscheidung hinausgehen dürfe.

5. Keine Bindung an die Gründe der Zurückverweisung. **RG.** VI. LeipzZ. **12** 664. Ist das frühere Urteil aufgehoben worden, weil nach dem festgestellten Sachverhalte kein Verwahrungsvertrag zustande gekommen ist, sondern der Kaufvertrag noch zu vollziehen war und danach die Vorschriften des § 326 BGB. hätten angewendet werden sollen, so war das Berufungsgericht an diese der Aufhebung zugrunde liegende rechtliche Beurteilung nach § 565 Abs. 2 gebunden. Im übrigen hatte es aber das Vorbringen der Parteien erneut zu prüfen und durfte es insbesondere Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht deshalb als schon durch das reichsgerichtliche Urteil erledigt ansehen, weil seiner Meinung nach das RG. nur von diesem oder jenem Standpunkt aus zur Zurückverweisung der Sache gelangen konnte.

6. **RG.** III. R. **12** Nr. 2322. Die Anwendung des Grundsatzes, daß das Berufungsgericht bei der anderweiten Entscheidung an die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts gebunden ist, hat zur Voraussetzung, daß das tatsächliche Verhältnis, auf das jene Beurteilung sich bezieht, dasselbe geblieben ist.

7. **RG.** V. R. **12** Nr. 2576, JW. **12** 875. Soweit das Revisionsgericht die Vertragsauslegung des OLG. lediglich als rechtlich einwandfrei bezeichnet hat, kann letzteres in dem neuen Urteil eine andere Auslegung vornehmen, auch wenn der Tatbestand unverändert ist.

8. **RG.** I. JW. **12** 473. Ist das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben, weil das Revisionsgericht im Gegensatze zum Berufungsgerichte der Ansicht ist, daß es

auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer bestimmten Vertragsklausel nach ausländischem Rechte ankomme, so darf das Berufungsgericht in dem neuen Urteile die Frage der Wirksamkeit dieser Klausel nicht unentschieden lassen.

9. Berichtigung von Anführungen. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 368—370. Im Falle der Zurückverweisung wird die Berichtigung von Anführungen wieder wie in der Berufungs- oder der ersten Instanz zulässig, nur ist jede Berichtigung unzulässig, die mit der der neuen Entscheidung zugrunde zu legenden rechtlichen Beurteilung nicht vereinbar ist. Entscheidet ausnahmsweise das RG. in der Sache selbst, so dürfte es insoweit an die Stelle des Berufungsgerichts treten. Dann gilt in dem Umfang, in welchem es die Stellung eines Berufungsgerichts erlangt, hinsichtlich der Berichtigung von Anführungen auch für das RG. dasselbe, was für die Berufungsinstanz, und nicht das, was für die Revisionsinstanz gilt. Wird von einer zulässigen Berichtigung das festgestellte Sachverhältnis betroffen, so fällt die in der Nr. 1 aufgestellte Voraussetzung weg und muß die Zurückverweisung erfolgen.

10. Bezugnahme. **RG.** II. 15. 12. 11, R. **12** Nr. 468. Das Berufungsgericht darf im zweiten Urteil auf diejenigen Teile des ersten Urteils Bezug nehmen, welche durch die Aufhebung und das neue Verhandlungsergebnis nicht berührt sind.

II. Abs. 3 Ziff. 1. BayObLG. **12** 742, R. **12** Nr. 636 (BayObLG.). Bei der Aufhebung eines Urteils wegen unrichtiger Auslegung von Willenserklärungen der Parteien hat das Revisionsgericht in der Sache zu entscheiden, wenn aus den Ausführungen des Berufungsgerichts sich ergibt, zu welcher Auslegung dieses bei richtiger Anwendung der Auslegungsgrundsätze gekommen wäre (**RG. 18** 232, JW. **04** 391).

§ 566. I. Verzicht. HansGZ. **12** Beibl. 37 (Hamburg). Einseitiger Verzicht auf die Revision vor Ablauf der Revisionsfrist macht das Berufungsurteil rechtskräftig, wenn ganz nach den Anträgen des Gegners erkannt worden ist, dieser also das Urteil mit der Revision nicht anfechten kann.

II. Zurücknahme. **RG.** V. LeipzZ. **12** 663, R. **12** Nr. 2086. Die Vorschriften über die Zurücknahme der Revision (§ 515 Abs. 2) betreffen lediglich das Rechtsverhältnis der Parteien untereinander. Für das Verhältnis des Rechtsmittelklägers zur Staatskasse ist eine dem Rechtsmittelgerichte gegenüber abgegebene formlose Erklärung, daß das Rechtsmittel zurückgenommen werde, zur Anwendung des § 46 Abs. 1 GKG. für genügend zu erachten.

III. Verzicht auf die Erwirkung des Urteils bei Verzichtleistung oder Zurücknahme vgl. § 271 Nr. IV 7.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§ 567. Literatur: Waldmann, Hat das Reichsgericht auch jetzt noch gelegentlich über das Rechtsmittel der Beschwerde zu entscheiden? DJZ. **12** 808.

I. Waldmann, DJZ. **12** 808. Trotz § 135 GVG. n. F. ist daran festzuhalten, daß das RG. beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 160 GVG. auch jetzt noch uneingeschränkt wie bisher im Beschwerdeverfahren tätig zu sein hat (vgl. Koppe, JDR. **10**).

II. Unzulässige Beschwerde. 1. OLG. **23** 194 Anm. 1, R. **12** Nr. 245 (München). Wiederholung einer zurückgewiesenen Beschwerde ohne neue Gründe ist unzulässig.

2. OLG. **23** 193, R. **12** Nr. 246 (München). Vorsorgliche Beschwerde (gleichzeitig mit der Erinnerung) ist unzulässig.

§ 568. Abs. 2. I. Neuer selbständiger Beschwerdegrund 1. SächsOLG. **33** 441 (Dresden). Weist das Beschwerdegericht, ohne in der Sache

selbst zu entscheiden, die Beschwerde als unzulässig zurück, so enthält die Entscheidung einen neuen selbständigen Beschwerdegrund.

2. OLG. **25** 132 (KG.). Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist gegeben, wenn vor Zustellung des auf die Beschwerde ergangenen Beschlusses ein neuer Schriftsatz bei dem Beschwerdegericht eingegangen und unberücksichtigt geblieben ist.

3. OLG. **25** 132 (KG.). Gegen den Beschluß des LG., durch den das AG. angewiesen wird, die von ihm abgelehnte Terminsbestimmung auf die Klage eines gerichtskundig Prozeßunfähigen vorzunehmen, steht dem Beklagten die weitere Beschwerde zu.

4. Dazu Mugdan, OLG. **25** 132 Anm. 1. Sachlich mag dem Vorsitzenden die Verwertung der gerichtskundigen Prozeßunfähigkeit des Klägers zur Begründung der Ablehnung der Terminsbestimmung zugestanden werden. Dagegen dürfte das Beschwerderecht des Beklagten zu verneinen sein, da ihm mit der Ablehnung des Antrags auf Terminsbestimmung ein das Verfahren betreffendes Gesuch nicht zurückgewiesen ist.

II. Kein neuer Beschwerdegrund. 1. OLG. **25** 131 (München). Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt nicht vor, wenn das AG. den Erlaß der beantragten einstweiligen Verfügung abgelehnt hat, weil es die vorgebrachten Tatsachen nicht für glaubhaft erachtete, und das LG. die Beschwerde zurückgewiesen hat, weil ihm die in der Beschwerde und in der eidesstattlichen Versicherung geltend gemachten Behauptungen als keine ausreichende tatsächliche Grundlage des rechtlichen Anspruchs erschienen. Die Glaubhaftmachung des Anspruchs erfordert die Anführung geeigneter Tatsachen und die Glaubhaftmachung dieser Tatsachen. Das LG. hat den Beschwerdeführer sonach nicht schlechter gestellt als das AG.

2. R. **12** Nr. 111 (Naumburg). Trotz Unzuständigkeit des AG. ist die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des LG. unzulässig, wenn dieses die Beschwerde zurückgewiesen hat, ohne den Mangel zu bemerken.

3. OLG. **25** 131 Anm. 2 (BayObLG.). Die Belastung des Beschwerdeführers mit einem Teile der Kosten der Beschwerdeinstanz bildet keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund.

§ 569. Abs. 2. 1. BadRpr. **12** 198 (Karlsruhe). Ein bei einem LG. als dem Gerichte der Hauptsache geführter Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung wird nicht dadurch zu einem Rechtsstreite, der „bei einem AG. anhängig war", daß ein AG. die einstweilige Verfügung gemäß § 942 Abs. 1 erlassen hatte. Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß, durch den das LG. auf die Erinnerung gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Gerichtsschreibers entschieden hat, unterliegt daher dem Anwaltszwange.

2. DJZ. **12** 577 (KG.). a) Die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines gegen eine Zivilkammer angebrachten Ablehnungsgesuchs durch das abgelehnte Gericht unterliegt dem Anwaltszwange, gleichviel, ob das LG. in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz mit dem Prozesse befaßt ist; auch letzterenfalls ist der Rechtsstreit nicht bei dem AG., sondern bei dem LG. anhängig, und daß er bei dem AG. anhängig „war", bleibt im Sinne des § 569 Abs. 2 so lange unerheblich, als er bei dem LG. anhängig ist und die Parteien ohnehin einen Anwalt annehmen müssen. b) Die Beschwerde gegen die Versagung der Beiordnung eines Anwalts im Armenrecht ist dagegen, trotz des Wortlauts in §§ 569 Abs. 2 u. 78 nicht dem Anwaltszwang unterworfen; insoweit muß vielmehr sinngemäß die Ausnahmebestimmung des § 569 Abs. 2 über die Beschwerde betreffs des Armenrechts Anwendung finden.

§ 570. *Schultzenstein, BuschsZ. **42** 370. Die Berichtigung von Anführungen ist unzulässig, sobald sie das bisherige Begehren zu einem neuen oder auch nur zu einem anderen macht.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 578. Literatur: Fischer, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften (Fischers Abh. Heft 23). München 1912. — Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, HirthsAnn. **12** 46 ff. — Kullmann, Zur Auslegung von § 580 Ziff. 6 der ZPO., GoltdA. **59** 440—444. — Wach, Nochmals die Urteilsnichtigkeit, RheinZ. **14** 509—531.

Nichtige Urteile. 1. SeuffA. **67** 296 (Jena). Das heutige Recht kennt keine nichtigen Urteile, d. h. keine Urteile, die von selbst (ipso iure) wirkungslos wären und daher ohne richterlichen Ausspruch als nicht vorhanden betrachtet werden dürften (anders die sententia nulla des römischen Rechtes). Dies gilt ausnahmslos auch dann, wenn das Urteil, das Urteilsverfahren oder das vorangegangene Prozeßverfahren die gröbsten Rechtsverstöße enthält (vgl. GruchotsBeitr. **50** 1086). Als „autoritativer Staatsakt" muß das Urteil trotz aller seiner Mängel beachtet werden; es ist für das Gericht und die Parteien bindend. Die Ausnahmen, die von diesem Grundsatze gemacht werden, sind nur scheinbar. Sie beziehen sich auf die Fälle, in denen 1. sich ein Schriftstück als Urteil ausgibt, dem das Mindestmaß der äußeren Form fehlt; 2. ein Urteil unter Überschreitung der Gerichtsbarkeit (von einer nicht zum Richter berufenen Person oder gegen eine nicht der Gerichtsbarkeit unterworfene Person) erlassen wurde und 3. das Urteil für oder gegen jemand erging, der nicht rechtsfähig (parteifähig) war. In diesen Fällen fehlt es an den notwendigen begrifflichen Merkmalen des Urteils. Entspricht dagegen das Urteil den begrifflichen Erfordernissen, so ist und bleibt es formell rechtsbeständig, bis es durch Richterspruch aufgehoben ist. Dazu ist zunächst das Rechtsmittelverfahren eröffnet. Sind die Rechtsmittel ohne Erfolg erschöpft oder ist die Frist zu ihrem Gebrauch unbenutzt verstrichen, so bleibt der beschwerten Partei noch der außerordentliche Rechtsbehelf der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage übrig, die jedoch nur aus bestimmten Gründen zulässig ist und in einem streng geordneten Prozeßverfahren durchgeführt wird. Darüber hinaus können Mängel des Verfahrens, kann sogar die Unzulässigkeit des ganzen Verfahrens nicht zur Geltung gebracht werden. Die Rechtskraft deckt und heilt das mangelhafte Verfahren. Dem Einwande, daß durch diese Bindung an falsche Urteile wichtige Privatrechte vernichtet werden könnten, ist zunächst entgegenzuhalten, daß die Parteien die Herrschaft über den Prozeß haben und selbst die Verantwortung für die Prozeßführung tragen. Vor allem aber ist die Bindung im höheren Interesse der Allgemeinheit, aus Gründen der Staatsraison geboten. Der Staat verkennt gewiß ihre Nachteile, die Möglichkeit von Justizirrtümern, nicht, sieht aber im Interesse des Rechtsfriedens und des Ansehens der Gerichte die Sanktionierung auch des falschesten Urteils als das geringere Übel an gegenüber der lähmenden Wirkung endloser Ungewißheit, der Vergeudung von Arbeit und Kosten bei Gericht und Parteien und dem Schaden, den widersprechende Urteile dem Ansehen der Rechtspflege zufügen.

2. Standpunkt der Theorie. **a)** *Kormann, HirthsAnn. **12** 46. Der materiellen Rechtskraft nicht fähig sind absolut nichtige Urteile. Die Frage, wann ein Urteil absolut nichtig ist, darf nicht für sich allein, sondern muß zusammen mit der Frage der Nichtigkeit von rechtsgeschäftlichen Staatsakten überhaupt betrachtet werden. Die Nichtigkeitsgründe sind gemäß dem Grundsatze der Verbindlichkeit der Staatsakte wesentlich seltener als bei Privatakten. In Betracht kommen: Nichtigkeit wegen absoluter Unmöglichkeit des erstrebten Rechtserfolgs; Nichtigkeit wegen relativer Unmöglichkeit (Staatsakt des Nichtbeamten, teilweise der Staatsakt des Nichtkollegiums, Staatsakt einer „absolut unzuständigen" Behörde, Alleinhandeln einer Behörde bei Gesamtakten, soweit es sich hier nicht um Fälle rein interner Beschränkung handelt); Nichtigkeit wegen Mangels der „wesentlichen Form" des Staatsakts (nicht aber wegen bloßer Verfahrensmängel); Nichtigkeit wegen Inhaltsmängel

(wegen Unsinnigkeit schlechthin, wegen Unbestimmtheit oder Unvollständigkeit dagegen nur dann, wenn von einem „Mangel der inhaltlichen Requisite" gesprochen werden muß); Nichtigkeit wegen Willensmängel (aber nur insoweit als es überhaupt an einem rechtserheblichen Willen fehlt, d. h. bei Geschäftsunfähigkeit und vis absoluta, nicht aber bei vis compulsiva, Betrug, Irrtum). Eingehend ist die gesamte Nichtigkeitslehre behandelt bei Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte (1910) 203—305. **b)** Fischer. Die Unmöglichkeit an sich ist als Ungültigkeitsgrund für Rechtsgeschäfte, insbesondere Schuldverträge und die daraus sich ergebenden Verpflichtungen, nicht anzuerkennen. Noch weniger ist sie dies bei den diese Verpflichtungen feststellenden Urteilen, insbesondere Verurteilungen zu unmöglichen Leistungen. Das gilt selbstverständlich auch von Unvermögen und Unerschwinglichkeit. Der Wegfall der nebenherlaufenden Vollstreckungswirkung nimmt dem Urteile nicht die ihm wesentliche Bedeutung und Wirkung. So wenig es im Ganzen und in der Hauptsache unwirksam ist oder wird, wenn diese Wirkung fehlt oder wegfällt, so wenig erscheint es unzulässig, das Urteil zu erlassen, wenn feststeht, oder man doch damit rechnen muß, daß es unvollstreckbar ist. Seine Hauptbedeutung, die Feststellung der dauernden Leistungspflicht, genügt, um seine Erlassung zu rechtfertigen. Dagegen sind Verstöße gegen Verbotsgesetze und gegen die guten Sitten nicht einzubeziehen. Es ist verfehlt, von einer rechtlichen oder sittlichen Unmöglichkeit zu sprechen und solche entsprechend der tatsächlichen Unmöglichkeit zu behandeln. **c)** Wach, RheinZ. **4** 509 ff., hält gegenüber Fischer und Hellwig (System des deutschen Zivilprozeßrechts I, 554 ff.) an dem früher (vgl. JDR. **10**) entwickelten Satze fest, daß das Urteil mit gesetzlich, sittlich, physisch Unmöglichem, d. h. zu der Zeit, für die das Urteil Rechtskraftwirkung üben soll, unmöglichem Inhalte der materiellen Rechtskraft nicht fähig, also insoweit wirkungslos, nichtig ist, Es ist die unabweisbare Folgerung aus der Natur der materiellen Rechtskraft. Das rechtskräftige Urteil kann im Gegensatze zur objektiven Wahrheit Rechtsverhältnisse, Ansprüche, Rechte bejahen oder verneinen, weil Rechtsverhältnisse dem Reiche der Vorstellung angehören und demnach das Urteil die maßgebende Vorstellung auszusprechen vermag. Nie kann aber das Urteil als Rechtsverhältnis bindend feststellen, was rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist; denn auf Tatsächliches erstreckt sich die bindende Kraft des Urteils nicht, und soweit Tatsächliches zum Inhalte der Urteilsnorm wird, scheitert sie an der Wahrheitswidrigkeit.

§ 579. Abs. 1 Ziff. 4. **RG.** III. WarnE. **12** 151, R. **12** Nr. 637, Bay. RpflZ. **12** 109. Es kommt nicht darauf an, ob der Vertreter der Partei dem Gericht oder dem Gegner seine Vertretungsmacht nachgewiesen hat, sondern nur, ob er Vertretungsmacht hatte. Auch wenn eine schriftliche Vollmacht nach § 80 nicht vorgelegt oder sogar nicht ausgestellt ist, ist eine Nichtigkeitsklage aus Ziff. 4 doch ausgeschlossen, wenn die vertretene Partei den als Prozeßbevollmächtigten aufgetretenen Rechtsanwalt durch eine nur diesem gegenüber abgegebene ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung zu ihrer Vertretung in dem Rechtsstreit ermächtigt hat. Wie eine ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der Prozeßführung steht auch eine vorgängige ausdrückliche oder stillschweigende Bevollmächtigung der Nichtigkeitsklage aus Ziff. 4 entgegen.

§ 580. I. Wer ist Restitutionsbeklagter im Falle des § 25 HGB.? OLG. **25** 134, SächsOLG. **33** 230 (Dresden). Die Restitutionsklage gegen ein Urteil, durch das der Anspruch gegen eine Firma abgewiesen worden ist, ist auch im Falle des § 25 HGB. gegen den ursprünglichen Firmeninhaber, nicht gegen den Geschäftsübernehmer zu richten. Der jetzige Firmeninhaber könnte als Schuldübernehmer erst dann in Betracht kommen, wenn durch Aufhebung der Entscheidung des Vorprozesses festgestellt würde, daß das in diesem verneinte Schuldverhältnis wirklich besteht.

II. Ziff. 4. Zipse, BadRpr. **12** 224—225. Der Mangel der Parteifähigkeit fällt nicht unter die in Ziff. 4 aufgezählten Nichtigkeitsgründe. Ein Urteil, bei dem dieser Mangel übersehen ist, ist absolut nichtig. Seine Nichtigkeit kann beliebig geltendgemacht werden. — Das gleiche gilt von einem Urteile, das trotz des Wegfalls einer Partei durch den Tod vor Klagezustellung erlassen ist (vgl. § 239).

III. Ziff. 6. Kullmann, GoltdA. **59** 440. Der wichtigste, in der Praxis wohl einzige Anwendungsfall ist der der Aufhebung des strafgerichtlichen Urteils im Wiederaufnahmeverfahren. Das „andere rechtskräftig gewordene Urteil", das das frühere Urteil „aufhebt", ist in diesem Falle aber nicht das Urteil des (schlecht gefaßten) § 413 Abs. 1 StPO., sondern der Beschluß des § 410 Abs. 2 StPO., denn mit dem Erlasse dieses Beschlusses ist das alte Urteil aufgehoben und es beginnt ein völlig neues Verfahren.

IV. Ziff. 7b. 1. Die Urkunde muß bereits zur Zeit des Erlasses des früheren Urteils vorhanden gewesen sein. a) **RG.** IV. 2. 5. 12, WarnE. **12** 366, PosMSchr. **12** 63, R. **12** Nr. 1924 a. Eine erst nachträglich errichtete Urkunde vermag die Restitutionsklage nicht zu begründen (**RG. 48** 384, **68** 334). **b)** Ebenso **RG.** VI. 19. 10. 12, R. **12** Nr. 3404. **c) RG.** IV. 2. 5. 12, WarnE. **12** 366, PosMSchr. **12** 63, R. **12** Nr. 1924 b. Maßgebender Zeitpunkt, in dem die Urkunde vorhanden gewesen sein muß, ist auch im Falle der Anfechtung eines Revisionsurteils grundsätzlich der Schluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz. Auf Grund des § 580 Ziff. 7 kann immer nur das Urteil angefochten werden, auf dem die rechtskräftige Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht beruht, und das ist, von Ausnahmefällen abgesehen, in denen das Revisionsgericht selbst tatsächliche Feststellungen trifft (Gaupp-Stein [8 9] Anm. I zu § 561), gemäß § 561 das Berufungsurteil.

2. Wann ist eine Urkunde aufgefunden? **a)** OLG. **25** 134 (KG.). Urkunden, die wie das Güterrechtsregister zur Zeit des Erlasses des mit der Restitutionsklage angefochtenen Urteils dem Kläger jederzeit zugänglich waren, sind nicht „aufgefunden" im Sinne des § 580 Ziff. 7 b. **b)** MSchutzuWettbew. **12** 206 (Colmar). Die Ausfertigung des Eintragungsvermerkes in der Gebrauchsmusterrolle des Patentamts, die dem Eingetragenen nach § 23 VO. vom 11. Juli 1891 erteilt wird, ist keine Urkunde im Sinne des § 580 Ziff. 7 b, die von der Partei erst aufgefunden werden kann, vorher aber verborgen, nicht auffindbar oder auch nur nicht benutzbar war; denn die Anmeldung und Eintragung des Gebrauchsmusters sind offenkundig.

3. Protokolle über die Vernehmung von Zeugen in einem Beweissicherungsverfahren, das nach Erlaß des Berufungsurteils in dem Vorprozesse stattgefunden hat. **RG.** IV. R. **12** Nr. 1924 c, PosMSchr. **12** 63, WarnE. **12** 366, JW. **12** 802, Bay. RpflZ. **12** 398. Die Ermittelung neuer Zeugen kann die Restitutionsklage aus § 580 Nr. 7 auch dann nicht begründen, wenn deren Aussagen in irgendeiner Form schriftlich beigebracht werden.

4. Herbeiführung einer dem Restitutionskläger günstigeren Entscheidung. **a) RG.** VI. R. **12** Nr. 3405. Wenn das Gesetz hier ganz allgemein von Urkunden spricht, so ist dabei doch eine besondere Beweiskraft der Urkunde vorausgesetzt. Die Urkunde muß geeignet sein, das Ergebnis des früheren Verfahrens zu beeinflussen. Eine solche Bedeutung kommt einer schriftlichen Äußerung eines Sachverständigen in einem Rechtsstreite regelmäßig nicht zu (JW. **12** 802, R. **12** Nr. 1924). **b) RG.** IV. OLG. **25** 133 Anm. 1. Die neue Urkunde muß die günstigere Entscheidung im Rahmen des abgeschlossenen Verfahrens, also ohne Änderung des früheren Antrags herbeigeführt haben.

§ 582. Verschulden. 1. MSchutzWettbew. **12** 206 (Colmar). Die Restitutionsklage ist bei jedem, auch schon geringem, Verschulden ausgeschlossen. Der Restitutionskläger ist für den Mangel eines Verschuldens beweispflichtig. Eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt liegt vor, wenn jemand eine wichtige Urkunde derart nachlässig aufbewahrt, daß sie bei einem Umzuge mit wertlosen Sachen auf den Speicher geraten ist und dadurch hat vergessen werden können.

2. **RG.** III. WarnE. **12** 152. Den Restitutionskläger trifft vorliegend der Vorwurf, nach der Urkunde — sie war durch Versehen eines seiner Angestellten in die Akten eines anderen, ähnlich liegenden Prozesses gelegt worden — nicht genügend geforscht zu haben. Denn wenn die Urkunde bei den Nachforschungen nicht in den Akten des einen Prozesses gefunden wurde, lag es nahe, sie in den Akten des anderen Prozesses zu suchen, und sie hätte dann alsbald gefunden werden müssen.

3. OLG. **25** 133 (Rostock). Die Nichtbenutzung der Urkunde in dem früheren Verfahren ist verschuldet, wenn die Akten, in denen sich die Urkunde befand, im Vorprozesse vorgelegen haben und der Anwalt des Restitutionsklägers die eine numerierte Anlage zur Klageschrift bildende Urkunde bei einer im Interesse seiner Partei von ihm vorzunehmenden Durchsicht der Akten hätte finden müssen.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 592. Literatur: Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, JheringsJ. **61** 407—466.

I. Knoke, JheringsJ. **61** 407 ff. Gegen den Übernehmer einer Wechselschuld kann im Wechselprozesse geklagt werden, wenn die Schuldübernahme durch Urkunden nachgewiesen werden kann.

II. **RG.** I. R. **12** Nr. 2927, LeipzZ. **12** 843. Auch im Urkundenprozeß ist eine Verurteilung Zug um Zug zulässig (**RG. 56** 301).

III. Bedeutung der Urkunde im Urkundenprozesse. 1. **RG.** VI. WarnE. **12** 52. Der Urkundenprozeß schafft nicht ein besonderes Klagrecht aus der Urkunde als solcher, sondern gibt nur den Urkunden als Beweismitteln einen gewissen Vorzug. Daher bleibt es auch im Urkundenprozesse bei der allgemeinen Regel, daß der Kläger die Grundlagen seines Anspruchs vollständig zu beweisen hat, so namentlich, wenn die Verhandlung eine Reihe von Gegenindizien gegen die Wahrheit der in den Urkunden enthaltenen Erklärungen erbracht hat.

2. **RG.** VI. LeipzZ. **12** 75, WarnE. **12** 52, BayRpflZ. **12** 48. Eine weitreichende Auslegung des Urkundeninhalts ist im Urkundenprozesse prozessual nicht zu beanstanden. Die Möglichkeit einer solchen Auslegung versagt aber, wenn in den Urkunden über einen für die Klagebegründung wesentlichen Vorgang (z. B. eine Darlehnshingabe) überhaupt nichts Näheres gesagt ist.

§ 593. Abs. 2. Können die zuzustellenden Urkunden auch noch in der Berufungsinstanz zugestellt werden? 1. Bad. Rpr. **12** 61 (Karlsruhe). Die in der Literatur streitige Frage wird im Anschluß an **RG. 56** 306 bejaht, weil das Gesetz eine entgegenstehende Vorschrift nicht enthalte.

2. Ebenso BadRpr. **12** 253 (Karlsruhe).

§ 597. Abs. 2. 1. Replikbeweis. **RG.** VI. 1. 4. 12, R. **12** Nr. 1528, LeipzZ. **12** 547, DJZ. **12** 755. Die Vorschrift gilt auch für den Replikbeweis des Klägers. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob es sich um einen Beweis für die Klagebehauptungen oder zur Widerlegung der Einreden des Beklagten handelt.

2. Erfordernisse des Beweises im Urkundenprozesse. **RG.** VI. WarnE. **12** 52. Bei der im Urkundenprozeß erhobenen Klage auf Rückzahlung eines Darlehens genügt der Kläger seiner Beweispflicht nicht durch Vorlegung eines Schuldscheins des Beklagten, in dem über den Empfang des Darlehens quittiert

ist, wenn der Kläger dem Bestreiten des Beklagten gegenüber den Klagevorgang näher dahin erläutert, daß das Darlehen auf Anweisung des Beklagten an einen Dritten, und zwar nach Ausstellung des Schuldscheins, zur Auszahlung gelangt sei.

3. **RG.** VI. R. **12** Nr. 2974. Genügen die vorgelegten Urkunden nicht zum Nachweise der Klagetatsachen, so ist Abweisung in der Prozeßart geboten. Durch Heranziehung anderer nicht urkundlich erweisbarer Vorgänge kann diese Abweisung nicht abgewendet werden, auch wenn das Gericht sie gemäß § 286 für wahr hält.

§ 600. I. Welche Einwendungen sind im Nachverfahren zulässig? 1. **RG.** LeipzZ. **12** 231. Die bereits im Wechselprozeß erhobenen Einwendungen sind, soweit sie in dem im Wechselprozeß erlassenen rechtskräftigen Urteil aus Gründen des materiellen Rechtes verworfen sind, endgültig erledigt und können nicht mehr Gegenstand des Nachverfahrens sein. Ebenso SchlHolstAnz. **12** 11 (Kiel) und OLG. **25** 135 (Braunschweig).

2. **RG.** I. R. **12** Nr. 1822. Hat der jetzige Beklagte bei Aufnahme des Wechselprozesses gegen ihn als Rechtsnachfolger des verstorbenen zuerst Beklagten die Behauptung des Klägers, er sei alleiniger Testamentserbe des ursprünglich Beklagten und habe die Erbschaft nicht ausgeschlagen, nicht bestritten und nur den urkundlichen Nachweis der Erbeneigenschaft bemängelt, so kann er gleichwohl im Nachverfahren noch seine mangelnde Passivlegitimation mit der Begründung geltend machen, daß das Testament wegen Geisteskrankheit des Erblassers nichtig sei. Es handelt sich um zwei verschiedene Einwände.

II. Abs. 2. OLG. **25** 136 (KG.). Der hier gegebene Ersatzanspruch ist im Gegensatze zu dem im § 717 Abs. 2 gegebenen Anspruch auf Ersatz des durch vorzeitige Vollstreckung entstandenen Schadens davon abhängig, daß der Klaganspruch selbst unbegründet war. Diese Voraussetzung ist so lange nicht gegeben, als das Nachverfahren nicht endgültig zuungunsten des Klägers abgeschlossen ist.

§ 602. I. OLG. **25** 218, HansGZ. **12** Beibl. 241 (Hamburg). Auf Grund einer in England ausgestellten „Promissory note" kann nach § 602 im Wechselprozesse geklagt werden, trotzdem ihr die in den Wechsel selbst aufzunehmende Bezeichnung als Wechsel bzw. als „„Bill of exchange" fehlt, weil sie an dem gemäß Art. 85 WO. maßgebenden Orte als Wechsel angesehen wird.

II. Es ist unzulässig, auf erhobenen Widerspruch im Mahnverfahren, durch die nachträgliche Erklärung, es werde im Wechselprozesse geklagt, das Verfahren in dieser Prozeßform fortzusetzen. **RG.** I. 13. 3. 12, **79** 69, JW. **12** 756, R. **12** Nr. 2091. Der Übergang vom Mahnverfahren zum Wechselprozeß ist nicht möglich. Der Wechselprozeß setzt eine selbständige Wechselklage voraus. Unterlassung der Rüge nach § 295 ist belanglos.

III. BadRpr. **12** 189 (LG. Karlsruhe). Wenn beim Gemeindegericht im ordentlichen Verfahren geklagt worden ist, kann der Kläger beim AG. nicht mehr zum Wechselprozeß übergehen.

§ 604. OLG. **25** 218 (Hamburg). Der Hinweis auf die einem Wechsel zugrunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse nimmt der Klage nicht den sich aus der ausdrücklichen Erklärung „Klage im Wechselprozeß" im Sinne des § 604 ergebenden Charakter einer im Wechselprozeß erhobenen Klage.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

Vor § 606. Besonderheiten des Eheprozesses. 1. Rechtshängigkeit. ElsLothJZ. **12** 40 (Colmar). In Ehesachen ist zum Zwecke der

Aufrechterhaltung der Ehe die Rechtshängigkeit der Streitsache von Amts wegen zu berücksichtigen. Daher kann sie auch noch in der Berufungsinstanz von einer Partei geltend gemacht werden, ohne daß diese glaubhaft zu machen braucht, daß sie ohne ihr Verschulden außerstande gewesen sei, sie in erster Instanz geltend zu machen.

2. Kostenvorschuß. a) PosMSchr. **12** 57 (Posen). Eine Kostenvorschußpflicht des Ehemanns besteht nicht, wenn durch Ehevertrag vor 1900 die provinzielle Gütergemeinschaft aufgehoben und das Frauenvermögen zum Vorbehaltsgut erklärt worden ist. Denn dieser Güterstand ist der die Kostenvorschußpflicht ausschließenden Gütertrennung des BGB. gleichzuachten. b) SchlHolstAnz. **12** 273 (Kiel). Eine einstweilige Verfügung, durch die dem Ehemanne die Zahlung eines Kostenvorschusses an seine Ehefrau auferlegt wird, ist dann nicht gerechtfertigt, wenn die Vermögensverhältnisse der Parteien derartig sind, daß sie nach § 114 Anspruch auf das Armenrecht haben. c) HansGZ. Beibl. **12** 56 (Hamburg). Auch ein Schwede muß seiner Ehefrau im Eheprozesse vor dem deutschen Gerichte Kostenvorschuß leisten, wenn die Ehe vor einem deutschen Standesbeamten geschlossen ist und die Ehegatten ihren ersten Ehewohnsitz innerhalb des deutschen Reichs begründet haben.

4. Verletzung des § 286 in Eheprozessen vgl. § 286 Nr. VI 1.

5. Einheitliche Entscheidung. a) **RG.** IV. HessRspr. **13** 68. Wenngleich nur die Revision der Beklagten, nicht auch die Revision des Klägers gegen das die Scheidungsklage und -widerklage abweisende Berufungsurteil für begründet erachtet ist, mußte das Berufungsurteil doch im ganzen Umfang aufgehoben werden, weil über die mittels Klage und Widerklage erstrebte Scheidung nur in einem und demselben Urteil entschieden werden kann und es verhindert werden muß, daß ein Teilurteil (sei es über die Klage, sei es über die Widerklage) ergeht und rechtskräftig wird, bevor der gesamte Streitstoff spruchreif ist und abgeurteilt wird. b) Vgl. auch § 301 Nr. II 7.

6. Rechtskraft. Über die Wirkung der Rechtskraft eines inländischen Urteils, das die Ehe eines Ausländers scheidet, wenn die Scheidung nach den Gesetzen des Staates, dem der Ausländer angehört, unzulässig war, vgl. § 322 Nr. II 8.

7. Beschwer im Eheprozesse vgl. § 511 Nr. III.

8. Revision. **RG.** IV. WarnE. **12** 301. Auch in Ehesachen können in der Revisionsinstanz neue Tatsachen, die erst nach dem Schlusse der Berufungsverhandlung eingetreten sind, gemäß § 561 nicht berücksichtigt werden.

§ 606. I. Nachträgliche Heilung der Unzuständigkeit. R. **12** Nr. 3234 (Stuttgart). Auch im Eheprozesse kann die anfängliche Unzuständigkeit durch Begründung des Wohnsitzes am Sitze des zuständigen Gerichts nachträglich (auch noch in zweiter Instanz) geheilt werden.

II. Herstellungsklage eines ungarischen Staatsangehörigen vor einem deutschen Gerichte. HansGZ. **12** Beibl. 55 (Hamburg). Ein ungarischer Staatsangehöriger kann vor einem deutschen Gerichte gegen seine Frau auf Herstellung des ehelichen Lebens klagen, wenn er zur Zeit der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz an dem deutschen Gerichtsorte hat.

III. Abs. 2. OLG. **23** 196, R. **12** Nr. 248 (Hamburg). Die Frau eines in den Vereinigten Staaten naturalisierten Deutschen, die sich nicht bei ihrem Manne aufhält, hat die deutsche Staatsangehörigkeit behalten.

IV. Abs. 4. 1. Scheidung ungarischer Staatsangehöriger im Deutschen Reiche unzulässig. a) Wie **RG.** IV. JDR. **10** Nr. 2 jetzt auch HansGZ. **12** Beibl. 55 (Hamburg). b) OLG. **23** 197, R. **12** Nr. 250 (Dresden). Nach ungarischem Rechte sind in Eheprozessen ungarischer Staatsbürger nur die Urteile ungarischer Gerichte wirksam.

2. Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Scheidungsklage französischer Eheleute. **RG.** IV. R. **12** Nr. 1065. Die deutschen Gerichte sind im Falle des Abs. 4 für die Scheidungsklage französischer Staatsangehöriger zuständig, da das französische Recht keine ausschließliche Zuständigkeit der Heimatsgerichte für eine derartige Klage festgesetzt hat.

3. Scheidung russischer Staatsangehöriger im Deutschen Reiche. OLG. **23** 196 Anm. 1, R. **12** Nr. 249 (Marienwerder). Nach russischem Rechte sind für die Scheidungsklage russischer Eheleute nichtrussische Gerichte unzuständig.

§ 613. Literatur: Blanckmeister, Prozessuale Streitfragen, R. **12** 137—145.

*Blanckmeister, R. **12** 140. Die Frage, ob in Ehesachen der Substitut des Prozeßbevollmächtigten einer Untervollmacht bedarf, ist (soweit eine solche nicht etwa nach den allgemeinen Grundsätzen, z. B. bei dem Auftreten vor einem ersuchten AG. erforderlich ist) zu verneinen. Als Ausnahme von dem Grundsatze des § 88 Abs. 2 ist der § 613 einschränkend auszulegen. Auch der Zweck des § 613, Schaffung einer Sicherheit dafür, daß die Erhebung der Klage auch dem wirklichen Willen des klagenden Ehegatten entspricht, erfordert nicht einen besonderen Nachweis dafür, daß auch der angebliche Substitut wirklich Untervollmacht von dem Prozeßbevollmächtigten erhalten hat.

§ 615. Widerklage. **RG.** IV. 4. 5. 12, R. **12** Nr. 2557. Hat ein Ehegatte gegen den anderen auf Scheidung klagenden Eheteil widerklagend lediglich dessen Mitschuldigerklärung beantragt, so hat der Richter zu prüfen, ob das tatsächliche Widerklagevorbringen eine Scheidungsklage unter dem Gesichtspunkt irgendeines der gesetzlichen Scheidungsgründe begründet erscheinen läßt.

§ 616. I. **RG.** IV. WarnE. **12** 131, JW. **12** 244. Mit der Erhebung einer Scheidungs- oder Anfechtungsklage werden alle Gründe, die bis zur Rechtskraft des Urteils vorgebracht werden können, mögen sie auf Scheidung oder Anfechtung abzielen, rechtshängig. § 1572 BGB. findet auch auf Anfechtungsklagen Anwendung.

II. **RG.** IV. R. **12** Nr. 112. Durch Stellung eines bloßen Antrags auf Mitschuldigerklärung werden die früheren Widerklagegründe nicht für einen späteren Prozeß erhalten.

III. OLG. **25** 136, MecklZ. **30** 322 (Rostock). Die Ausschließung bezieht sich nicht auf Tatsachen, die der Kläger so spät erfahren hat, daß er sie im Vorprozesse weder in erster noch in der Berufungsinstanz mehr verwerten konnte. Ist im Vorprozeß ein bedingtes Endurteil ergangen, so kommt es auf die Rechtskraft dieses, nicht auf die etwa noch mögliche Anfechtung des Läuterungsurteils an, da mit der Rechtskraft des bedingten Endurteils das Vorbringen neuer Klagegründe ausgeschlossen ist.

§ 617. I. **RG.** IV. R. **12** Nr. 3235. Auch im Eheprozeß ist das Gericht berechtigt, das beweislose Vorbringen einer Partei nach den Gesamtumständen des Falles für wahr zu halten.

II. **RG.** IV. JW. **12** 1061. Auch einseitige schriftliche Aufzeichnungen einer Partei dürfen im Eheprozeß in Angelegenheiten, die das innere, sich den Wahrnehmungen Dritter entziehende Eheleben betreffen, für wahr erachtet werden.

III. **RG.** IV. WarnE. **12** 153, R. **12** Nr. 113, JW. **12** 75. Aus der bloßen Weigerung einer Partei, sich ärztlich untersuchen zu lassen und den Arzt von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu entbinden, können im Eheprozesse, wo ohne Rücksicht auf das Verhalten der Prozeßparteien die objektive Wahrheit zu erforschen ist, Schlußfolgerungen zu ihren Ungunsten nicht gezogen werden. Wohl aber kann eine derartige Weigerung in Verbindung mit anderen Tatsachen einen solchen Rückschluß rechtfertigen. (Wird näher ausgeführt.)

IV. Beweislast. **RG.** IV. 21. 12. 11, R. **12** Nr. 914. Will ein Ehegatte aus an sich ehrenrührigen Vorwürfen des anderen Gatten einen Scheidungsgrund entnehmen, so liegt ihm regelmäßig der Nachweis der Unwahrheit des Vorwurfes ob.

V. Verwertung von Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises. **RG.** IV. R. **12** Nr. 3130. Im Eheprozesse darf gegen den Widerspruch einer Partei die Zeugenvernehmung nicht durch Verwertung anderweitiger Aussagen als Urkundenbeweis ersetzt werden.

§ 619. Abs. 3. SeuffA. **67** 335, SächsOLG. **33** 510 (Dresden). Die Ladung einer Partei zum persönlichen Erscheinen (§ 141 Abs. 2) bedarf nicht einer Androhung der gesetzlichen Strafen für das Ausbleiben wie im Falle des § 377 Ziff. 5.

§ 620. I. Voraussetzung der Aussetzung. 1. **RG.** IV. R. **12** Nr. 2325. Beantragen beide Parteien mittels Klage und Widerklage Scheidung der Ehe, so ist dem Antrage des einen Ehegatten auf Aussetzung des Verfahrens nur stattzugeben, wenn in Ansehung des Scheidungsbegehrens des anderen Ehegatten die Voraussetzungen des § 620 Abs. 1 Satz 2 für eine Aussetzung des Verfahrens von Amts wegen vorliegen.

2. **RG.** IV. JDR. **10** Nr. 1 jetzt auch BayRpflZ. **12** 160.

II. Aufnahme des Verfahrens während der Aussetzung. 1. OLG. **25** 137 (KG.). Eine vorzeitige Aufhebung des aus § 620 Abs. 1 Satz 2 erlassenen Aussetzungsbeschlusses auf Antrag einer Partei wegen veränderter Umstände (Kenntnis eines neuen Scheidungsgrundes) ist nach §§ 150, 155 zulässig. Über die Aufhebung kann jedoch nur auf Grund mündlicher Verhandlung befunden werden (**RG. 40** 375). Einem Parteiantrag auf Terminsanberaumung zwecks Begründung eines Antrags auf Aufhebung muß stattgegeben werden.

2. BreslauAK. **12** 5 (Breslau). Ist das Verfahren von Amts wegen ausgesetzt, so kann der Kläger gleichwohl während der Dauer der Aussetzung das Verfahren aufnehmen und laden, wenn er nachträglich einen absoluten Scheidungsgrund erfahren hat. § 249 steht nicht entgegen.

§ 627. I. Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung. HessRspr. **12** 21 (Darmstadt). Voraussetzung für den Erlaß der hier zugelassenen Maßnahmen ist, daß ein noch nicht durch rechtskräftiges Urteil erledigter Rechtsstreit in Klage oder Widerklage die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe zum Gegenstande hat, daß Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt oder die Widerklage erhoben ist, sowie daß ein ordnungsmäßiger Antrag eines der Ehegatten vorliegt. Die Maßnahmen selbst können beim Vorliegen dieser Voraussetzungen schlechthin nach freiem Ermessen des Gerichts, das hierbei an die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes nur hinsichtlich des Inhalts der einstweiligen Verfügung gebunden ist, getroffen werden.

II. Gegenstand der einstweiligen Verfügung. 1. Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kindern. a) HessRspr. **13** 193 (Darmstadt). Die Regelung des Verkehrs getrennt lebender Eltern mit ihren minderjährigen Kindern gehört auch während des Ehescheidungsprozesses zur Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, nicht des Prozeßgerichts. **b)** R. **12** Nr. 469 (BayObLG.). Gemütserregungen älterer Kinder durch Besuche beim Vater geben noch keinen Anlaß zur Beeinträchtigung dieses Verkehrs.

2. Unterhaltspflicht. a) HessRspr. **13** 193 (Darmstadt). Die Unterhaltspflicht des getrennt lebenden Ehegatten beginnt in der Regel erst mit dem Erlasse der einstweiligen Verfügung. Darüber, ob ausnahmsweise der Unterhalt schon für die Zeit vorher zu gewähren ist, entscheidet das freie Ermessen des Gerichts. **b)** Antragsbefugnis. KGBl. **12** 97 (KG.). Zur Stellung eines Antrags auf Regelung der Unterhaltspflicht der Ehegatten den Kindern gegenüber im Verhältnisse der Ehegatten zueinander ist im Scheidungsprozesse jeder Ehegatte befugt

ohne Rücksicht darauf, ob er zur Vertretung der Kinder berechtigt ist oder ob ihm die Sorge für die Person der Kinder zusteht, also auch die Ehefrau und nicht lediglich der den Kindern bestellte Pfleger. **c)** OLG. **25** 140 (München). Auch die Kosten der Krankheit der Beklagten gehören zu dem von dem Kläger nach § 1361 zu gewährenden Unterhalt. Eine einstweilige Regelung der Zahlung nach § 627 erscheint jedoch nicht erforderlich, wenn die günstigen Vermögensverhältnisse der Parteien dazu keinen Grund geben und außerdem der Arzt seinen Anspruch gegen den Ehemann bereits im Klagewege verfolgt und voraussichtlich ein obsiegendes Urteil erstreiten wird. **d)** R. **12** Nr. 638 (Jena). Ist in einem Verfahren nach diesem Paragraphen durch Vergleich die Unterhaltsgewährung geregelt, so ist ein neues Verfahren zur Regelung desselben Rechtsverhältnisses in demselben Hauptprozesse wegen veränderter Umstände unzulässig.

3. OLG. **25** 139 (Hamm). Auf Grund des § 627 kann dem Manne die Räumung der ehelichen Wohnung aufgegeben werden, wenn besondere Gründe dafür vorliegen. Das ist anzunehmen, wenn die Frau als Dentistin ihr Geschäft in der dazu eingerichteten ehelichen Wohnung betrieben hat und ihr durch einen Wohnungswechsel neben erheblichen Kosten Kundschaftsverluste drohen, während für den Mann als Gerichtsdiätar der Umzug mit geringen Umständen verbunden ist.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

§ 640. Literatur: Katzenstein, Praktische Betrachtungen über Ehelichkeitsfiktion und Ehelichkeitsanfechtung, DRZ. **12** 410—413.

OLG. **25** 140 (Colmar). Ein Rechtsstreit, der die Feststellung bezweckt, daß ein Kindesverhältnis zwischen dem Kläger und einer dritten Person (nicht dem Beklagten) bestanden habe, ist eine gewöhnliche Feststellungsklage, auf die die besonderen Vorschriften des § 640 Abs. 2 keine Anwendung finden.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

Vor § 645. SächsOLG. **33** 227 (Dresden). Das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren kann nicht als ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen werden. Dadurch, daß es ebenso wie die Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses seine Regelung in der ZPO. erhalten hat, ist es (§ 3 Abs. 1 EGZPO.) kraft positiven Rechtes zu einem Bestandteile der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit geworden. Es ist ähnlich wie das amtsgerichtliche Aufgebotsverfahren (§§ 946 ff. ZPO.) ein — parteiloser — Prozeß, der, wenn er nicht infolge Zurücknahme des Antrags oder durch den Tod des zu Entmündigenden gegenstandslos wird, damit endet, daß entweder die beantragte Entmündigung abgelehnt oder dem Entmündigungsantrage stattgegeben wird. Demgemäß sind auch für das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren ausschließlich die Vorschriften der ZPO. maßgebend. Eine ergänzende Anwendung von Vorschriften des FGG., namentlich auch in Ansehung der Rechtsmittel, ist ausgeschlossen.

§ 645. R. **12** Nr. 2975 (Colmar). Die Verbindung eines Antrags auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit einem solchen auf Entmündigung wegen Trunksucht ist zulässig.

§ 648. Literatur: Schmid, Über die Einleitung des Entmündigungsverfahrens und über deren Ablehnung, besonders im Falle des § 649 ZPO., ThürBl. **59** 1—14.

I. Bedeutung der Einleitung und ihrer Ablehnung. Schmid, ThürBl. **59** 1 ff. Die Einleitung des Entmündigungsverfahrens stellt keinen äußerlich hervortretenden Akt dar, der etwa in Form eines Beschlusses zu ergehen hätte, sondern ist mit dem Eintreten des Gerichts in die sachlichen Erörte-

rungen nach Prüfung der Voraussetzungen des Verfahrens ohne weiteres gegeben. Ein Rechtsmittel gegen die Einleitung findet nicht statt. Lehnt dagegen das Gericht die Einleitung wegen Fehlens einer wesentlichen Voraussetzung des Verfahrens ab, so ist diese Entscheidung ein die Instanz beendigender Beschluß, der aber einer Entscheidung aus § 663 nicht gleichsteht und deshalb nicht mit der sofortigen Beschwerde, sondern mit der einfachen Beschwerde des § 567 anfechtbar ist. Diese Grundsätze finden entsprechende Anwendung in dem Verfahren auf Wiederaufhebung der Entmündigung nach § 676.

II. Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Entmündigung von Ausländern. **RG.** IV. WarnE. **12** 438. Die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts, bei der es nach §§ 648, 650 zunächst auf den Zeitpunkt der Einleitung des Entmündigungsverfahrens ankommt, deckt sich nicht mit der die sachlichen Voraussetzungen der Entmündigung betreffenden anderen Frage, ob der Ausländer von einem deutschen Gericht und nach den deutschen Gesetzen überhaupt entmündigt werden kann. Die gesetzlichen Erfordernisse einer solchen Entmündigung müssen vielmehr gerade im Zeitpunkt der Entmündigung selbst erfüllt sein. Nach Art. 8 EGBGB. bedarf es im übrigen zur Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Entmündigung eines wohnsitzlosen Ausländers nur schlechthin der Feststellung, daß der zu Entmündigende sich tatsächlich im Inland aufhält, mag auch der Aufenthalt nicht für die Dauer berechnet sein und nicht auf freier Wahl beruhen (vgl. **RG.** SeuffA. **48** Nr. 133, JW. **92** 461, **97** 301).

§ 649. Schmid, ThürBl. **59** 1 ff. Bei Nichtbefolgung der Anordnung des Gerichts ist die Einleitung des Verfahrens ebenso wie beim Mangel eines wirksamen Antrags oder der Zuständigkeit abzulehnen. Das Gericht ist befugt, zur Beibringung des Zeugnisses eine Frist zu setzen, deren Ablauf gemäß § 230 die Versäumnisfolge nach sich zieht und ohne weiteres die Ablehnung der Einleitung rechtfertigt. Gegen die Bemessung der Frist wie gegen die Anordnung aus § 649 überhaupt ist die Beschwerde nach § 567 gegeben. Der Anordnung ist genügt, wenn innerhalb der Frist das Zeugnis irgendeines approbierten Arztes, mag er auch z. B. Spezialist für Augen- oder Ohrenleiden sein, beigebracht wird, das sich für das Vorhandensein einer geistigen Störung ausspricht. Lautet das Zeugnis unentschieden oder stellt es eine geistige Erkrankung in Abrede, so ist das Gericht zwar befugt, die Einleitung abzulehnen, braucht es aber nicht zu tun. Die Grundsätze finden in dem Verfahren auf Wiederaufhebung der Entmündigung entsprechende Anwendung.

§ 650. I. BayObLG. **12** 273, R. **12** Nr. 1925 (BayObLG.). Die Verweisung der Verhandlung und Entscheidung über die Entmündigung an das Gericht des Aufenthaltsorts des zu Entmündigenden ist namentlich dann angebracht, wenn zweifelhaft ist, ob Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorliegt, und deshalb für die Entscheidung von ausschlaggebender Bedeutung sein kann, daß der entscheidende Richter selbst den zu Entmündigenden sieht und hört.

II. R. **12** Nr. 1224 (Stuttgart). Der Beschluß, durch den das Gesuch des zu Entmündigenden um Überweisung des Verfahrens an ein anderes Amtsgericht zurückgewiesen wird, unterliegt keiner Beschwerde.

§ 658. I. Kostenpflicht der Staatskasse im Falle der Zurücknahme des Antrags. R. **12** Nr. 3406 (Hamburg). Die Kosten des erfolglosen Entmündigungsverfahrens hat, abgesehen von Abs. 2, die Staatskasse auch dann zu tragen, wenn der Antragsteller den Antrag zurückgenommen hat.

II. Umfang der Kostenpflicht der Staatskasse. 1. Sächs. OLG. **33** 435, OLG. **25** 141 (Dresden). Die im § 658 Abs. 1 der Staatskasse für den Fall, daß es nicht zur Entmündigung kommt, auferlegte Verpflichtung zur Tragung der Kosten des Verfahrens erstreckt sich auch auf die Kosten des Rechtsanwalts des zu Entmündigenden. Vgl. JDR. **10**.

2. Ebenso RheinA. **109** 269 (Cöln). Die Staatskasse hat auch die außergerichtlichen Kosten des zu Entmündigenden nach Maßgabe des § 91 zu erstatten, wenn die Entmündigung abgelehnt wird.

III. Kostenfestsetzung. OLG. **25** 80 (Braunschweig). Die Festsetzung der von der Staatskasse zu erstattenden Kosten kann, außer in dem Verfahren nach §§ 103 ff., auch durch das Amtsgericht im Verwaltungswege verfügt werden. Gegen einen solchen Verwaltungsakt steht der Staatsanwaltschaft kein Rechtsmittel zu.

§ 664. Abs. 3. Beginn der Frist für die Anfechtungsklage des Entmündigten. BuschsZ. **42** 529 (LG. Paderborn und OLG. Hamm). Die Kenntnis von der Entwündigung setzt nach richtiger Ansicht nicht nur die Kenntnis von der Tatsache der Entmündigung, sondern auch von ihrem Grunde voraus. Hat der Entmündigte durch das Ermittelungsverfahren aber Kenntnis davon erhalten, dann wird die formale Voraussetzung des § 664 Abs. 3 durch die hinzukommende Kenntnis von der Tatsache der Entmündigung erfüllt (**RG. 68** 403).

§ 680. Verbindung des Antrags auf Entmündigung wegen Trunksucht mit einem Antrag aus §§ 645, 646 vgl. oben zu § 645.

§ 681. JW. **12** 1134 (AG. München). Auch ein Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung kann bei Aussicht auf Besserung ausgesetzt werden, allerdings nicht auf Grund des § 681, aber auf Grund des § 653, indem der zu Entmündigende seine eigene Person als Beweismittel bezeichnet.

§ 684. I. Abs. 2. OLG. **25** 143, R. **12** Nr. 2694 (Colmar). Die Anfechtungsklage kann wirksam auch vor Zustellung des Entmündigungsbeschlusses an den Entmündigten erhoben werden.

II. Abs. 3. BadRpr. **12** 272 (Karlsruhe). Stirbt im Falle einer Entmündigungsanfechtungsklage der durch einen Rechtsanwalt vertretene Beklagte im Laufe des Verfahrens, so findet § 246 keine Anwendung. Die Staatsanwaltschaft ist zur Aufnahme des durch den Tod des Antragstellers unterbrochenen Verfahrens verpflichtet.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

§§ 688 ff. Literatur: Fraeb, Die Zubilligung der Mahnporti im Mahnverfahren, JW. **12** 776—778.

Fraeb, JW. **12** 776 ff. Der Sachlage nach angemessene Portoauslagen für Mahnschreiben sind erstattungsfähig und im Mahnverfahren zuzubilligen.

§ 691. RheinARV. **30** 111 (LG. Cöln, Kammer f. Handelss.). Darin, daß das Gericht die von einem Rechtskonsulenten in Ansatz gebrachten Vertretungskosten nicht in voller Höhe in den Zahlungsbefehl aufnimmt, liegt eine teilweise Zurückweisung des Gesuchs. Auch insoweit muß daher der Antragsteller vorher gehört werden. Eine Anfechtung der Zurückweisung ist aber ausgeschlossen, mag auch eine teilweise Zurückweisung an sich unzulässig sein. Dagegen RheinARV. **30** 113 (AG. Cöln). Über den im Zahlungsbefehl aufzunehmenden Betrag der Prozeßkosten hat allein das AG. zu befinden (vgl. § 689). Es setzt die zu erstattenden Kosten gemäß § 91 nach freiem Ermessen fest. Eine rechtliche Verpflichtung des Gerichts, den Gläubiger zu den Beanstandungen einer unrichtigen Kostenberechnung zu hören, ist im Gesetze nirgends begründet; insbesondere gibt es keine Bestimmung, der zufolge das ganze Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls abzuweisen wäre, falls der Gläubiger sich weigert, seine irrtümliche Berechnung abzuändern. Die Vorschrift des § 691 Abs. 2 trifft auf den Kostenerstattungsanspruch nicht zu, denn die Kostenerstattungspflicht ist kein Teil des Anspruchs im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Sie trifft sinngemäß nur auf den Teil des Anspruchs zu, für den der beliebig abänderbare Antrag des Gläubigers maßgebend ist. Die Kosten aber sind nicht vom Gläubiger, sondern vom AG. zu bestimmen.

§ 694. HessRspr. **12** 284 (LG. Gießen). Der schriftlich erklärte Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl braucht nicht unterschrieben zu sein, jedenfalls dann nicht, wenn sich die Widerspruchserklärung auf der dem Schuldner zugestellten Ausfertigung des Zahlungsbefehls befindet.

§ 696. Unzulässigkeit des Überganges zum Wechselprozesse s. § 602 Nr. II.

697. Abs. 2. MecklZ. **31** 70 (Rostock). Wird die Verweisung erst beantragt, nachdem Widerspruch erhoben ist, so muß über den Antrag in mündlicher Verhandlung entschieden werden.

§ 699. Literatur: Laubhardt, Eventueller Antrag auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls im Gesuch um den Zahlungsbefehl, BuschsZ. **42** 313—321.

I. *Laubhardt, BuschsZ. **42** 313 ff. Es ist zulässig, mit dem Antrag auf Erlaß des Zahlungsbefehls zugleich den auf eventuelle Erteilung des Vollstreckungsbefehls zu verbinden. Wenn eingewendet wird, daß bedingte und eventuelle prozessualische Anträge nur erlaubt seien, wo das Gesetz sie ausdrücklich gestattet, so stehen dem die Analogie der §§ 696 Abs. 2, 697 Abs. 2 und die Zulässigkeit des eventuellen Haftantrags im Offenbarungseidsverfahren entgegen. Der eventuelle Antrag auf Vollstreckungsbefehl erleichtert, vereinfacht und beschleunigt das Mahnverfahren.

II. Zweiter Vollstreckungsbefehl. SchlHolstAnz. **12** 364 (LG. Kiel). Eine zweite Ausfertigung des Vollstreckungsbefehls kann nicht erteilt werden, weil eine Urschrift bei dem Gerichte nicht verwahrt wird. Dagegen ist mit der Justizverwaltung (Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der preußischen Amtsgerichte vom 11. Oktober 1906 § 24 Nr. 15 und 16) anzunehmen, daß ein zweiter Vollstreckungsbefehl erteilt werden darf. Sein Inhalt läßt sich aus dem Mahnregister zuverlässig feststellen; daß der Name des Richters unter Umständen nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, ist nur ein scheinbarer Mangel.

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

§§ 704 ff. Petschek, BuschsZ. **42** 381 bespricht das Werk von Müller über die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts (s. JDR. **6** §§ 704 ff.) und bekämpft eine Reihe von Folgerungen, die Müller aus der Einteilung in anfechtbare und nichtige Vollstreckungsakte zieht.

§ 706. 1. **RG.** R. **12** Nr. 1225. Bei einer Mehrheit von Ansprüchen tritt nicht schon deshalb teilweise Rechtskraft ein, weil das Rechtsmittel nur in beschränktem Umfang eingelegt ist.

2. ElsLothJZ. **12** 125 (Colmar). Für die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses ist auch in Ansehung der für einzelne Teile der Entscheidung oder gegenüber einem — gewöhnlichen — Streitgenossen eingetretenen Rechtskraft der Gerichtsschreiber der Rechtsmittelinstanz — für die Dauer der Instanz — allein zuständig (**RG. 18** 424). Der Gerichtsschreiber 2. Instanz darf die Ausstellung eines Notfristattestes bezügl. eines gewöhnlichen Streitgenossen nicht deshalb ablehnen, weil ein Rechtskraftzeugnis nach § 706 Abs. 1 erlangt werden kann. **RG. 9** 387 und **66** 205 betreffen nur den Fall, wo durch das Rechtsmittel wegen der Möglichkeit späterer Anschließung des Gegners oder anderweitiger Erweiterung der ursprünglichen Anträge die Rechtskraft für den ganzen Umfang der Entscheidung gehemmt wird.

3. KGBl. **12** 116 (KG.). Der um Ausstellung des Notfristattestes ersuchte Gerichtsschreiber des Rechtsmittelgerichts hat weder zu prüfen, ob die Zustellung des Urteils formgerecht erfolgt, noch ob das Rechtsmittel form- und fristgerecht eingelegt ist. Glaubt er, daß die Notfrist mangels ordnungsmäßiger Zustellung des Urteils

nicht in Lauf gesetzt ist, so steht ihm frei, dem Zeugnis eine dementsprechende Fassung zu geben.

§ 708. Nr. 7. 1. a) WürttJ. **12** 318 (LG. Stuttgart). Wird die Berufung gegen das landgerichtliche, gegen Sicherheitsleistung vollstreckbare Urteil durch vorläufig vollstreckbares Urteil des OLG. zurückgewiesen, so gilt das landgerichtliche Urteil nunmehr als ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Eine neue Vollstreckungsklausel zu diesem ist nicht erforderlich. b) SeuffA. **67** 43, ThürBl. **59** 213 (Jena) = OLG. **23** 207 f. JDR. **10** Nr. 2. Tragweite der bedingungslosen vorläufigen Vollstreckbarkeit oberlandesgerichtlicher die Berufung zurückweisender Urteile, wenn das landgerichtliche Urteil dem Schuldner Hinterlegungsbefugnis gewährt.

2. BadRpr. **12** 14, 231 (Karlsruhe). Die vorläufige Vollstreckbarkeit des die Berufung zurückweisenden Urteils erstreckt sich ohne weiteres auf das erstinstanzliche Urteil (Gaupp-Stein [8/9] zu § 711 fr. F.). Der Antrag auch dieses für vorläufig vollstreckbar zu erklären, ist deshalb als überflüssig zurückzuweisen.

§ 710. 1. a) KGBl. **12** 29 (KG. XXI.) läßt dahingestellt, ob es allgemein unzulässig ist, ein Urteil gegen Sicherheitsleistung „in Höhe des beizutreibenden Betrags" für vorläufig vollstreckbar zu erklären, verneint aber die Zulässigkeit, wenn durch die Sicherheitsleistung des Gläubigers die Befugnis des Schuldners zur Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung (§ 713 Abs. 2) ausgeschlossen werden soll. b) OLG. **25** 147 (Posen). Die Anordnung einer Sicherheit in Höhe des jedesmal beizutreibenden Betrags ist nicht zulässig. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen bei Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen die Sicherheit für die bereits fällige Summe getrennt von der für die noch nicht fälligen Beträge zu bestimmen. Für jede dieser einzelnen Leistungen kann sie gesondert festgesetzt werden S. auch JDR. **3** 1, **4** 2, **5** 3, **7** 1.

2. SchlHolstAnz. **12** 301 (Kiel). Die Sicherheit ist so zu bemessen, daß sie zur Deckung des im Falle des § 717 Abs. 2 dem Schuldner zustehenden Schadensersatzanspruchs ausreicht. Die Sicherheit muß also auch die Kosten mit umfassen. Da ferner die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nur aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit zur Hauptsache folgt, so kann die Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses nicht von der Leistung einer weiteren Sicherheit wegen der Kosten abhängig gemacht werden. Die Vollstreckbarkeit des Festsetzungsbeschlusses hängt von der Leistung der ganzen im Urteile bestimmten Sicherheit ab, wenn nicht schon im Urteile für die Vollstreckung der Kostenentscheidung eine besondere Sicherheit festgesetzt ist. Im Kostenfestsetzungsbeschluß oder in der Vollstreckungsklausel desselben ist zu erwähnen, daß er nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar ist.

3. KGBl. **12** 76 (LG. I Berlin u. KG.). Ist das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt (§ 710), so bedarf es zur Kostenfestsetzung nicht des Nachweises der Sicherheitsleistung. Aber die Kostenfestsetzung selbst ist hier nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe der festgesetzten Kosten für vollstreckbar zu erklären. Ebenso ist, wenn dem Schuldner die Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung nachgelassen ist (§ 713), die Vollstreckbarkeit des Festsetzungsbeschlusses unter der gleichen Beschränkung auszusprechen.

§ 712. 1. Breit (s. IIb zu § 717), JW. **12** 782. Für die Frage, ob ein „unersetzlicher Nachteil" im Sinne des § 712 vorliegt, muß bei oberlandesgerichtlichen Urteilen auf Unterlassung in dem Falle der §§ 708 Nr. 7, 717 Abs. 3 der Ausschluß der Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 erheblich mit ins Gewicht fallen.

2. OLG. **25** 148 (Hamburg). „Unersetzlicher Nachteil" bei vorläufig vollstreckbarer Verurteilung des Beklagten, einen Dritten in eine offene Handelsgesellschaft aufzunehmen.

§ 713. 1. OLG. 25 149 (KG.). Die Hinterlegungsbefugnis des Schuldners aus § 713 Abs. 2 kann der Gläubiger nicht schon dadurch abwenden, daß er sich seinerseits zur Sicherheitsleistung erbietet. Es ist deshalb in diesen Fällen die vorläufige Vollstreckbarkeit mit dem Hinterlegungsvorbehalte für den Schuldner und einem Gegenvorbehalte — der Sicherheitsleistung — für den Gläubiger auszusprechen.

2. a) *Levin, KGBl. 12 61. Erfolgt die Hinterlegung in Geld, so erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an der Forderung an den Fiskus nach § 233 BGB. Die analoge Ausdehnung des § 777 ZPO. auf dieses Pfandrecht erscheint zulässig und geboten, weil diese Sicherheit einem Sachenpfandrechte völlig gleichsteht und die sofortige Realisierbarkeit des Pfandrechts bei Rechtskraft des Urteils nach § 1282 BGB. möglich ist (gegen LG. I Berlin, KGBl. 12 30, s. zu § 777 Nr. 2 a). **b)** HansGZ. **12** Beibl. 267 (LG. Hamburg). Die vom Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung hinterlegte Sicherheit haftet dem Gläubiger nicht nur für den dem Gläubiger aus der Verzögerung der Zwangsvollstreckung entstehenden Schaden, sondern auch für die Forderung selbst (HansGZ. **98** 83 [Hamburg], **RG.** das. 105, **RG. 40** 204, **25** 376).

3. Sicherheitsleistung des Klägers bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen der OLG. auf Unterlassung s. zu § 717 II.

§ 715. a) FrankfRundsch. **46** 72 (Frankfurt). Für den Antrag auf Anordnung der Rückgabe der vom Gläubiger geleisteten Sicherheit steht dem Rechtsanwalte neben der Prozeßgebühr nicht noch die Gebühr nach § 24 RAGebO. zu. **b)** Ebenso RheinA. **109** 255 (Düsseldorf) und die herrsch. M. S. auch JDR. **1** 3, **3** 3, **4** 3, **5** 2, **6** 2 a, 8, **9** 2, **10.**

§ 717. Literatur: Flechtheim, Die vorläufige Vollstreckbarkeit oberlandesgerichtlicher Urteile, JW. **12** 670—672, 996—998. — Dazu Breit, Nochmals vorläufige Vollstreckbarkeit oberlandesgerichtlicher Unterlassungsurteile, JW. **12** 779—786.

I. Abs. 1. 1. a) **RG. 78** 238, JW. **12** 149. Ein Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ersteht nicht schon dadurch, daß das Berufungsgericht zunächst ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs (§ 304) erläßt. **b)** KGBl. **12** 20 (KG.). Wird dem vorläufig vollstreckbaren Urteile genügt, ehe eine Zwangsvollstreckung stattfindet oder angedroht wird, so entsteht kein Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2.

2. RheinA. **109** I 312 (Düsseldorf). Bei Fahrnisgemeinschaft kann der Ehemann die auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils zu viel gezahlten Unterhaltsbeträge auf Grund des § 717 Abs. 2 nicht zurückfordern, soweit die Frau sie nicht aus eingebrachtem Gute oder Vorbehaltsgute berichtigen kann; denn soweit dies nicht der Fall ist, braucht die Frau Schulden erst nach Beendigung der Gütergemeinschaft zu berichtigen (§§ 1549, 1541 BGB.).

3. **RG. 77** 48 = JW. **11** 943 s. JDR. **10** II 2. Dritte, in deren Vermögen versehentlich vollstreckt ist, können aus § 717 Abs. 2 keinen Schadensersatzanspruch erheben. Ob für die in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau des Vollstreckungsschuldners etwas anderes gilt, bleibt dahingestellt.

4. v. Ziegler, BayRpflZ. **12** 390 — unter Bekämpfung von **RG. 76** 406 —. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ist die Aufrechnung unzulässig, wenn jener Anspruch als Inzidentantrag im anhängigen Prozesse verfolgt wird. Denn durch die Aufrechnung würde die vom Gesetz auch in der Neufassung erstrebte vollständige Wiederherstellung des früheren Zustandes in materieller und prozeßrechtlicher Beziehung vereitelt werden. Bei Geltendmachung des Anspruchs mit formeller Widerklage oder selbständiger Klage kann die frühere Lage ohnehin nicht wiederhergestellt werden. In diesem Falle ist deshalb Aufrechnung zulässig. S. auch JDR. **4** 2 a, **5** Abs. 2, 4, **6** II 5 c, **9** 5, **10** II 3 a.

5. **RG.** JW. **12** 247. Auch wenn der Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung dem Urteile genügt hat, haftet die vom Kläger zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung geleistete Sicherheit dem Beklagten für den Fall späteren Obsiegens für seinen Schaden.

6. OLG. **25** 57 (Posen). Für die Klage aus § 717 Abs. 2 ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung aus § 32 begründet, da unter unerlaubter Handlung jetzt jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in einen fremden Rechtskreis zu verstehen ist. AM. Struckmann-Koch, Seuffert, Skonietzki-Gelpcke, SeuffA. **58** 205 (BayObLG.), OLG. **17** 93 (Frankfurt). S. auch JDR. **7** 4.

7. **RG.** JW. **12** 201, R. **12** Nr. 2092. Soweit §§ 717, 302 Abs. 2 (945) nicht Platz greifen, haftet der Gläubiger für Schaden aus der Zwangsversteigerung nur bei Verschulden. Ein solches kann — trotz der selbständigen Prüfungspflicht des Gerichtsvollziehers — darin liegen, daß er diesen unter Zusicherung einer besonderen Vergütung zur vorzeitigen Versteigerung der Pfandstücke veranlaßt hat.

II. Abs. 3. **a)** Flechtheim. Bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen der OLG. auf Unterlassung kann von einer Rückerstattung des Geleisteten oder Gezahlten im Sinne des § 717 Abs. 3 keine Rede sein. Hat in solchen Fällen der im Unterlassungsprozesse Beklagte gemäß § 713 Abs. 2 beantragt, ihm nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, und erbietet sich demgegenüber der Kläger seinerseits zur Sicherheitsleistung, so ist diese nur in Höhe der gegebenenfalls zu erstattenden Kosten anzuordnen. — Durch diese Anordnung bleibt die Vollstreckbarkeit in der Hauptsache unberührt. **b)** Dagegen Breit. Die Anordnungen der zur Herbeiführung oder Abwendung der vorläufigen Vollstreckbarkeit dienenden prozessualen Sicherheitsleistungen sind reine Prozeßmaßnahmen. Die Sicherheitsleistung ist zwar ziffermäßig so zu bemessen, daß sie zur Deckung eines aus der vorzeitigen Vollstreckung etwa erwachsenden Schadensersatzanspruchs ausreicht. Die Existenz eines solchen Schadensersatzanspruchs ist aber nicht Voraussetzung der Sicherheitsanordnung. Die Sicherheit wird vielmehr für den Fall angeordnet, daß der Sicherheitspflichtige ersatzpflichtig werde. Ob die Ersatzpflicht tatsächlich eintritt, bleibt einem späteren Verfahren vorbehalten.

§ 719. 1. OLG. **25** 149 (Naumburg). Eine Einstellung aus § 719 ist nicht mehr erforderlich, deshalb nicht mehr zulässig, insoweit die vorläufige Vollstreckbarkeit des ersten Urteils durch Verkündung eines abändernden Urteils 2. Instanz außer Kraft getreten ist (§ 717 Abs. 1).

2. **a)** OLG. **25** 149 (München). § 719 findet keine Anwendung auf einstweilige Verfügungen, da diese sofort — nicht aber nur vorläufig — vollstreckbar sind. **b)** Bad. Rpr. **12** 118 (Karlsruhe). § 719 findet zwar keine Anwendung auf Urteile, die nach § 922 Abs. 1 (§ 936) einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung anordnen; denn diese Urteile sind nicht nur vorläufig, sondern endgültig vollstreckbar. Dagegen ist eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus §§ 719, 707 zulässig bei Urteilen nach § 925 Abs. 2, durch die ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung aufgehoben oder zugunsten des Schuldners abgeändert wird, und die nach § 708 Nr. 5 für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. S. auch JDR. **6** 2.

3. (Abs. 2). **RG. 79** 223, JW. **12** 645. Im Gegensatze zu § 710 („schwer zu ersetzender oder schwer zu ermittelnder Nachteil") und § 917 („Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Vollstreckung") verlangt § 719 Abs. 2 die Glaubhaftmachung, daß die Vollstreckung „einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde". Dies ist streng dahin auszulegen, daß glaubhaft zu machen ist, daß die Vollstreckung zum Nachteile des Revisionsklägers einen Zustand herbeiführt oder eine Wirkung auslöst, die nachträglich nicht wieder beseitigt oder ausgeglichen werden kann. Erschwerte

Rechtsverfolgung in den Vereinigten Staaten von Nordamerika fällt nicht darunter. — Ebenso Flechtheim, JW. **12** 671.

§ 722. Literatur: Wittmaack, Kann ein Vollstreckungsurteil nach §§ 722 und 723 ZPO. auf Grund eines nordamerikanischen, insbesondere kalifornischen Urteils erlassen werden? ZZR. **22** 1—121.

1. *Fischer, BuschsZ. **43** 87 (s. zu § 767). Die Vollstreckungsklage aus § 722 geht nicht auf Feststellung der Zulässigkeit, sondern erhebt den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verleihung der Vollstreckbarkeit. Das Urteil ist konstitutiv. Daher sind auch Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, in diesem Prozesse zulässig, allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 767; sie können vor dem inländischen Gerichte vorgebracht werden und sind nicht auf den Klageweg angewiesen. Die Aufrechnungseinrede kann ebenfalls nur erhoben werden, wenn es dem Beklagten nicht möglich war, vor dem ausländischen Gerichte die Aufrechnung zu erklären. Widerklagen sind zulässig, wenn sie mit den nach diesen Grundsätzen zulässigen Einwendungen in rechtlichem Zusammenhange stehen; bei dieser Begrenzung ihrer Zulässigkeit wird der Struktur des Prozeßrechts entsprechend erreicht, daß in den Prozeß nichts hineingetragen wird, was sachfremd ist und mit der Vollstreckbarkeit nichts zu tun hat.

2. Wittmaack bejaht gegen das Urt. des **RG. 70** 434 und das ihm voraufgegangene Urt. des OLG. Colmar die Frage, ob im Verhältnisse zum Deutschen Reiche in Kalifornien die Gegenseitigkeit verbürgt und deshalb ein Vollstreckungsurteil zu einem kalifornischen Urteile zulässig sei.

3. R. **12** Nr. 2326 (Colmar). Eine Klage vor einem deutschen Gericht auf Erstattung der Kosten eines vor Schweizer (anders: französischen, RheinZ. **12** 296) Gerichten geführten Prozesses ist mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig, da der Obsiegende die Kostenforderung in dem durch Art. 18 des Haager Abk. über den ZP. vom 17. Juli 1905 in Verb. mit § 5 AusfG. vom 5. April 1909 (RGBl. 430) geregelten Verfahren zur Vollstreckung bringen kann (vgl. **RG. 16** 431, 130; Gruchots Beitr. **39** 1155).

§ 724. a) Bourier, BayNotZ. **13** 28. Die Vollstreckungsklausel kann auch in der Beschränkung auf einen Teil des Anspruchs erteilt werden, wenn nur bezüglich dieses Teiles die Voraussetzungen der Erteilung erfüllt sind. **b)** HessRspr. **13** 140 (Darmstadt). Ist das Urteil nicht seinem ganzen Umfange nach vollstreckbar, so muß die Vollstreckungsklausel selbst den Teil, für den sie erteilt wird, genau bezeichnen. Die Bezugnahme auf ein anderes seinem Inhalte nach nicht angegebenes Urteil genügt nicht.

§ 725. 1. **RG.** R. **12** Nr. 639, WarnE. **12** 200. Die Vollstreckungsklausel ist auf das Urteil zu setzen, das den Vollstreckungstitel bildet, also, wenn ein Urteil von der höheren Instanz bestätigt wird, auf das bestätigte Urteil (Seuffert Anm. 3, Petersen Anm. 5, Gaupp-Stein Anm. 2 zu § 725); ob dieses Urteil nur gegen Sicherheitsleistung, das bestätigende ohne solche vorläufig vollstreckbar ist, ist dabei unerheblich. Aus der einfachen, nicht vollstreckbaren Ausfertigung des Berufungsurteils können der Vollstreckungsbeamte und der mit der Festsetzung der Kosten erster Instanz befaßte Gerichtsschreiber ersehen, daß das bestätigte Urteil nunmehr ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar ist.

2. OLG. **25** 150 (KG.). Als Gerichtssiegel im Sinne des § 725 ist auch ein Schwarzdruckstempel anzusehen. Die neuerlich auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemachte Unterscheidung zwischen Siegel und Stempel ist der ZPO. unbekannt.

§ 726. 1. Busch, ZBlFG. **12** 815, tritt der herrsch. M. bei, nach welcher gegenüber der Verfallsklausel bei nicht pünktlicher Zinszahlung die Beweislast für rechtzeitige Zahlung den Schuldner trifft. Anders, wenn unpünktliche Zinszahlung

den Gläubiger nur zur vorzeitigen Kündigung berechtigt. — S. auch IDR. **1** 1, **3** 1, **6** 2, **7** 1, **10** 1.

2. Busch, ZBlFG. **12** 816. Die Bestimmung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich ohne Nachweis der Fälligkeit seines Anspruchs eine vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels erteilen zu lassen, ist wirkungslos, da die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (§ 726) öffentlichen Rechtes sind und deshalb durch Parteiabrede nicht abgeändert werden können. — S. auch IDR. **10** § 794 Nr. 2 d.

3. Busch, ZBlFG. **12** 814. Ist die Fälligkeit des Kapitals einer vollstreckbaren Urkunde von einer Kündigung abhängig, so muß auch der Inhalt des Kündigungsschreibens durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Ebenso ZBlFG. **10** 347 (BayObLG.); aM. ZBlFG. **11** 456 (Düsseldorf). S. IDR. **3** 2, **5** 1, **10** 2.

4. KGBl. **12** 4 (LG. I Berlin 9. ZK.). Ist der Beklagte zur Zahlung und im Falle der Uneinbringlichkeit zur Herausgabe der Sache verurteilt, so bedarf es, wenn wegen des Zahlungsanspruchs fruchtlos vollstreckt ist, keiner neuen Vollstreckungsklausel aus § 726 wegen der Eventualleistung. Denn es liegt nicht dem Gläubiger der Nachweis der Nichtzahlung, sondern dem Schuldner der Nachweis der Zahlung ob (**RG. 41** 220). Der Gläubiger, der wegen des Herausgabeanspruchs vollstrecken will, braucht deshalb auch dem Gerichtsvollzieher den Nachweis der Uneinbringlichkeit der Geldforderung nicht zu führen. Der Schuldner ist auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage gewiesen (§ 767).

5. Busch, ZBlFG. **12** 814. Offenkundigkeit ersetzt auch im Falle des § 726 den dort vorgeschriebenen Nachweis (Gaupp-Stein § 726; OLG. **17** 186 [Hamburg]).

§ 727. 1. Anwendungsfälle. a) KGBl. **12** 90 (KG. I a.). Der Pfandgläubiger ist, wenn er nach § 1282 BGB. Einziehungsbefugnis erlangt hat, als Rechtsnachfolger im Sinne des § 727 befugt, sich vollstreckbare Ausfertigung der vollstreckbaren Urkunde über die ihm verpfändete Forderung (§ 794 Nr. 5) erteilen zu lassen. b) OLG. **25** 152 (KG.). Bei nachgewiesener Rechtsnachfolge kann die Vollstreckungsklausel auch einem Mitverurteilten (z. B. einem mit dem verurteilten Schuldner wechselmäßig Verpflichteten — OLG. **15** 274 [KG.]) erteilt werden. Ergeben die vorgelegten Urkunden, daß der abgetretene Anspruch schon vor der Abtretung — z. B. durch Zahlung — erloschen war, so ist die Umschreibung zu versagen. Handelt es sich um Verurteilung nach Wechselrecht, so ist die nach bürgerlichem Rechte etwa bestehende Ausgleichungspflicht nicht zu berücksichtigen. c) OLG. **25** 219 (KG.). Wenn nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich der Gemeinschuldner die Verfügungsgewalt über die zur Masse gehörigen Außenstände wiedererlangt, so ist das keine Rechtsnachfolge im strengen Sinne, aber nach Analogie einer solchen zu behandeln. Der vom Konkursverwalter über einen Außenstand erwirkte vollstreckbare Titel muß deshalb jetzt auf den früheren Gemeinschuldner umgeschrieben werden (ebenso: Gaupp-Stein zu § 727; aM. Jäger, Anm. 30 zu § 6 KO.; Petersen, Anm. 4 b zu § 727 ZPO.).

2. Anwendbarkeit verneint. a) BayObLG. **12** 679, SeuffBl. **12** 216, BayRpflZ. **12** 23, R. **12** Nr. 254 (BayObLG.). Ein Gläubiger, der — auch bei sinngemäßer Auslegung des Beschlusses (§ 133 BGB.) — nur die Hypothek, nicht aber die zugrunde liegende Forderung gepfändet und überwiesen erhalten hat, ist weder bezüglich der Hypothek, noch bezüglich der Forderung Rechtsnachfolger des Schuldners (§ 1153 Abs. 2 BGB.) und deshalb nicht berechtigt, eine vollstreckbare Ausfertigung der über die Forderung ausgestellten Urkunde zu erwirken. Ist bei Pfändung der Hypothek des Eigentümers der Schuldner im Pfändungsbeschluß als Hypothekeninhaber und als Unterpfandseigentümer bezeichnet, so ist anzunehmen, daß der Gläubiger nicht auch eine dem Schuldner gegen sich selbst zustehende Forde-

rung, sondern nur die für sie eingetragene Hypothek hat pfänden wollen. **b)** OLG. **25** 151 (Breslau). Wenn auch nach §§ 274 ff., 585 I. 18 ALR. unter Umständen ein Lehnsnachfolger, der Deszendent des früheren Lehnsbesitzers ist, für dessen Allodialschulden in gewissem Umfange wie für eine Lehnsschuld haftet und sie wie ein Erbe gegen sich gelten lassen muß (**RG. 32** 279), so kann doch eine Umschreibung der Klausel gemäß § 727 gegen ihn nicht stattfinden. Denn der Lehnsnachfolger haftet im Gegensatze zum früheren Lehnsbesitzer nur mit den Lehnseinkünften und nur insoweit, als das Vermögen des Schuldners dazu nicht hinreicht (§ 274 I. 18 ALR.). Haftet aber der Rechtsnachfolger beschränkter als der ursprüngliche Schuldner, so ist § 727 nicht anwendbar.

3. SeuffA. **67** 113 (Rostock). Nach Auflösung eines nichtrechtsfähigen Vereins bedarf es zur Zwangsvollstreckung aus einem gegen den Verein gerichteten Schuldtitel in das bisherige Vereinsvermögen einer Umschreibung der Klausel auf die einzelnen Vereinsmitglieder nicht. Als Analogie ist der Fortfall des gesetzlichen Vertreters beim Eintritte der Volljährigkeit des Mündels heranzuziehen.

4. KGBl. **12** 33 (LG. I Berlin 9. ZK.). Der Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen den Rechtsnachfolger bedarf es nicht nur zum Beginne einer Zwangsvollstreckung, sondern — von einzelnen Ausnahmen (§ 779 Abs. 1 ZPO., § 26 ZVG.) abgesehen — auch zur Fortsetzung einer gegen den ursprünglichen Schuldner begonnenen Zwangsvollstreckung gegen den Rechtsnachfolger. Nach Eröffnung des Konkurses kann deshalb die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Gemeinschuldners nur fortgesetzt werden, wenn die Vollstreckungsklausel gegen den Konkursverwalter umgeschrieben wird.

§ 731. *Fischer, BuschsZ. **43** 88. Gegenstand der Klage aus § 731 ist nicht der materielle Anspruch gegen den Rechtsnachfolger, sondern der öffentlich-rechtliche auf Verleihung der Vollstreckbarkeit. Die Klage setzt das Bestehen der Rechtskraft nach § 325 voraus. Das Urteil ist konstitutiv.

§ 733. R. **12** Nr. 1067 (KG.). Gegen die Erteilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung nur Einwendung (§ 732) und erst gegen die daraufhin ergehende Entscheidung sofortige Beschwerde. Unterlassene Anhörung des Schuldners kein Beschwerdegrund.

§ 737. Literatur: Leibfried, Zur Frage der Zwangsvollstreckung in das der statutarischen Nutznießung unterworfene Vermögen. Ist ein Vollstreckungstitel gegen den Nießbraucher auf Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich? WürttZ. **12** 225—234.

Leibfried. Das statutarische Nutznießungsrecht des überlebenden Ehegatten (Art. 262 WürttAGBGB.) fällt als erbrechtliche Wirkung der altrechtlichen Güterstände der landrechtlichen Errungenschaftsgemeinschaft und der allgemeinen Gütergemeinschaft weder unter § 746 (so WürttJ. **16** 46 [Stuttgart]), noch unter §§ 737, 739 (so Hirsch, WürttZ. **01** 373, Weegmann, WürttZ. **05** 327). Das Recht des nutzungsberechtigten Ehegatten am hinterfälligen Vermögen wird von der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht berührt. Nur wenn der Eigentümer eines in statutarischer Nutznießung stehenden Vermögens — z. B. bei Aufnahme eines hypothekarischen Darlehens — dem Gläubiger gegenüber auf sein Recht verzichtet hat, bedarf es — da eine Zwangsvollstreckung vorgenommen werden soll, der sein Recht nicht entgegenstehen soll — in entsprechender Anwendung der §§ 737 ff. eines vollstreckbaren Titels gegen ihn. Geltendmachung der statutarischen Nutznießung in der Zwangsversteigerung von Grundstücken (231).

§ 739. 1. a) OLG. **25** 196 (KG. XXI.). Leben die Ehegatten in Gütertrennung, so ist eine Verurteilung des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Frauengut nicht erforderlich, deshalb auch nicht zulässig. Die Möglichkeit, daß der Mann später der Zwangsvollstreckung Schwierigkeiten bereitet,

rechtfertigt eine Duldungsklage gegen ihn nicht. **b)** OLG. **24** 52, SeuffBl. **12** 148 (München). Bei Gütertrennung besteht für eine Duldungsklage gegen den Mann kein Rechtsschutzbedürfnis; ihm fehlt deshalb die Passivlegitimation. Dies gilt auch für eine vor 1900 vereinbarte Gütertrennung, die gemäß Art. 25 BayG. vom 9. Juni 1899 nicht in das Güterrechtsregister eingetragen zu werden braucht und nicht eingetragen worden ist. — S. JDR. **6** 3, **9** 1, **10** 2.

2. Winter, DJZ. **12** 1350. Im Falle der Verurteilung der Frau zur Leistung und des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut ist die Kostenentscheidung aus § 100 Abs. 1 u. 2 zu treffen. — S. auch JDR. **3** 10, **6** II 1, III, **7** 3, **8** 5.

3. OLG. **25** 45 (Colmar). Der Streitwert der Duldungsklage gegen den Mann ist nach dem Werte der ehemännlichen Nutznießung an dem eingebrachten Gute zu bestimmen, wenn dieser Wert hinter dem Betrage der Forderung zurückbleibt. Die Wertsberechnung erfolgt nach § 9 GKG., § 9 ZPO. (zwölfeinhalbfacher Betrag des einjährigen Bezugs).

§ 740. 1. R. **12** Nr. 1226 (Colmar). Während bestehender Gütergemeinschaft, Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft kann dem Gläubiger des Mannes von einem gegen diesen erwirkten vollstreckbaren Titel eine Ausfertigung gegen die Frau mit der Beschränkung erteilt werden, daß gegen sie nur die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut zulässig ist. Die gegen die unbeschränkte Erteilung der Klausel von der Frau erhobene Einwendung richtet sich gegen den materiellen Anspruch des Gläubigers, ist deshalb nicht nach § 732, sondern gemäß §§ 767, 797 zu verfolgen.

2. R. **12** Nr. 1227 (Colmar). Auch bei allgemeiner Gütergemeinschaft ist eine besondere Klage gegen die Frau nicht ausgeschlossen, wenn der Gläubiger daran ein Rechtsschutzinteresse hat. Ein solches kann aber allein aus dem Umstande, daß der Ehemann sich in schlechten Vermögensverhältnissen befindet und den Offenbarungseid geleistet hat, nicht gefolgert werden.

3. (§ 741.) OLG. **25** 197, KGBl. **12** 53 (KG. VIII.). Während die Begründung zur ZPONov. von 1898 (152), die Mehrzahl der Kommentare — Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Petersen-Anger, Reincke — auch Planck (zu § 1459 BGB. und DJZ. **00** 77, 246), Staudinger (zu § 1459), Hellwig (Anspruch u. Klagerecht 338) sowie OLG. **5** 131 (Hamburg), **10** 373 (Posen), **21** 228 annehmen, daß neben §§ 740, 741 die §§ 808, 809 maßgebend sind, sind PrGeschAnw. f. GV. vom 12. Dezember 1899 (§§ 48, 63), ein Aufsatz im JMBl. **00** 22, Falkmann, DJZ. **00** 175, 356, Neukamp (§ 740), R. **02** 438 (Cöln) und OLG. **5** 329 (KG. XIII.) der Ansicht, daß in den Fällen der §§ 740, 741 der vollstreckbare Schuldtitel gegen den Ehemann oder gegen die Gewerbefrau genügt, um im Gewahrsame der Ehefrau befindliche Gegenstände des Gesamtguts bzw. im Gewahrsame des Ehemanns befindliche Gegenstände des eingebrachten und Gesamtguts zu pfänden. Der Sen. tritt der zweiten Ansicht bei, da nur so der gesetzgeberische Zweck der Erleichterung der Zwangsvollstreckung in den angegebenen Fällen vollständig erreicht werde. S. auch **1** 2, **3** 1, **4** 1, **7**, **8** 1, **10** 1.

4. Dingliche Unterwerfung s. zu § 800 Nr. 1.

§ 744. **RG. 79** 355. § 744 findet auch Anwendung, wenn der Ehemann inzwischen verstorben und über seinen Nachlaß Konkurs eröffnet worden ist (Gaupp-Stein zu § 727 III). Daneben kann auch aus § 743 auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut geklagt werden (**RG. 46** 306, GruchotsBeitr. **38** 183). Dies ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Auseinandersetzung beendet, ein Gesamtgut also überhaupt nicht mehr vorhanden ist.

§ 746. Zwangsvollstreckung in das der statutarischen Nutznießung unterworfene Vermögen s. § 737.

§ 747. **RG.** LeipzZ. **12** 846. Ein einheitlicher Titel wird zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß von § 747 nicht gefordert (**RG. 68** 222). Der Zusatz „bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß" (Planck-Strohal, BGB. § 2058 Anm. 2) verleiht dem Kläger kein weitergehendes Vollstreckungsrecht, als er ohne den Zusatz durch die Einwilligung der Miterben erlangt.

§ 750. 1. SeuffBl. **12** 126 (Dresden). Ist ein Urteil gegen die Firma eines Einzelkaufmanns ergangen, so ist die Zwangsvollstreckung gegen diejenige Person zu richten, die zur Zeit der Klagerhebung Inhaber der Firma war (**RG. 54** 15, Staub Anm. 32a, Lehmann-Ring Anm. 10, Düringer-Hachenburg Anm. 13, Makower Anm. II d 1 zu § 17 HGB.). Die Zwangsvollstreckung ist zulässig, auch wenn der betreffende Inhaber zu dieser Zeit noch nicht in das Handelsregister eingetragen war.

2. OLG. **25** 155 (Braunschweig). Dem Erfordernisse des § 750 Abs. 1 genügt auch eine Zustellung des Urteils vom Schuldner an den Gläubiger. ➠ Ebenso die herrsch. M. vgl. Gaupp-Stein (8 9) Anm. 3. Red. ⬅

3. RJA. **11** 230 (KG.). Soll im Wege der Zwangsvollstreckung eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen, so kann nur wenn es sich um einen Mangel grundbuchrechtlicher Erfordernisse, nicht aber, wenn es sich um einen Mangel in den Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung handelt, eine Frist zur Hebung des Hindernisses aus § 18 Abs. 2 GBO. bestimmt werden (aM. Predari, GBO. 286 Anm. 3 zu § 18).

4. ElsLothJZ. **12** 316 (Colmar). Ein Verstoß gegen § 750 Abs. 1 macht die Zwangsvollstreckung nicht bloß Dritten, sondern auch dem Schuldner gegenüber unheilbar nichtig.

§ 753. 1. Durch einen Zusatz zu § 95 BayGeschAnw. f. GerVollz. (Bek. vom 21. Mai 1912, JMBl. 107) werden die Gerichtsvollzieher auf die bei der Pfändung und Verwertung beweglicher Sachen zu beachtenden Vorschriften hingewiesen, durch die der Verkehr mit bestimmten Gegenständen verboten ist, z. B. Stempel- und Steuervorschriften, seuchenpolizeiliche Vorschriften, § 9 RGes. vom 19. Mai 1891 über die Prüfung von Handfeuerwaffen, die Vorschriften über den Verkehr mit Arznei- und Nahrungsmitteln usw. (Auszug, BayRpflZ. **12** 264).

2. Haftung des Staates gegenüber dem Auftraggeber des Gerichtsvollziehers? **a)** Preußen. Streitig ist, ob auch nach dem Inkrafttreten des PrG. vom 1. August 1909 der Gerichtsvollzieher seinem Auftraggeber noch primär aus dem Vertrag auf Schadensersatz haftet. Während Salman (Haftung für Beamte in Preußen und im Reich 20 ff., JW. **11** 78) die Ansicht vertritt, daß der Geschädigte sich jetzt überhaupt nicht mehr an den Beamten halten könne, sondern nur an den Staat und zwar gleichgültig, ob die Pflichtverletzung den Beamten noch aus anderen Gesichtspunkten als aus § 839 verantwortlich mache (ebenso NaumburgAK. **12** 28 [Naumburg], KGBl. **12** 95 [LG. II Berlin]), führt Pasch, JW. **12** 657 aus, daß nach dem Wortlaute des § 1 Abs. 1 G. von 1909 nur diejenige Haftung des Beamten auf den Staat übertragen sei, welche mit der Klage aus § 839 BGB. verfolgt werde, daß daneben dem Geschädigten aber gegen den Gerichtsvollzieher eine Vertragsklage aus § 276, möglicherweise auch eine Deliktsklage aus § 823 oder § 826 BGB. zustehe (ebenso Kröner, Die Beamtenhaftpflicht im Reiche und in den Bundesstaaten 31). **b)** Reimer, JW. **12** 981 legt § 1 Abs. 1 aaO. dahin aus: Für Amtspflichtverletzungen eines Beamten trifft, gleichviel ob der Beamte nur aus § 839 haftet oder ob daneben noch eine Haftung aus §§ 823, 826 oder 276 besteht, die Verantwortlichkeit den Staat. Für den Umfang der Verantwortlichkeit des Staates ist § 839 maßgebend. Insoweit der Staat haftet, ist die Verantwortlichkeit des Beamten selbst ausgeschlossen, der Staat haftet an Stelle des Beamten. Insoweit der Staat nicht haftet, kann, falls

aus einem anderen Rechtsgrund als aus § 839 eine über den Rahmen der letzteren Bestimmung hinausgehende Inanspruchnahme des Beamten möglich ist, der Geschädigte sich an den Beamten halten. c) Krieg, JW. **12** 1087. Für den nur aus § 839 haftenden Beamten tritt der Staat ein; der aus Vertrag haftende Beamte bleibt selbst alleiniger Schuldner. d) SchlHolstAnz. **12** 28 u. 311 (Kiel I. u. II.). Trotz des Wortlauts des § 1 Abs. 1 PrG. vom 1. August 1909 ist aus Zweck und Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu entnehmen, daß der Staat an Stelle des Beamten für den von diesem in Ausübung der öffentlichen Gewalt Dritten zugefügten Schaden auch dann haftet, wenn neben der Haftung aus § 839 BGB. noch eine Verpflichtung aus dem Vertrage — z. B. aus der Geschäftsbesorgung des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger — besteht. — II. Sen.: Der Hinweis auf § 839 ist dahin zu verstehen, daß der Staat nur unter denselben Beschränkungen haften soll, wie der Beamte, daß ihm auch dieselben Einwendungen zustehen sollen, wie diesem. e) Baden. BadRpr. **12** 151 (Karlsruhe). Nach Art. 5 BadAGBGB. haftet der Staat an Stelle des Gerichtsvollziehers auch soweit dieser seinem Auftraggeber aus dem Vertrage haften würde. Der Anspruch gegen den Fiskus ist ein selbständiger ex lege; er verjährt nach § 852 BGB. in 3 Jahren. f) Hamburg. Hartmann, R. **12** 117 greift HansGZ. **11** Beibl. 253 (Hamburg) — s. JDR. **10** § 831 BGB. Nr. 17 c — an, wonach in Hamburg — das von dem Vorbehalte des Art. 77 EGBGB. keinen Gebrauch gemacht hat — der Staat für Versehen des Gerichtsvollziehers dem Gläubiger gegenüber unbedingt haftet, weil dieser durch das Gesetz genötigt sei, die Hilfe des Gerichtsvollziehers in Anspruch zu nehmen, und Dritten gegenüber § 831 BGB. Platz greife. Er bekämpft ferner die Plenarentscheidung **RG. 9** 363 über die Anwendung der privatrechtlichen Grundsätze vom Auftrag auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher.

3. **RG.** RheinA. **109** II 382. Der Gerichtsvollzieher haftet wegen unterlassener Benachrichtigung des Gläubigers vom Versteigerungstermine (§ 65 Nr. 2 GeschAnw. f. GerVollz.). Mündliche Mitteilung an einen Angestellten des Gläubigers genügt nicht.

4. **RG. 79** 216, JW. **12** 639. Zu den Beamten der bei dem AG. eingerichteten Verteilungsstelle für Gerichtsvollzieheraufträge (§ 49 PrGerVollzO. vom 31. März 1900) tritt die Partei, die deren Vermittelung in Anspruch nimmt, nicht in ein Vertragsverhältnis. Sie haften nur nach § 839 BGB.

§ 754. KGBl. **12** 59. Bescheid des Kammergerichtspräsidenten vom 21. März 1912: Der Gerichtsvollzieher hat im einzelnen Falle pflichtgemäß zu prüfen, ob ein ihm übermittelter Auftrag zur Vornahme einer ZwV. tatsächlich von dem Berechtigten ausgeht. Darüber hinaus darf den Gerichtsvollziehern nicht im Aufsichtswege die allgemeine Weisung gegeben werden, die nur mit einem Namensstempel des Gläubigers oder seines Vertreters versehenen schriftlichen Aufträge in allen Fällen zu beanstanden und stets nachträgliche unterschriftliche Vollziehung zu verlangen.

§ 757. Fromherz, BadRpr. **12** 261. Auch bei der ZwV. in das unbewegliche Vermögen ist der Schuldtitel, wenn der Gläubiger nicht voll befriedigt ist, diesem zurückzugeben (Fischer-Schäfer, § 127 ZVG. Anm. 4; Jäckel-Güthe Anm. 9; v. d. Pfordten Anm. 5). Dies gilt auch, wenn die ZwV. gemäß § 15 EGZVG. noch nach den Vorschriften der badischen Liegenschaftsvollstreckung vom 25. Juli 1879 erfolgt.

§ 758. Literatur: Reimar, Widerstreit zwischen des Schuldners Hausrecht und des Gläubigers Zwangsvollstreckungsrecht, JW. **12** 1041—1045.

a) Reimar gelangt nach Erörterung der verschiedenen Meinungen zu dem Ergebnisse: Der Gläubiger, der vom Gerichtsvollzieher seinem Verlangen gemäß

zur ZwV. zugezogen ist, begeht keinen Hausfriedensbruch, wenn ihn der Schuldner vergeblich auffordert, seine Wohnung zu verlassen. Der Schuldner, der in solchen Fällen den Gläubiger durch Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zum Verlassen der Wohnung bringt, macht sich der Nötigung (§ 240 StGB.) schuldig. Widerstand hat der Gerichtsvollzieher mit Gewalt zu brechen. Ebenso Entsch. der Präsidenten der LG. II und III Berlin vom 28. Oktober 1901 und 30. Juni 1907. **b)** KGBl. **12** 31 (LG. I Berlin 9. ZK.). Der Gläubiger ist zwar — als Auftraggeber — befugt, selbst oder durch einen legitimierten Vertreter (§ 79) bei der ZwV. zugegen zu sein. Duldet der Schuldner seine Anwesenheit nicht, so liegt darin noch kein Widerstand gegen den Gerichtsvollzieher im Sinne der §§ 758 Abs. 3, 759 ZPO. Der Gerichtsvollzieher ist nicht verpflichtet, dem Gläubiger tätige Hilfe zu gewähren. Der Widerstand des Schuldners läßt sich auch nicht durch Anordnungen des Vollstreckungsgerichts beseitigen. Der Schuldner macht sich aber unter Umständen dem Gläubiger gegenüber der strafbaren Nötigung schuldig und gibt diesem das Recht der Notwehr. — S. auch JDR. **3** 1, 2, **8** 2, **9**.

§ 760. RG. LeipzZ. **12** 689. Zur Auswahl und Zusammenstellung des für einen Interessenten erforderlichen Materials aus den Handakten ist der Gerichtsvollzieher nach § 760 nicht verpflichtet.

§ 761. KGBl. **12** 32 (LG. III Berlin). Zu einer ZwV. auf der Straße bedarf der Gerichtsvollzieher keiner besonderen Erlaubnis des Amtsgerichts.

§ 764. (§ 825.) OLG. **25** 155, KGBl. **12** 32 (KG.). Die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts ist für jede Vollstreckungshandlung selbständig zu beurteilen. Verzieht der Schuldner zwischen Pfändung und Versteigerung nach einem anderen Orte, so ist für eine Anordnung gemäß § 825, daß die Verwertung der Sachen an einem anderen Orte stattzufinden habe, das Gericht des neuen Wohnsitzes des Schuldners uständig. — Ebenso KGBl. **11** 33 (LG. I Berlin 9. ZK.) s. JDR. **10** 2.

§ 765. Zwangshypothek, eingetragen unter Verletzung des § 765 s. zu § 868.

§ 766. 1. Anwendungsfälle. a) SeuffA. **67** 43 (Jena). Die Frage, welche Tragweite der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils zukommt, ist im Verfahren nach § 766, nicht im Klagewege auszutragen. Auch wenn die ZwV. bisher nur angedroht ist, Einwendung nach § 766 deshalb noch nicht zulässig ist, ist eine Klage — mangels Rechtsschutzbedürfnisses — unzulässig. **b)** HessRspr. **12** 350 (LG. Mainz). Gegen die Anordnung der ZwVersteigerung eines Grundstücks zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft steht dem widersprechenden Gemeinschafter nicht eine Klage aus § 771, sondern — ähnlich den Fällen der §§ 772 bis 774 — auch Erinnerung aus § 766 zu. Ebenso Jäckel-Güthe (3) Anm. 4; Wolff, Anm. 1 zu § 181; Kretzschmar 344; aM. Fischer-Schäfer (2), Anm. 2 zu §180; Reinhard, Anm. I 3 zu § 181 ZVG. **c)** OLG. **25** 155 Anm. 1 (KG.). Hat das Gericht in Unkenntnis einer Einstellung der Zw.V. eine Forderung gepfändet, so hat hiergegen der Schuldner nicht Beschwerde sondern nur die Erinnerung. **d)** OLG. **25** 160 (KG.). Hat das Amtsgericht dem Gerichtsvollzieher auf Antrag des Gläubigers eine Anweisung über die Art und Weise der ZwV. erteilt, so berührt diese Anordnung den Rechtskreis eines Dritten überhaupt nicht. Gegen die Ausführung steht dem Dritten nicht die Beschwerde aus § 793, sondern die Erinnerung aus § 766 zu.

2. KGBl. **12** 6 (LG. I Berlin 9. ZK.). Im ZwV.verfahren ist nur über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Pfändung zu entscheiden. Wird die Pfändung aufgehoben, so hat der Gerichtsvollzieher diesen Beschluß dadurch auszuführen, daß er die Sache von dem Pfandrechte befreit. Er ist weder verpflichtet, die Pfandsache auf seine Kosten zurückzuschaffen, noch sie auf der Pfandkammer auszulösen. Diese Kosten hat — vorbehaltlich des im ordentlichen Rechtswege zu verfolgenden Erstattungsanspruchs — der Empfangsberechtigte zu tragen.

3. OLG. **25** 157, SeuffA. **67** 296 (Jena). Ist über eine Erinnerung fälschlich statt im Verfahren nach § 766 im Klageverfahren durch Endurteil rechtskräftig entschieden, so bindet gleichwohl diese Entscheidung die Parteien und schließt ein späteres Erinnerungsverfahren über dieselbe Frage aus, ebenso wie ein nach § 768 ergangenes rechtskräftiges Urteil den Weg des § 732 verschließt (Gaupp-Stein zu § 732, BuschsZ. **20** 425).

4. Abs. 2. a) OLG. **25** 155, R. **12** Nr. 1530 (Braunschweig). Im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren gegen den Gerichtsvollzieher nach § 766 Abs. 2 stehen sich ebenfalls der Gläubiger und der Schuldner als Gegner gegenüber. Dem Gerichtsvollzieher sind deshalb Kosten nur unter den Voraussetzungen des § 102 — bei grobem Verschulden — aufzuerlegen. Die auf § 47 Nr. 14 GKG. gestützte abweichende Meinung von Lierß (GVollzZ. **01** 74) ist abzulehnen. **b)** KGBl. **12** 34 (KG.). Im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren gemäß § 766 kann nur festgestellt werden, ob der vom Gerichtsvollzieher beanspruchte Gebührensatz gerechtfertigt ist, dem Gerichtsvollzieher aber nicht die Verpflichtung zur Rückzahlung des zuviel erhobenen Betrags auferlegt werden (ebenso Schönfeld, Anm. zu § 22 GeschAnw. f. GerVollz.).

§ 767. Literatur: Fischer, Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, und Widerklagen im Verfahren auf Gewährung der Vollstreckbarkeit, BuschsZ. **43** 87—109.

1. Allgemeines. *Fischer. Die Klage aus § 767 geht nicht auf Feststellung bereits bestehender Unzulässigkeit der Vollstreckung oder erfolgter Erledigung des erlassenen Urteilsbefehls, sondern erhebt den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Entziehung der Vollstreckbarkeit. Maßgebend ist daher die gegenwärtige Rechtslage. Das Urteil ist konstitutiv: es vernichtet die Vollstreckbarkeit. Zuständig ist bezüglich der Vollstreckung ausländischer Urteile das inländische Gericht, das die Vollstreckbarkeit ausgesprochen hat (90). Über Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, in dem Verfahren über die Klage auf Gewährung der Vollstreckbarkeit aus dem Urteile vgl. §§ 722, 731, 1042.

2. Anwendungsfälle. a) SeuffA. **67** 477 (Dresden). Auf Grund einer dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber erklärten Aufrechnung mit nach Rechtskraft erworbenen Forderungen kann die Vollstreckungsgegenklage gegen den ursprünglichen Gläubiger auch dann noch erhoben werden, wenn dieser den Urteilsanspruch bereits abgetreten hat, sofern der Gegenkläger nur die Abtretung bei Vornahme der Aufrechnung noch nicht kannte (§§ 387—389, 407 BGB.). **b)** **RG. 77** 352, JW. **12** 46. Nach rechtskräftiger Abweisung der gegen einen Defektenbeschluß erhobenen Klage ist der weitere Rechtsweg für eine auf § 767 ZPO. gestützte Klage zulässig, wenn der Kläger nachträglich im Strafverfahren freigesprochen worden ist.

3. a) OLG. **25** 160 (Posen). Gegen die ZwV. aus einem Urteile kann nicht im Wege der Gegenklage mit Kosten eines Versäumnisurteils aufgerechnet werden, gegen das Einspruch eingelegt ist. **b)** OLG. **25** 163 (Dresden). Einwendungen der im § 767 Abs. 1 gedachten Art können nicht zum Gegenstande einer Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß gemacht werden (**RG. 13** 360). S. auch JDR. **8** 6 b, **9** 5.

4. GewuKfmG. **17** 173 (GG. Stuttgart). Da nach § 1 GewGG. das GewG. zur Entscheidung gewerblicher Streitigkeiten nur unter der Voraussetzung zuständig ist, daß die Prozeßparteien zueinander im Verhältnisse von Arbeiter zu Arbeitgeber stehen, so ist für die Vollstreckungsgegenklage das GewG. nicht mehr zuständig, wenn ein Dritter als Rechtsnachfolger ZwV. aus dem durch Urteil des GewG. festgestellten Anspruch betreibt.

5. Verhältnis zu anderen Klagen. a) OLG. **25** 161 (Breslau). Die Klage aus § 767 und die negative Feststellungsklage aus § 256 können nebeneinander zulässig sein. Während die erste nur die Beseitigung des formellen Titels erstrebt, wird mit der zweiten die negative Feststellung des materiellen Anspruchs geltend gemacht (JW. **03** 398). **b)** Reerink, GruchotsBeitr. **56** 730 erörtert die Abgrenzung der Klage aus § 323 und der Vollstreckungsgegenklage bei vollstreckbaren Titeln über künftige Unterhaltsansprüche. **c)** Über das Verhältnis der Klage aus § 767 zu der aus § 323 s. auch Oertmann, AzivPr. **109** 1 oben zu § 323 u. JDR. **8** 4, **9** 6 a. **d)** Reerink, aaO. 733. Gegenüber einem gerichtlichen Vergleich oder einer vollstreckbaren Urkunde (§ 794 Nr. 1 u. 4) über Unterhaltsbeiträge steht dem Unterhaltspflichtigen bei Änderung seiner Verhältnisse nicht die Klage aus § 323, sondern — neben der Anfechtung — nur die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 zu.

6. Abs. 3. R. **12** Nr. 1228 (Stuttgart). Durch § 767 Abs. 3 ist die Nachbringung neuer Einwendungen, und zwar auch solcher, die schon vor der Klagerhebung entstanden und dem Schuldner bekannt geworden sind, in demselben Verfahren nicht ausgeschlossen, soweit keine unzulässige Klagänderung vorliegt. Ebenso **RG. 55** 201, OLG. **5** 451; aM. Gaupp-Stein, Anm. IV zu § 767.

§ 769. Literatur: Reichel, Einstellung der Zwangsvollstreckung mit Klagefristsetzung, SächsRpflA. **12** 25.

1. OLG. **25** 163 (Dresden). Auf Grund der Erhebung der Vollstreckungsgegenklage kann die ZwV. nur durch einstweilige Anordnung gemäß § 769 — nicht durch einstweilige Verfügung — eingestellt werden. Steht aber dem Schuldner neben der Klage aus § 767 ein selbständiger Gegenanspruch zu, mit dem er der Vollstreckung in sonstiger Weise entgegenwirken kann (z. B. auf Herausgabe des Schuldtitels), so kann dieser Anspruch durch einstweilige Verfügung aus § 935 gesichert werden. S. auch JDR. **1** 8, **10** 1, **9** § 771 Nr. 9.

2. R. **12** Nr. 2976 (KG.). Im Widerspruchsprozeß ist ein Antrag des beklagten Gläubigers, die Versteigerung der Pfandstücke und die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen, weder nach § 769 noch aus § 940 zu rechtfertigen. Der Interventionskläger hat, wenn sein Anspruch begründet ist, ein Recht darauf, daß ihm die Pfandstücke in unveränderter Gestalt zur Verfügung gestellt werden.

3. **a)** DJZ. **12** 1532 (KG.). An der zur Abwendung der ZwV. — auf Grund eines Einstellungsbeschlusses — vom Beklagten hinterlegten Sicherheit erwirbt der Kläger ein Pfandrecht (§ 233 BGB., § 81 HintO.). Er kann sich bei Fälligkeit seiner Forderung aus dem Pfande befriedigen (§ 1228 BGB.). Bei Vorlegung des rechtskräftigen Urteils bedarf es zur Auszahlung des hinterlegten Geldbetrags an den Kläger der Einwilligung des Beklagten nicht mehr. **b)** WürttRpflZ. **5** 231 (LG. Stuttgart). Ist die ZwV. gegen Sicherheitsleistung eingestellt, so haftet die Sicherheit dem Gläubiger nicht nur für denjenigen Schaden, der ihm aus dem Aufschube der ZwV. erwächst, sondern für den Hauptanspruch selbst (**RG. 25** 375, **37** 430). S. auch zu § 713 Nr. 2 b.

4. SächsOLG. **33** 119 (Dresden). Wie die Vollstreckungsgegenklage bereits bei drohender ZwV. zulässig ist (**RG. 38** 429, **45** 344), so kann auch die einstweilige Einstellung der ZwV. solchenfalls schon vor Beginn der ZwV. erfolgen (**RG. 32** 393, OLG. **2** 350).

5. **a)** Lubowski, KGBl. **12** 22 u. 47, wendet sich gegen die Praxis vieler AG., als Prozeßgerichte vor Einreichung der Klage einen Einstellungsbeschluß aus § 769 Abs. 1 unter Androhung der Aufhebung des sofort wirksamen Beschlusses für den Fall nicht rechtzeitiger Klageinreichung zu erlassen, hält jedoch für zulässig, die Vollziehung der Anordnung von der Klageinreichung abhängig zu machen. **b)** Dagegen Auerbach, KGBl. **12** 36, der darauf hinweist, daß unter „Prozeßgericht" in der ZPO. auch dasjenige Gericht verstanden wird,

welches für die in Frage kommende Klage zuständig ist, auch wenn diese noch nicht erhoben ist. c) Schleyer, DJZ. **12** 340. Die Erwägung, welche zur Einstellung durch das künftige Prozeßgericht vor Zustellung der Klage führt, daß nämlich dieses Gericht nicht geringere Befugnisse haben könne als das Vollstreckungsgericht, greift auch Platz, wenn die Zustellung der Klage (Einreichung der Berufungsschrift) bis zum Versteigerungstermine nicht mehr möglich ist. Dann ist die Einstellung mit der Maßgabe zu beschließen, daß die ZwV. fortzusetzen ist, wenn nicht bis zu einem bestimmten Termine der Nachweis der Klagezustellung (Berufungseinreichung) erbracht ist. d) Reichel, SächsRpflA. **12** 25 empfiehlt für den Fall der Einstellung der ZwV. vor Klagerhebung — abweichend vom sächsischen Formulare — dem Beschlusse zuzusetzen: „Dieser Beschluß tritt außer Wirksamkeit, wenn nicht der Antragsteller bis zum . . . Klage erhebt. Dem Gerichtsvollzieher ist die Klagerhebung nachzuweisen."

6. SeuffBl. **12** 272 (Dresden). Ein Einstellungsbeschluß aus § 769 kann bei veränderter Sachlage von der Instanz, die ihn erlassen hat, abgeändert werden (Gaupp-Stein IV zu § 769, OLG. **20** 341 [KG. u. Hamburg] s. JDR. **9** 3).

7. OLG. **25** 164 (KG.). Der Beschluß, durch den das Vollstreckungsgericht die ZwV. unter Bestimmung einer Frist zur Beibringung der Entscheidung des Prozeßgerichts einstellt (§ 769 Abs. 2), unterliegt nach § 793 der Beschwerde. Diese wird aber gegenstandslos, sobald die Entscheidung des Prozeßgerichts — die nunmehr allein maßgebend ist — beigebracht wird oder die Frist abläuft. Ob sie wegen der Kosten allein fortgesetzt werden kann, bleibt unerörtert.

8. OLG. **25** 169 (München). Der Gläubiger handelt nicht fahrlässig, wenn er dem Gerichtsvollzieher den Einstellungsbeschluß nicht vorlegt. Er kann damit rechnen, daß dies die Interessenten (Schuldner, Dritter) tun.

9. HessRspr. **13** 210 (LG. Darmstadt). Im Verwaltungszwangsverfahren nach der HessVO. vom 7. März 1894 sind die Gerichte nicht befugt, auf Antrag des Schuldners, der den Rechtsweg beschritten hat, einstweilige Anordnungen zwecks vorläufiger Einstellung der ZwV. zu erlassen. Einstellung kann nur gemäß § 3 Abs. 2 aaO. erfolgen.

§ 770. a) SeuffBl. **12** 401 (Dresden). Aus § 770 wird von manchem gefolgert, daß das die Klage aus § 767 — § 771 — abweisende Urteil, wenn in ihm die Anordnung nicht aufgehoben ist, die nach § 769 angeordnete Einstellung der ZwV. unberührt läßt, solange es nicht rechtskräftig oder vorläufig vollstreckbar ist (so Reincke Anm. 2 Abs. 3, Seuffert Anm. 1, Petersen-Anger, Anm. 3 zu § 770, Falkmann 347, v. Bruchhausen, BuschsZ. **14** 263). Dies ist unzutreffend. Da die Einstellung nur eine vorläufige Sicherung ist und „bis zur Erlassung des Urteils" erfolgt, so wird durch jede im Widerspruche mit der Einstellung erfolgende Abweisung der Klage die vorläufige Entscheidung von selbst hinfällig, ohne daß es einer besonderen Aufhebung bedarf (vgl. **RG. 42** 370, OLG. **14** 162 [KG.], **20** 341 [Düsseldorf]). b) HansGZ. **12** Beibl. 135 (Hamburg). Ist die ZwV. gemäß § 769 bis „zur Erlassung des Urteils" eingestellt, so ist unter Urteil dasjenige des Instanzgerichts zu verstehen. Nach Erlaß eines die Widerspruchsklage abweisenden Urteils kann deshalb, auch wenn es die Aufhebung des Einstellungsbeschlusses nicht besonders ausspricht, die ZwV. fortgesetzt werden (Gaupp-Stein § 769 Anm. 1, § 707 Nr. 24). S. auch JDR. **9**.

§ 771. Literatur: Wernecke, Anfechtungsrecht und Widerspruchsklage, LeipzZ. **12** 816—826, 886—901.

1. Anwendungsfälle. a) **RG. 79** 121, JW. **12** 645. Bei Treuhandverhältnissen steht dem Treugeber nicht nur ein Aussonderungsanspruch im Konkurse des Treuhänders (§ 42 KO.; Jäger Anm. 38 dazu; **RG. 45** 80), sondern bei Pfändung der zu treuen Händern übereigneten Gegenstände auch ein Widerspruchs-

recht nach § 771 ZPO. zu. Dies gilt auch bei Pfändung der für einen Treuhänder eingetragenen Hypothek. b) BadRpr. 12 117 (Karlsruhe). Ein die Veräußerung hinderndes Recht ist auch das obligatorische Recht auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Sache, nicht aber der nur persönliche Anspruch auf Leistung von Gegenständen, welche noch zum Vermögen des Schuldners gehören. c) **RG.** JW. **12** 804. Im Falle des § 601 HGB. (Hinterlegung durch den Schiffer, wenn der Empfänger der Güter nicht zu ermitteln ist) erwirbt der Verfrachter und der Empfänger einen Herausgabeanspruch dergestalt, daß der Verwahrer die Güter nur an beide gemeinschaftlich herauszugeben hat. Der Empfänger ist deshalb bei Pfändung von Dritter Seite zur Widerspruchsklage berechtigt. d) OLG. **25** 165 (Cöln). Eine Wechselforderung hört nicht dadurch auf, zum Vermögen des Auftraggebers zu gehören, daß ein Inkassomandatar die Forderung in eigenem Namen eingeklagt hat (OLG. **6** 415; aber JW. **00** 588). Der Auftraggeber ist also zur Widerspruchsklage gegen die ZwV. in die Forderung beim Inkassomandatar befugt. e) OLG. **25** 166 (Breslau) läßt den Widerspruch aus § 771 gegen die Teilungsversteigerung (§ 180 ZVG.) auf Grund lediglich obligatorischer Verpflichtung zu anderweitiger Auseinandersetzung zu.

2. Anwendbarkeit verneint. a) Haeger, R. **12** 591, bekämpft die ständige Praxis des RG. — **RG. 4** 111, **12** 379, **43** 403, **49** 347 —, nach welcher bei Pfändung einer Forderung ein Dritter mit der Behauptung Widerspruchsklage erheben kann, die Forderung stehe nicht dem Pfändungsschuldner, sondern ihm zu. Eine Lösung der Streitigkeiten ist in dem Prozesse gegen den Drittschuldner dadurch zu erzielen, daß diesen der andere angebliche Gläubiger freiwillig als Nebenintervenient betreibt oder daß der Drittschuldner ihm den Streit verkündet und unter Hinterlegung der Streitsumme aus dem Prozeß ausscheidet. b) Harßewinkel, DJZ. **12** 155. Mit der Widerspruchsklage kann nicht geltend gemacht werden, daß eine gepfändete Forderung nicht dem Schuldner, sondern dem Kläger zustehe. — S. auch JDR. **1** 2 a, **3** Abs. 1 I 5, **8** 2 c, d, e, **9** 2 c, **10** 2 c. c) R. **12** Nr. 640 (KG.). Derjenige, dem nur die Ausübung des Nießbrauchs überlassen ist (§ 1059 BGB.), erwirbt nur obligatorische Ansprüche gegen den Nießbraucher auf Überlassung der Früchte, kann deshalb einer Pfändung der Mieten nach § 771 ZPO. nicht widersprechen. d) OLG. **25** 168 (KG.). Das „Recht am eigenen Bilde" begründet kein Widerspruchsrecht aus § 771. Nach § 22 KunstschG. vom 9. Januar 1907 ist nur die Verbreitung oder öffentliche Zurschaustellung eines Bildnisses von der Einwilligung des Abgebildeten abhängig. Der Veräußerung des Bildes zwecks Befriedigung des Gläubigers darf der Abgebildete nicht widersprechen. Soweit nach der Art und Weise der ZwV. ein Recht des Abgebildeten aus § 22 aaO. verletzt werden könnte, besonders durch die mit der öffentlichen Versteigerung verbundene Zurschaustellung, sind Erinnerungen gemäß § 766 beim Vollstreckungsgerichte zulässig, das gemäß § 825 eine anderweitige Verwertung anordnen kann. e) HessRspr. **13** 211 (Darmstadt). Der Vollstreckungsschuldner hat keine Klage auf Unzulässigkeitserklärung der Pfändung von Sachen, die er als Eigentum eines Dritten besitzt.

3. Verhältnis zur Anfechtungsklage. a) Wernecke. § 771 setzt Nichtzugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum frei verfügbaren, von der Vollstreckung ergriffenen Schuldnervermögen zur Zeit der Pfändung voraus, beruhend auf einem veräußerungshindernden Rechte des Intervenienten am Vollstreckungsgegenstande, nämlich entweder dem Eigentum oder einem anderen dinglichen Rechte oder einem Anspruche gegen den Vollstreckungsschuldner auf restitutive Rückgewähr des Gegenstandes an den Intervenienten selbst oder an einen Dritten (821). Danach begründet ein Anfechtungsrecht aus der KO. oder dem AnfG. niemals eine Widerspruchsklage aus § 771 ZPO., und zwar weder dann, wenn der Voll-

streckungs g l ä u b i g e r (der beim Schuldner [Gemeinschuldner] in der kritischen Zeit des § 30 KO. pfändet), noch dann, wenn der Vollstreckungs s c h u l d n e r (X. veräußert anfechtbar eine Sache an Z., dessen Gläubiger pfändet) Anfechtungsgegner ist. Für den ersten Fall aM. **RG.** GruchotsBeitr. **38** 180, JW. **01** 330, LeipzZ. **10** 226; für den zweiten Fall ders. A. **RG.** GruchotsBeitr. **38** 180. — Dies gilt sowohl vom Standpunkte der Lehre, die der Anfechtung dingliche Wirkung beilegt, wie von dem der Obligationslehre und ebenso vom Standpunkte der materiellrechtlichen wie von dem der prozeßrechtlichen Theorie über die Widerspruchsklage. **b)** OLG. **25** 167, R. **12** Nr. 1531 (Braunschweig). Die Widerspruchsklage kann auch auf konkursrechtliche A n f e c h t u n g gestützt werden, indem geltend gemacht wird, daß die Pfändung, w e i l sie relativ, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sei, absolut unzulässig sei. Der Antrag der Widerspruchsklage muß aber eine absolute Fassung — Unzulässigkeitserklärung, Freigabe — erhalten. Wird nicht völlige Beseitigung des Pfändungsakts, sondern nur Feststellung der Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern verlangt, so liegt eine Widerspruchsklage nicht vor. Wichtig wegen der Zuständigkeit. S. auch JDR. **1** 4, **7** II 2 d, **8** 7 b, **9** 4 a, **10** 3 d.

4. a) OLG. **25** 165 Anm. 1 (KG.). Die Widerspruchsklage ist auch schon gegen die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe der dem Intervenienten gehörigen Sache zulässig, weil mit der Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher unmittelbar ein Pfandrecht an der Sache entstehen soll. **b)** HansGZ. **12** Beibl. 192 (Hamburg). Wenn auch nach Beendigung der ZwV. die Widerspruchsklage nicht mehr e r h o b e n werden kann (G a u p p - S t e i n II Note 3 zu § 771), so steht doch nichts entgegen, daß bei Beendigung der ZwV. w ä h r e n d d e s P r o z e s s e s der Kläger den Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der ZwV. durch einen Antrag auf Herausgabe der Bereicherung ersetzt (§ 268 Nr. 3).

5. **RG.** BayRpflZ. **12** 420, R. **12** Nr. 3489. Die Zuständigkeitsvorschrift des § 771 (§ 802) kann nicht dadurch umgangen werden, daß der Klage durch den gewählten Antrag die Gestalt einer negativen Feststellungsklage gegeben wird.

6. a) H a r ß e w i n k e l, DJZ. **12** 155. Der auf Sicherungsübereignung gemäß § 930 BGB. gestützten Widerspruchsklage kann häufig dadurch begegnet werden, daß der Vertrag trotz abweichender Bezeichnung tatsächlich nur auf eine — nach § 1205 BGB. unwirksame — Pfandbestellung gerichtet ist. **b)** HessRspr. **12** 318 (LG. Mainz). Gegenüber der Interventionsklage gegen die Pfändung von Früchten auf dem Halme greift die Anfechtung nach AnfG. nicht durch, wenn damit nicht Rückgewähr des Grundstücks zum Zwecke der Immobiliar-ZwV., sondern nur Duldung der ZwV. in die Früchte verlangt wird. Denn die Früchte allein sind nicht durch eine anfechtbare Handlung erworben. **c)** OLG. **25** 168 (KG.). Von dem — unter Umständen anfechtbaren — Verzicht auf ein b e r e i t s e r w o r b e n e s Recht (JW. **95** 9) ist der Fall zu unterscheiden, daß der Schuldner sein Erwerbsgeschäft a u f g i b t und ein Dritter es übernimmt. Eine solche Vereinbarung ist selbst dann nicht zu beanstanden, wenn dadurch erreicht wird, daß dem Zugriffe der Gläubiger die Erträgnisse entzogen werden, auf die sie Anspruch gehabt haben würden, wenn der Schuldner sein Erwerbsgeschäft fortgesetzt hätte (**RG. 70** 230).

7. **RG.** SeuffBl. **12** 121 = JW. **11** 978 (s. JDR. **10** 9). Ob Pfändung fremder Sachen s c h a d e n s e r s a t z p f l i c h t i g macht, ist nur nach der konkreten Sachlage zu beurteilen. S. auch JDR. **5** II 5 b.

8. Kostenentscheidung bei Widerspruchsklagen s. oben zu § 93.

§ 773. RG. JW. **12** 909, R. **12** Nr. 2687, DJZ. **12** 1298. Aus § 773 ZPO. in Verb. mit § 394 BGB. folgt, daß die Aufrechnung einer gegen den Vorerben p e r s ö n l i c h gerichteten Forderung gegen eine zur Vorerbschaft gehörige Forderung unzulässig ist.

§ 775. 1. Neumann, JW. **12** 710. § 775 greift auch gegenüber Pfändung und Überweisung von Geldforderungen zur Einziehung Platz, sofern nicht der Gläubiger bereits auf Grund des Beschlusses befriedigt und dadurch die ZwV. beendigt ist.

2. OLG. **25** 178 (Naumburg). Erklärt das Amtsgericht eine Pfändung für unzulässig, so hat der Gerichtsvollzieher die Pfändung erst aufzuheben, wenn der Beschluß rechtskräftig geworden ist; bis dahin hat er die ZwV. nur einzustellen.

3. **RG.** LeipzZ. **12** 147, BayRpflZ. **12** 75. Ist die Einstellung der ZwV. von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht, so liegt nur eine bedingte Anordnung der Einstellung vor. Diese darf erst erfolgen, wenn die Bedingung erfüllt ist. Bei Verletzung dieser Grundsätze Haftung des Gerichtsvollziehers.

4. SeuffA. **67** 117 (Dresden). Die an den Gerichtsvollzieher gerichtete Freigabeerklärung des Pfändungsgläubigers hat nur die Bedeutung einer Anweisung, kann also bis zur Aufhebung der Pfändung wirksam widerrufen werden. Die Benachrichtigung des Schuldners von der dem Gerichtsvollzieher erteilten Anweisung enthält noch keinen Verzicht auf das Pfändungspfandrecht im Sinne des § 1255 Abs. 1 BGB.

§ 777. 1. WürttRpflZ. **5** 201 (Stuttgart) = R. **11** 2454 (s. JDR. **10**). § 777 findet auch Anwendung, wenn der Schuldner einen Geldbetrag hinterlegt hat, der nach den landesgesetzlichen Vorschriften in das Eigentum des Staates übergegangen ist, also nur ein Pfandrecht an der Forderung des Schuldners auf Rückerstattung besteht.

2. a) KGBl. **12** 30 (LG. I Berlin 9. ZK.). Der Schuldner, der zur Abwendung der ZwV. aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile Sicherheit hinterlegt hat, kann nach Rechtskraft des Urteils nicht verlangen, daß sich der Gläubiger zunächst an die Hinterlegungsmasse halte. § 777 greift nicht Platz, da der Gläubiger kein Pfandrecht an einer Sache, sondern nur an dem Rückforderungsanspruche des Schuldners gegen die Hinterlegungsstelle erworben hat (§ 233 BGB., § 7 PrHintO.). AM. KGBl. **97** 114 u. Levin, KGBl. **12** 61, s. zu § 713 Nr. 2 a. ➸ Wie LG. I Gaupp-Stein (8/9) § 777 Anm. III. Red. ⟵ b) KGBl. **12** 48 (LG. Ratibor). Von der Anwendung des § 777 kann auch in Anlehnung an die Entsch. des OLG. Stuttgart, R. **11** Nr. 2454 — s. JDR. **10** u. oben Nr. 1 — nicht die Rede sein, wenn der hinterlegte Betrag nur als Sicherheit für den durch die einstweilige Einstellung der ZwV. dem Gläubiger erwachsenden Schaden, nicht aber als Sicherheit für die Judikatsforderung haftet.

§ 778. SchlHolstAnz. **12** 159 (Kiel). § 778 steht der Pfändung des dem Miterben zugefallenen, aber noch nicht angenommenen Erbteils seitens seiner persönlichen Gläubiger nicht entgegen. Hier handelt es sich nicht um ZwV. in den Nachlaß, sondern eine solche in das Vermögen des Erben.

§ 779. du Chesne, HessRspr. **13** 215. Wann bei Vollstreckung in den Nachlaß durch Eintragung einer Zwangshypothek die ZwV. beginnt, ist streitig. Während Predari (GBO. § 14 Anm. 4), Rothenberg (GruchotsBeitr. **35** 792) und Achilles-Strecker 106 den Eingang des Antrags beim Grundbuchamte, Güthe (2) § 19 Anm. 106 den Zeitpunkt der Eintragungs- oder Zwischenverfügung für den Beginn der ZwV. erachten, fällt dieser nach du Chesne erst mit der Eintragung selbst zusammen. Da mit dieser zugleich die ZwV. beendet ist, so ist § 779 auf die Eintragung einer Zwangshypothek überhaupt nicht anwendbar.

§ 780. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1005, R. **12** Nr. 1345. Auch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung kann eine Nachlaßverbindlichkeit sein. Auch in Ansehung ihrer kommt daher ein Vorbehalt der beschränkten Haftung aus § 780 Abs. 1 in Frage. S. auch JDR. **1** 1.

2. a) **RG. 77** 245 = R. **11** Nr. 3849 s. JDR. **10** Nr. 5 a. Die Entscheidung, ob dem Erben die Haftungsbeschränkung zur Seite steht, kann, muß aber nicht

der ZwV.instanz vorbehalten werden. b) HessRspr. **13** 161 (LG. Gießen). Wird schon im Prozeß auf Zahlung der Nachweis der Erschöpfung des Nachlasses erbracht (§ 1990 BGB.), so ist die Klage abzuweisen (S t a u d i n g e r [2] V, 203, P l a n c k [3] Note 1 vor §§ 1990, 1991, Note 2 b zu § 1991 BGB, S e u f f e r t Note 2 d zu § 780 ZPO.). S. auch JDR. **6** 3, 4, **7** 1, 2, **8** 2, **10** 5.

3. a) **RG.** BayRpflZ. **12** 75, JW. **12** 46. Auf die Prozeßkosten bezieht sich der Vorbehalt der Beschränkung der Erbenhaftung nur insoweit, als sie bereits in der Person des Erblassers entstanden waren. Dies gilt sowohl dem Gegner wie dem Fiskus gegenüber. b) Auch BadRpr. **12** 14 u. 61 (Karlsruhe I. u. II.) verneinen die Haftungsbeschränkung für die Prozeßkosten. S. auch JDR. **9**, **10** 4.

§ 781. 1. OLG. **25** 170 (Posen). § 780 findet auch Anwendung, wenn gegen den Erben als solchen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 geklagt wird. Wird der Vorbehalt versäumt, so kann sich der Erbe später auf die Beschränkung seiner Haftung nicht berufen.

2. OLG. **25** 171 (Königsberg). Durch den Nachweis allein, daß das Pfandstück nicht zum Nachlasse gehöre, kann wie nach preuß. Recht so auch nach BGB. der als Vorbehaltserbe verurteilte Beklagte die Vollstreckung in anderweitiges Vermögen nicht abwenden, sondern regelmäßig nur dadurch, daß eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet wird (§ 1975 BGB.). Vgl. **RG. 59** 303.

3. KGBl. **12** 117 (KG.). Der Erbe, der auf Grund des § 1990 BGB. seine völlige Befreiung behauptet, kann schon vor begonnener ZwV. die Unzulässigkeit drohender ZwV.maßnahmen geltend machen (vgl. **RG. 38** 427, JW. **97** 149, **95** 330).

4. KGBl. **12** 117 (KG.). Durch Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung wird die materielle Haftung des Erben aus § 27 HGB. nicht beseitigt. Klagt der Erbe aus §§ 785, 767 ZPO., so kann ihm diese Haftung entgegengehalten werden (S t a u b - B o n d i [9] Anm. 14, G o l d m a n n, L e h m a n n - R i n g zu § 27 HGB.).

§ 788. 1. OLG. **25** 227 (Dresden). § 788 gilt auch für die Kosten der Vollziehung von Arresten und einstweiligen Verfügungen (§ 928). Danach fallen die Kosten der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung dem Schuldner zur Last, vorbehaltlich des § 788 Abs. 2. Die ZwV. wegen der Kosten ist ohne Rücksicht auf § 930 Abs. 2 durchzuführen.

2. BadRpr. **12** 78 (Karlsruhe). Die Verurteilung mehrerer Beklagten als Gesamtschuldner erstreckt sich nicht auf die Kosten der ZwV., da im § 788 eine dem § 100 Abs. 4 entsprechende Bestimmung fehlt. Jeden Gesamtschuldner treffen daher nur die Kosten der ZwV. gegen ihn selbst. S. auch JDR. **1** 7, **9** 4, **10** 2.

3. a) KGBl. **12** 89 (KG.). Kosten einer Vorpfändung (§ 845) sind als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig erstattungsfähig, wenn die Vorpfändung zur Zeit ihres Erlasses vom Gläubiger als zweckmäßig angesehen werden mußte, auch wenn ihr demnächst eine endgültige Pfändung nicht gefolgt ist. b) OLG. **25** 171 (KG.). Unter die Kosten der ZwV. fallen auch die zur Vorbereitung der Vollstreckungsmaßregel notwendigen Aufwendungen (z. B. für ein den Antrag aus § 887 vorbereitendes Gutachten). Als Vollstreckungskosten können sie aber nur beigetrieben oder festgesetzt werden, wenn es wirklich zur ZwV. kommt. Sonst muß der Gläubiger sie nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes (§ 286 BGB.) besonders einklagen. c) H e y m a n n, DJZ. **12** 511 f. Unter „Kosten der Zwangsvollstreckung" im Sinne des § 788 sind nicht nur die Kosten des jeweils vorgenommenen Aktes, sondern auch die etwa durch frühere Vollstreckungsversuche entstandenen Kosten zu verstehen. d) OLG. **25** 63 (Posen). Kosten der Beschwerdeinstanz sind keine Vollstreckungskosten im Sinne des § 788. Zu ihrer Beitreibung bedarf es daher eines besonderen Titels. e) *K u h n t (s. zu § 857) 65. Der Restkaufpreis und die Restschuldsumme, die der Gläubiger des Abzahlungskäufers oder des Möbelleihers

an den Abzahlungsverkäufer oder Möbelverleiher zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zahlt, gehört nicht zu den Kosten der Vollstreckung (aM. Flechtheim, BuschsZ. **28** 282, RheinA. **104** 28, Fromherz, BuschsZ. **38** 58). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Abzahlungskäufer oder Möbelleiher lediglich einen Anspruch auf Übereignung (nicht bedingtes Eigentum) hat, und der Anspruch (nicht die Sache) verwertet wird.

4. **a)** SchlHolstAnz. **12** 347 (Kiel). § 788 schließt eine besondere Festsetzung der Vollstreckungskosten nach § 104 nicht aus (herrsch. M.). **b)** HansGZ. **12** Beibl. 108 (Hamburg). Zwangsvollstreckungskosten können auch besonders festgesetzt werden. Die Festsetzung erfolgt durch das Prozeßgericht (ebenso herrsch. M.; aM. SeuffA. **62** 169 [KG.]). **c)** BadRpr. **12** 45 (LG. Karlsruhe). § 788 schließt eine Festsetzung der Vollstreckungskosten nicht aus. Dadurch entstehende unnötige Mehrkosten muß aber der Gläubiger tragen. **d)** BuschsZ. **42** 528 (Cassel). Der Gläubiger kann ohne besonderen Beschluß die Vollstreckungskosten auch dann unmittelbar durch den Gerichtsvollzieher beitreiben, wenn eine Urteilsvollstreckung überhaupt nicht — mehr — vorzunehmen ist (Gaupp-Stein [8/9] Anm. 2, Freudenthal [3] Anm. 5 zu § 788). Läßt er diese Kosten unnötigerweise durch Beschluß festsetzen, so treffen ihn die Kosten dieser unnötigen Rechtsverfolgung (§ 91). S. auch JDR. **1** 3, **3**, **5** 1, 2, **6** 6, 7, **7** 4, **8** 1, **9** 5.

§ 791. 1. OLG. **25** 172, SeuffBl. **12** 342, SeuffA. **67** 373 (München). Die ZwV. in einen Anspruch auf Herausgabe einer in Österreich befindlichen beweglichen Sache erfolgt durch das für den Wohnsitz des Drittschuldners zuständige österreichische Gericht (§§ 4 Ziff. 6, 325 ÖstExekutionsO.). Nach § 791 ist das Prozeßgericht nicht befugt, den Antrag des Gläubigers auf Vermittelung der Vollstreckung abzulehnen, weil nach ausländischem Rechte auch der Gläubiger unmittelbar bei dem ausländischen Gericht Exekutionsbewilligung beantragen kann (§ 25 Nr. II Bek. vom 8. April 1911, BayJMBl. 113, Neumiller § 791, Delius, Rechtshilfeverf. 197, 470).

2. Kiefe, WürttRpflZ. **5** 179 bespricht die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit eines im Fakturengerichtsstande des § 88 ÖstJurisdiktionsnorm vom 1. August 1895 ergangenen Urteils in Österreich.

§ 793. SeuffA. **67** 125 (Cassel). Eine der sofortigen Beschwerde unterliegende „Entscheidung" im ZwV.verfahren ist in allen Fällen gegeben, in denen das Gesetz für den Gegner des Antragstellers die Gelegenheit zu vorgängigem Gehöre vorsieht. Zustellung des angefochtenen Beschlusses ist nicht Voraussetzung der sofortigen Beschwerde (**RG. 29** 341).

§ 794. 1. Nr. 1. **a)** SächsOLG. **33** 233 (Dresden) = SächsRpflA. **11** 414 s. JDR. **10** 1 a. Die nach streitiger Verhandlung erklärte Einigung der Parteien darüber, daß der Kläger die Klage unter Übernahme der Prozeßkosten zurücknimmt, enthält einen Prozeßvergleich im Sinne des § 794 Nr. 1. **b)** OLG. **25** 203 (Dresden). Ein Vergleich, in welchem sich der Schuldner nur ganz allgemein verpflichtet, solche Mängel zu beseitigen, die sich an einer Anlage künftig herausstellen sollten, bildet mangels Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes keinen zur ZwV. geeigneten Titel. Er kann nur die Grundlage für eine neue Klage bilden. **c)** SeuffA. **67** 19, ZBlFG. **13** 113 (Dresden) = RJA. **11** 235 s. JDR. **10** 1 c. Auflassung kann vor einem Prozeßgerichte stattfinden, soweit das Landesrecht sie „vor Gericht" zuläßt. **d)** **RG.** VII. **78** 286, JW. **12** 355, SeuffA. **67** 336. Ein Prozeßvergleich im Sinne des § 794 Nr. 1 ist wie ein Urteil vollstreckbar. Daraus ist zu entnehmen, daß dem durch ihn abgeschlossenen Rechtsstreite so lange ein weiterer Fortgang nicht zu geben ist, als der Prozeßvergleich in seiner Wirkung nicht anderweitig im Wege Rechtens beseitigt ist. Grundsätzlich kann also die Anfechtung eines Prozeßvergleichs nur in einem besonderen Rechtsstreit erfolgen. Eine Ausnahme ist nur insoweit zu machen, als

streitig wird, ob Form oder Inhalt die Urkunde überhaupt als Vergleich im Sinne des § 794 Nr. 1 erscheinen lassen. Hier kann der Richter des früheren Prozesses ohne weiteres auf Grund seiner Akten erkennen, ob der Versuch der Beseitigung des Prozeßvergleichs gerechtfertigt ist. Dasselbe muß gelten, wenn beide Parteien übereinstimmend erklären, der Prozeßvergleich solle keine Wirkung haben und der frühere Rechtsstreit fortgesetzt werden. Zu den weitergehenden Urteilen des IV. Sen. GruchotsBeitr. **50** 425 und des V. Sen. **RG. 65** 420 wird keine Stellung genommen. **e)** Levin, KGBl. **12** 125 bespricht diese Entscheidung und gelangt auf Grund „teleologischer" Gesetzesauslegung zu dem Ergebnisse: Die Unwirksamkeit des Prozeßvergleichs ist, abgesehen von den besonderen Voraussetzungen einer Feststellungsklage, regelmäßig durch Weiterführung des früheren Prozesses geltend zu machen. **f)** OLG. **25** 161 (Breslau). Da nur ein formell und materiell gültiger Prozeßvergleich geeignet ist, einen anhängigen Rechtsstreit zu beendigen, so muß der Angriff gegen einen Vergleich als nichtig, anfechtbar oder sonst unwirksam im alten Prozeß erfolgen, der durch Neuladung wiederaufzunehmen ist (OLG. **5** 128, **7** 122, **15** 115, **17** 197, **19** 94). Soweit hiernach Neuladung zulässig ist, fehlt für eine negative Feststellungsklage das rechtliche Interesse. Klage aus § 767 ist ausgeschlossen, insofern sich der Angriff gegen den Rechtsbestand des Vollstreckungstitels selbst richtet. S. auch JDR. **4** I 3, **5** I 2, **6** I 6, **7** I 2, **8** 1 b, c, **10** 1 e—h.

2. Nr. 5. a) Buhe, DNotV. **12** 312. In der vollstreckbaren Urkunde muß der Anspruch, so wie er zur Vollstreckung gebracht werden soll, genau enthalten sein. Eine Verweisung auf andere Urkunden genügt nur dann, wenn sie als Anlage beigefügt und als solche behandelt, insbesondere auch mit verlesen sind (§§ 176 Abs. 2, 177 FGG.). Demgemäß kann auch gegen den Grundstückserwerber, der eine Hypothekenschuld übernommen und sich dabei unter Bezugnahme auf die früheren Schuldurkunden persönlich und dinglich der sofortigen ZwV. unterworfen hat, zwar zwecks Vollstreckung in das Grundstück Vollstreckungsklausel erteilt werden, nicht aber in Ansehung der persönlichen Schuld. Für sie ist er nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 727. **b)** Dagegen Dorst, DNotV. **12** 381. Es ist nicht unzulässig in einer vollstreckbaren Urkunde zur Ergänzung ihres Inhalts auf andere gerichtliche oder notarielle Urkunden Bezug zu nehmen. Diese anderen Urkunden brauchen dem Akte nicht als Anlage beigefügt und nicht mit verlesen zu werden. **c)** Busch, Die Rechtsverfolgung aus vollstreckbaren Urkunden, ZBlFG. **12** 812—819 im Aufsatz über das Recht der Hypothekenschuldurkunde. S. auch zu §§ 726, 797. Durch die Möglichkeit, aus der vollstreckbaren Urkunde alsbald ZwV. zu betreiben, wird eine Klage aus der Urkunde nicht ausgeschlossen. Diese allein führt zur rechtskräftigen Feststellung des Anspruchs. **d)** Carlebach, BadNotZ. **12** 24 mahnt zur Vorsicht bei Aufnahme vollstreckbarer Urkunden über die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an uneheliche Kinder, da durch eine solche Urkunde vielfach das Kind formell mehr Rechte erhält, als ihm — im Hinblick auf die Kompetenz des Erzeugers für sich und seine Familie — materiell zustehen und die Geltendmachung dieser Rechtslage gemäß § 767 Schwierigkeiten bereitet. **e)** Dagen Lauck, BadRpr. **12** 177. Es empfiehlt sich rasche, wenn auch nicht schematische Aufnahme einer vollstreckbaren Urkunde über die Unterhaltspflicht. Das beneficium competentiae kann durch Erinnerung aus § 766 geltend gemacht werden. **f)** Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung ohne Nachweis der Fälligkeit s. zu § 726 Nr. 2. **g)** Dingliche Unterwerfungsklausel s. zu § 800.

§ 797. 1. Busch, ZBlFG. **12** 818. Für die Bewilligung einer öffentlichen Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde ist das Vollstreckungsgericht (§ 764 Abs. 2) zuständig.

2. a) KGBl. **12** 90 (KG. I a.). Weigert sich der Notar, eine vollstreckbare Ausfertigung einer von ihm aufgenommenen Urkunde zu erteilen, so entscheidet, da es

sich um eine auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegende Tätigkeit handelt, nach Art. 51 Abs. 1 PrFGG. auf den Antrag eines Beteiligten eine Zivilkammer des für den Amtssitz des Notars zuständigen LG. Dagegen findet die einfache Beschwerde an das übergeordnete OLG. statt (KGJ. **33** A 3). **b)** Ebenso Busch, ZBlFG. **12** 818. **c)** BayObLG. **12** 679, SeuffBl. **12** 216, BayRpflZ. **12** 23 (BayObLG.). In Bayern entscheidet bei Weigerung des Notars (eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen) das LG. (Art. 17, 22, 44 BayNotG.). Gegen dessen Entscheidung findet Beschwerde an das ObLG. statt (Art. 44, 57, 60 aaO.). S. JDR. **1**, **3** 2, **9** 1, **10** 2 b—e.

3. Thiel, DNotV. **12** 698. Der Notar, der die vollstreckbare Urkunde aufgenommen hat, kann nach § 6 FGG. nicht demnächst sich selbst als Testamentsvollstrecker des Gläubigers vollstreckbare Ausfertigung erteilen. Dem Notare bleibt nichts übrig, als gegen den Schuldner zu klagen, um einen neuen Schuldtitel zu erwirken. Jastrow, aaO. 849 stimmt dem ersten Satze zu, hält aber in rechtsähnlicher Anwendung der Artt. 98, 102 PrFGG. in Verb. mit § 797 Abs. 2 Satz 2 ZPO. das AG. des Sitzes des Notars zur Erteilung der Ausfertigung für zuständig.

4. HansGZ. **12** Beibl. 120 (Hamburg). Die Vollstreckungsklausel einer notariellen Urkunde wird nach § 18 LübNotariatsO. vom 27. April 1900 bei Abwesenheit des Notars vom LG. Lübeck erteilt. Gegen dessen Entscheidung über den Antrag auf Erteilung der Klausel ist eine Beschwerde nicht gegeben.

5. Riemann, ZBlFG. **13** 393. In Sachsen ist im Falle des § 797 Abs. 2 Satz 2 ZPO. der Gerichtsschreiber, nicht der Richter des AG., der die Urkunde verwahrt, zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zuständig (§ 86 SächsAGFGG.; aM. § 1437 SächsGO. f. d. SächsJustizbeh. von 1903).

§ 800. 1. *Bourier, BayNotZ. **13** 97. Die sog. dingliche Unterwerfung ist keine Verfügung über das Grundstück, sie begründet kein „Nebenrecht" der Hypothek, stellt keine „Erweiterung" der Hypothek dar, sie verstärkt oder erweitert nur das prozessuale Vollstreckungsrecht aus der Schuldurkunde, die auch hier alleinige Vollstreckungsgrundlage ist. § 740 ZPO. gilt auch hier, insoweit die Vollstreckung gegen die derzeitigen Eigentümer in Frage steht. Für die Vollstreckung gegen spätere Eigentümer muß erst recht die Erklärung des Mannes allein genügen, auch wegen § 1443 BGB.

2. SeuffBl. **12** 223, SächsOLG. **33** 513 (Dresden). Die Unterwerfung unter die sofortige ZwV. muß zweifelsfrei gefaßt sein. Eine Unterwerfung „dergestalt, daß die ZwV. gegen den jeweiligen Eigentümer des verhafteten Grundstücks zulässig sein soll" reicht nur zur Vollstreckung in das Grundstück, nicht auch in das sonstige Vermögen aus. ➠ Diese Folgerung dürfte zu formalistisch sein (§ 133 BGB.). Red. ⬅

3. a) BadNotZ. **12** 45 (LG. Mannheim). Der Anspruch, über den eine vollstreckbare Urkunde nach § 794 Ziff. 5 errichtet wird, muß ein gegenwärtiger, wenn auch bedingter oder betagter sein; ein künftiger Anspruch genügt nicht (Gaupp-Stein, § 794 Anm. VI 2, BuschsZ. **16** 453). Danach kann eine Unterwerfungsklausel für ein Darlehen nicht eingetragen werden, wenn aus der vorgelegten Urkunde sich ergibt, daß das Darlehen noch nicht ausgezahlt ist. **b)** KGJ. **42** A 261. Die Vollstreckbarkeit einer Urkunde der im § 794 Abs. 1 Nr. 5 bezeichneten Art bestimmt sich allerdings allein nach ihrem Inhalte (**RG. 72** 22). Trotzdem kann, wenn durch eine neue Urkunde der gleichen Art (gerichtliche oder notarielle Beurkundung) die Fälligkeitsbedingungen geändert werden, durch die bloße Eintragung der neuen Bedingungen zum Ausdrucke gebracht werden, daß die Unterwerfungsklausel sich auch auf die Fälligkeitsbedingungen der neuen Urkunde erstreckt. **c)** ZBlFG. **12** 726 (LG. Leipzig). Durch die Unterwerfung unter die sofortige ZwV. gemäß § 800 wird lediglich ein prozessuales, neben das materielle Recht tretendes Recht begründet.

Nicht der Inhalt, sondern nur die Ausübung des Rechtes wird geändert. (Ebenso Fuchs, Anm. 7, Turnau-Förster Anm. II 4 zu § 877 BGB., Gaupp-Stein [8/9] Anm. I 2 zu § 800 ZPO., RJA. 2 44, 4 271 (KG.); aM. Güthe Anm. 7 zu § 25 GBO., Vorbem. 33 zum 2. Abschn. I 205). Zur Eintragung ist deshalb eine Zustimmung der nacheingetragenen Berechtigten nicht erforderlich.

§ 801. Literatur: Delius, Die Zwangsvollstreckung aus landesgesetzlichen Schuldtiteln in anderen Bundesstaaten, BayRpflZ. 12 185—187. — Neumiller, Rechtshilfe zu § 801 ZPO., BayRpflZ. 12 225—226.

1. a) Delius. Aus § 801 folgt nicht, daß die dort bezeichneten landesrechtlichen Schuldtitel nunmehr wie gerichtliche Urteile ohne weiteres im ganzen Deutschen Reiche vollstreckbar sind. Es bedarf vielmehr der Rechtshilfe (§§ 157 ff. GVG.; ebenso Wilmowski-Levy zu § 706 aF.). Nach § 7 RechtshilfeG. von 1869 in Verb. mit § 764 ZPO. ist das Vollstreckungsersuchen an das örtlich zuständige AG. als Vollstreckungsgericht zu richten. Die Vollstreckungsklausel ist von der ersuchenden Behörde zu erteilen. Einer weiteren Klausel seitens des ersuchten Gerichts bedarf es nicht. b) Neumiller. Ob für die Titel des § 801 Vollstreckung mittels Rechtshilfe in einem fremden Staat gewährt wird, kann nur nach Maßgabe der Rechtshilfenormen entschieden werden. Weder § 157 ff. GVG. noch das RechtshilfeG. von 1869 gewähren aber ohne besondere Verträge Rechtshilfe für vollstreckbare Urkunden, die nicht dem § 794 ZPO. entsprechen. Solche Verträge bestehen zwischen Preußen und Bayern nicht. Danach ist — aM. Delius aaO. — die Vollstreckung aus preußischen Schiedsmannsvergleichen in Bayern nicht durchführbar, zumal den gleichartigen bayerischen Sühnebehörden kein Recht zur Aufnahme vollstreckbarer Urkunden beigelegt ist. Noch weniger kann eine derartige Rechtshilfe von den bayerischen Gerichten gegenüber den preußischen Verwaltungszwangsurkunden geleistet werden.

2. Stepp, BayRpflZ. 12 155. Die Vollstreckungsklausel zu einem landesgesetzlichen Schuldtitel genügt nur zur Vollstreckung innerhalb des betreffenden Bundesstaats. Zur ZwV. in einem anderen Bundesstaat ist in entsprechender Anwendung des § 722 eine weitere Vollstreckungsklausel entweder von dem AG. oder von dem LG. zu erteilen, das für eine Klage aus § 722 zuständig wäre. Ebenso Seuffert § 704 Anm. 2 b.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 803. 1. ZBlFG. 12 500, R. 12 Nr. 780 (KG.) = RJA. 11 136 f. JDR. 10. Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek, auch wenn Befriedigung aus einer bereits vorgenommenen ZwV. in das bewegliche Vermögen zu erwarten ist.

2. ZwV. auf Zahlung an einen Dritten s. zu § 887.

§ 804. *Herrmann, HoldheimsMSchr. 12 216. Die gesetzliche Folge der Pfändung ist die Entstehung des Pfändungspfandrechts. Damit ist aber nicht gesagt, daß in den Fällen, in denen, wie z. B. bei Pfändung eigener, im Besitze der Aktiengesellschaft befindlicher Aktien, ein Pfandrecht nicht entstehen kann, die Pfändung unzulässig ist. S. auch zu § 857 Nr. II.

§ 805. Literatur: Hein, Die Pfandvorzugsklage des Vermieters. Ein Beitrag zur Erläuterung des § 805 ZPO. Halle 1912.

1. Hein. Bei Konkurrenz von Vermieterpfandrecht und Pfändungspfandrecht findet § 805 nur Anwendung, wenn das Vermieterpfandrecht als das ältere Recht im Range vorgeht und der Vermieter nicht im Besitze der gepfändeten Sachen war (11). Das Vermieterpfandrecht erlischt grundsätzlich nicht, wenn die eingebrachten Sachen

durch den Gerichtsvollzieher auf Grund einer Pfändung fortgeschafft werden. § 560 Abs. 1 BGB. kommt nicht zur Anwendung. Reichen die zurückgebliebenen Sachen zur Sicherung der Vermieters offenbar aus, so erlischt das Vermieterpfandrecht an den gepfändeten Sachen. § 560 Abs. 2 BGB. ist anwendbar (19—32). Die Klage aus § 805 ist an die einmonatige Ausschlußfrist des § 561 Abs. 2 Satz 2 BGB. nicht gebunden, muß jedoch vor Ausschüttung des Pfanderlöses (Beendigung der ZwV.) erhoben werden (44—51). Nach diesem Zeitpunkte hat der Vermieter nur einen Bereicherungsanspruch (52—61). S. auch IDR. **1** 2, **3** 1, **4** 1, **5** 1, 2, **6** 1, **7** 1, 2, **8** 2, **9** 1, **10** 1.

2. RheinA. **109** 237 (Cöln). Nach Auszahlung des Versteigerungserlöses aus den dem Vermieterpfandrecht unterworfenen Sachen an den Pfändungsgläubiger ist eine Klage aus § 805 zwar nicht mehr zulässig; dem Vermieter steht aber gegen den Pfändungsgläubiger ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu (vgl. **RG. 40** 289).

§ 806. Literatur: v. Damm, Haftung für Eigenschaften einer zwangsweise versteigerten Sache, wenn der Gerichtsvollzieher das Vorhandensein der Eigenschaften zugesichert hat, BuschsZ. **42** 507—527.

v. Damm. § 806 ZPO. ist wie § 461 BGB. dispositives Recht. Der Gläubiger und in seiner Vertretung der Gerichtsvollzieher kann deshalb bei der Versteigerung die Haftung für zugesicherte Eigenschaften des Pfandstücks übernehmen. (Ebenso Planck, Anm. I b zu § 461 BGB., Dernburg II, 184, Crome, System II, 455, Weismann, Lehrb. ZP. II, 123, Seuffert [10] Anm. 4 zu § 806 ZPO., Petersen-Anger [5] Anm. 2 zu § 806; aM. Eccius, GruchotsBeitr. **43** 305 ff., Gaupp-Stein [8/9] § 806, Freudenthal.) Der Gläubiger haftet dann dem Ersteher unmittelbar aus §§ 459 ff. BGB. Verlangt der Ersteher Minderung, so hat der Gläubiger insoweit einen Rückgriff gegen den Schuldner, als diesem die zu hohe Bewertung zum Vorteile gereicht hat. Hat der Gerichtsvollzieher durch die Zusicherung von Eigenschaften seine Vertretungsmacht überschritten, so haftet der Gläubiger nur, wenn er nachträglich genehmigt (§ 177 BGB.). Erfolgt keine Genehmigung, so haftet der Gerichtsvollzieher dem Ersteher als Beamter aus § 839 BGB., in Preußen an seiner Stelle auf Grund des G. vom 1. August 1909 der Staat.

§ 807. 1. a) OLG. **24** 157 (Rostock). Den Offenbarungseid hat derjenige zu leisten, der zur Zeit der Eidesleistung gesetzlicher Vertreter der juristischen Person ist. Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer GmbH. erlischt durch den Beschluß der Gesellschafter über die Abberufung, nicht erst mit dessen Eintragung in das Handelsregister. b) Ebenso HansGZ. **12** Beibl. 300 (LG. Hamburg) für den früheren Liquidator einer GmbH. c) SeuffA. **67** 375, SeuffBl. **12** 441 (Dresden). Für einen eingetragenen Verein müssen sämtliche Vorstandsmitglieder den Offenbarungseid leisten, sofern sie mit der Verwaltung des Vereinsvermögens betraut und infolgedessen zur Auskunft in der Lage sind. Der Gläubiger kann sich aber mit der Eidesleistung durch eins oder mehrere Mitglieder des Vorstandes begnügen (Krech, GruchotsBeitr. **26** 233, Bondi, BuschsZ. **32** 226, Gaupp-Stein, Struckmann-Koch zu § 807). d) SeuffA. **67** 113, OLG. **25** 175, MecklZ. **30** 193 (Rostock). Nach Auflösung eines nichtrechtsfähigen Vereins sind wegen eines gegen den Verein gerichteten Schuldtitels alle zur Zeit der Auflösung vorhandenen Vereinsmitglieder in Ansehung des Vereinsvermögens zur Leistung des Offenbarungseids verpflichtet.

2. a) OLG. **25** 174, MecklZ. **30** 191 (Rostock). Forderungen des Kommissionärs gegen Dritte aus Kommissionsgeschäften sind als zum Vermögen des Kommissionärs gehörig von diesem in das Verzeichnis mitaufzunehmen, solange nicht der Kommittent von dem ihm nach § 392 Abs. 2 HGB. zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat.

b) **RG.** (II. Straff.) SächſRpflA. **12** 527. In das Vermögensverzeichnis muß auch der Anſpruch des Schuldners, der Möbel unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers auf Abzahlung gekauft hat, aus dem „Möbelleihvertrag" aufgenommen werden. c) Neumann, JW. **12** 232. Nur rückſtändige Lohnforderungen ſind in das Vermögensverzeichnis aufzunehmen.

3. a) Herms, R. **12** 377, 634. Der Schuldner muß, auch wenn er kein Vermögen beſitzt, ein „Vermögensverzeichnis" vorlegen und den Eid in der Faſſung des § 807 leiſten. Es empfiehlt ſich, der Angabe, daß der Schuldner „nichts" beſitze, den Grund hinzufügen zu laſſen, weshalb er weder Kleider noch ſonſt etwas beſitzt. b) Dazu Hörle, R. **12** 521. c) Kühl, DJZ. **12** 280, empfiehlt, der Ladung des Schuldners ein ausführliches Formular in Frageform beizulegen, aus dem er erſehen kann, was er anzugeben hat.

II. Zwangsvollſtreckung in körperliche Sachen.

§ 808. ZwV. in eigene Sachen, insbeſondere Leihmöbel ſ. zu § 857 II; ZwV. in einen Kux ſ. z. § 857 I 10.

§ 809. Literatur: Loebner, Stahlkammerfachverträge bei alleinigem Verſchluſſe des Faches durch den Kunden, KGBl. **12** 86—88.

1. Loebner, Der Stahlkammerfachvertrag iſt ein aus Sach- und Dienſtmiete gemiſchter Vertrag (ebenſo Höniger, Gemiſchte Verträge). Befindet ſich das Stahlfach, wie jetzt häufig, unter alleinigem Verſchluſſe des Kunden, ſo iſt nur dieſer unmittelbarer Beſitzer. Die ZwV. in den Fachinhalt erfolgt in ſolchem Falle wegen Geldforderungen nach § 808, wegen Herausgabe beſtimmter Gegenſtände nach § 883. Um ſich den Schlüſſel des Kunden zu verſchaffen, darf der Gerichtsvollzieher nach § 758 verfahren. Die Bank muß dem durch den Schuldtitel legitimierten Gerichtsvollzieher das Betreten der Stahlkammer geſtatten. Tut ſie dies nicht, ſo iſt Gewaltanwendung unzuläſſig. Der Gläubiger muß gegen ſie klagen.

2. KGBl. **12** 5 (LG. I Berlin 9. ZK.). Daraus, daß der Schuldner Geſchäftsräume gemeinſchaftlich mit einem Dritten gemietet hat, folgt noch nicht, daß alle darin befindlichen Gegenſtände im gemeinſchaftlichen Gewahrſam der beiden ſtehen.

3. HeſſRſpr. **13** 140 (Darmſtadt). Der Dritte (§ 809) muß nicht nur mit der Pfändung einverſtanden, ſondern auch bereit ſein, die Sache unter Aufgabe ſeines eigenen Beſitzes zur ZwV. herauszugeben.

4. OLG. **25** 177 (Naumburg). § 809 bezweckt lediglich den Beſitz- und Gewahrſamsſchutz des Drittbeſitzers. Nur er allein iſt deshalb befugt, gegen eine dem § 809 widerſprechende Pfändung Erinnerung (§ 766) zu erheben.

§ 810. 1. HeſſRſpr. **13** 137 (Darmſtadt). Die „gewöhnliche Zeit der Reife" iſt aus dem Durchſchnitt einer Reihe von Jahren nach den örtlichen Verhältniſſen für eine größere Gruppe von Grundſtücken einheitlich zu beſtimmen (**RG. 42** 382). Ob die Fruchtſorte, die der Schuldner zieht, beſonders ſpät reift, iſt unerheblich.

2. Abſ. 2. HeſſRſpr. **12** 364 (LG. Gießen). Der Realgläubiger kann ſeinen Widerſpruch aus § 810 Abſ. 2 auch im Wege der Erinnerung (§ 766) geltend machen. ➵ Dieſe Entſcheidung erſcheint unzutreffend. Die Vorausſetzungen des § 766 liegen nicht vor, da die Pfändung unter den Vorausſetzungen des § 810 Abſ. 1 formell zuläſſig iſt. Ebenſo Gaupp-Stein, Anm. IV 2 und Fußnote 23 zu § 810 im Anſchluß an KommBer. zur Nov. 184, Jaeckel-Güthe (3) ZVG. 16, Fiſcher-Schäfer (2), Anm. 5 zu § 865. **RG. 55** 207, auf das ſich die Entſcheidung bezieht, betrifft den Fall des § 865 Abſ. 2, Gaupp-Stein § 766 Anm. I bezieht ſich auf § 810 Abſ. 1. Red. ⟵

§ 811. Literatur: Bovenſiepen, Weitere Pfändungsbeſchränkungen? DRZ. **12** 909—923.

I. Allgemeines. 1. PosMSchr. **12** 103 (Posen). Allerdings ist in der Regel für die Frage der Unentbehrlichkeit eines gepfändeten Gegenstandes der Zeitpunkt der Pfändung maßgebend. Hat aber der Schuldner nach der Pfändung sein Gewerbe aufgegeben, so wäre es unbillig, ihm die Sachen, deren er zur Fortsetzung des Gewerbes nicht mehr bedarf, zu belassen.

2. HessRspr. **13** 6 (Darmstadt). Wie § 811 Nr. 1 (**RG.** JW. **10** 28) ist auch § 811 Nr. 4 wesentlich in öffentlichem Interesse erlassen, daher unverzichtbar.

3. Bovensiepen regt u. a. eine Ausdehnung der Pfändungsbeschränkungen dahin an, daß dem Schuldner der in seiner sozialen Schicht übliche Haushalt — jedoch keinesfalls im Werte über 5000 M. — belassen werden und die Pfändbarkeit des Arbeitseinkommens erst von 1800 M. an überhaupt, dann bis 6000 M. — unter Unterscheidung zwischen Verheirateten und Unverheirateten — in Abstufungen, darüber hinaus unbeschränkt zulässig sein soll.

II. Nr. 1. 1. OLG. **25** 178 (Naumburg). Schränkt sich der Schuldner aus Not eine Zeitlang über die Grenzen des notdürftigen Haushalts hinaus durch Vermietung einzelner eigentlich unentbehrlicher Gegenstände ein, so ist dadurch noch nicht bewiesen, daß er diese Gegenstände zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes nicht notwendig braucht.

2. Als unentbehrlich unpfändbar: a) OLG. **25** 179 Anm. 1 (KG.): Portieren, ein Teppich, ein Fell für einen zu Erkältungen neigenden Schuldner in einer zugigen und schlecht heizbaren Wohnung. b) OLG. **25** 179 Anm. 1 (KG.): Regenschirm.

3. Pfändbar: a) OLG. **25** 179 Anm. 1 (KG.): Sommerüberzieher, Schirmständer, Bettvorleger, Handtuchständer. b) OLG. **25** 179 Anm. 1 (KG.): Kleiderschrank, wenn dem Schuldner noch ein seiner Frau gehöriger Kleiderschrank zur Verfügung steht.

III. Nr. 4. 1. HessRspr. **13** 6 (Darmstadt). Die Pfändung von Heu des ersten Schnittes ist insoweit unzulässig, als sich zur Zeit der Pfändung voraussehen läßt, daß die Grummeternte keinen genügenden Ertrag abwirft, um das Vieh des Schuldners bis zur nächstjährigen Heuernte zu erhalten.

2. OLG. **25** 181 (Marienwerder) regt, ohne zu entscheiden, Zweifel an, ob Nr. 4 auch für den ausländischen Betrieb eines Ausländers gilt.

IV. Nr. 5. 1. Grundsätze. a) PosMSchr. **12** 104 (Posen). Kaufleute fallen, gleichgültig, ob sie Voll- oder Minderkaufleute sind, nicht unter § 811 Nr. 5. Nur wenn neben dem kaufmännischen Warenbetriebe Minderkaufleute auch noch körperliche Arbeit oder gleichzuachtende Tätigkeit entfalten, und falls diese Tätigkeit für ihren Erwerb die Hauptsache bildet, greift diese Vorschrift Platz. b) HessRspr. **13** 230 (LG. Darmstadt). § 811 Nr. 5 kommt auch Gehilfen (Ehemann im Gewerbe seiner Frau) zugute, soweit das Handwerksgerät auch zur Ausübung der Gehilfentätigkeit als solcher unentbehrlich ist. c) SeuffA. **67** 169 (Kiel) = SchlHolstAnz. **11** 314 (s. JDR. **10** V 1 e). Schuldner als Geschäftsführer hat Pfändungsvorrecht nicht. d) OLG. **25** 179 Anm. 2 (KG.). Nr. 5 unanwendbar, wenn der Schuldner zwar zum Teil persönlich mitarbeitet, das Gewerbe (Färberei) aber überhaupt nicht ohne mehrere Gehilfen betreiben kann. e) SchlHolstAnz. **12** 279 (Kiel). Auch Maschinen, die mit elektrischer oder sonstiger fremder Kraft angetrieben werden, können als zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Schuldners unentbehrlich angesehen werden. — Ein an sich nach § 811 Nr. 5 unpfändbarer Gegenstand verliert die Unpfändbarkeit nicht dadurch, daß er infolge vorübergehender Dispositionen des Schuldners zeitweise seine volle Gebrauchsfähigkeit einbüßt.

2. Unpfändbar. a) OLG. **25** 179 Anm. 2 (KG.). Wagen und Pferd eines kleinen Viehhändlers. b) OLG. **25** 179 Anm. 2 (KG.). Droschke und zwei Pferde eines selbst fahrenden Droschkenfuhrherrn, wenn ohne das zweite Pferd das Ge-

werbe nicht erfolgreich betrieben werden kann. c) OLG. 25 179 Anm. 2 (KG.). Plattenwagen und Ponny eines Marmorschleifers. d) SeuffA. 67 168 (Kiel) = SchlHolstAnz. 11 189 (s. JDR. 10 V 2 c). Eisschrank, Fleischmenge- und Fleischzerkleinerungsmaschine eines selbständigen Schlächters. e) OLG. 25 180 (KG.). Vierflammige Elektrolampe im Wartezimmer eines Dentisten.

3. Pfändbar: a) SächsOLG. 33 120 (Dresden). Fahrrad eines gesunden Fabrikarbeiters, der eine Stunde weit von seiner Arbeitsstelle wohnt, deshalb den Weg zu Fuß zurücklegen kann. b) MecklZ. 30 330, OLG. 25 179 (Rostock). Die der Stecklingszucht dienenden Blumentöpfe eines Handelsgärtners, da die beim Betriebe der Handelsgärtnerei etwa erforderliche persönliche Tätigkeit hinter dem kaufmännischen Warenvertriebe zurücktritt. c) KGBl. 12 5 (LG. I Berlin 9. ZK.). Kraftdroschke, weil beim Betriebe des Fuhrherrngewerbes mittels einer solchen die persönliche Tätigkeit hinter der sachlichen Ausnutzung des angelegten Kapitals zurücktritt, auch wenn der Fuhrherr die Droschke persönlich führt. d) HessRspr. 12 367 (LG. Darmstadt). Ladeneinrichtung und Warenvorräte eines Kolonialwarenhändlers. Verdienst durch Warenumsatz, nicht durch persönliche Leistungen.

4. Zweifelhaft: a) OLG. 25 180 (KG.) hält daran fest, daß für die Frage, ob Zimmervermieter den Schutz des § 811 Nr. 5 genießen, entscheidend ist, ob im Einzelfalle die persönlichen Dienstleistungen den hauptsächlichen Teil der Erwerbstätigkeit gegenüber der Vermietung des Zimmers und der Möbel bilden. b) BadRpr. 12 195 (Karlsruhe). Pfändbar Mobiliar einer Zimmervermieterin, die dem Mieter auch Frühstück, Reinigung von Zimmer, Kleidung und Wäsche besorgt. Die persönliche Tätigkeit spielt gegenüber der Verwertung des Betriebskapitals eine untergeordnete Rolle. c) Eckstein, SächsRpflA. 12 539, tritt allgemein für die Unpfändbarkeit der Möbel einer Zimmervermieterin ein, da die persönlichen Dienstleistungen das Wesentliche sind. S. auch JDR. 1 IV 7 b ζ, 3 IV 3 d, 4 IV 2 e, 6 III 7, 7 IV 4, 8 II 3 e, 9 III 3, 10 V 4. d) Grybski, PosMSchr. 12 106, bekämpft unter Berufung auf RG. 35 382 und die Praxis der Konkursverwalter die Entscheidungen zweier Gerichte, nach denen Rohstoffvorräte der Pfändung insoweit nicht unterliegen, als sie für die persönliche Fortsetzung des Gewerbebetriebs unentbehrlich sind.

V. Nr. 7. a) OLG. 25 180 (KG.). Unpfändbar Atmungsmaschinen in der Heilanstalt des Schuldners (Arztes) für Asthmaleidende. b) PosMSchr. 12 104 (Posen). Kutschwagen und Kutschgeschirre eines Landgeistlichen fallen nicht unter § 811 Nr. 7.

§ 814. Literatur: Eckstein, Verweigerung des Zuschlags durch den Gerichtsvollzieher bei unverhältnismäßig niedrigem Meistgebote, BuschsZ. 42 337—345.

*Eckstein. Der Gerichtsvollzieher ist bei unverhältnismäßig niedrigen Meistgeboten zur Verweigerung des Zuschlags und Ansetzung eines neuen Versteigerungstermins berechtigt und verpflichtet, anderenfalls sogar Haftung auf Schadensersatz.

§ 815. OLG. 25 182 (Hamm). Da die Wegnahme des — gepfändeten — Geldes durch den Gerichtsvollzieher im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner als Zahlung gilt, so geht mit der Wegnahme die Gefahr des Verlustes (z. B. Veruntreuung durch den Gerichtsvollzieher) auf den Gläubiger über. Ist aber dem Schuldner nachgelassen, die ZwV. durch Sicherheitsleistung abzuwenden, so tritt (§§ 815 Abs. 3 Halbsatz 2, 720) Zahlungswirkung nicht ein. Die Wegnahme begründet dann nur ein gewöhnliches Pfandrecht. Die Gefahr des Verlustes bleibt beim Schuldner (Gaupp-Stein § 815 Anm. 3, Falkmann [2] 331, 329, Jäger, Anm. 8 zu § 49 KO.).

§ 816. a) Oppenheim, JW. 12 1023, führt gegen Lubowski DJZ. 10 474 — s. JDR. 9 — aus: Verzieht ein Schuldner nach der Pfändung in den Bezirk eines anderen Vollstreckungsgerichts, so muß der Gläubiger bei diesem

beantragen, daß die Verwertung der Pfandstücke — durch Versteigerung oder auf andere Weise — an dem neuen Wohnorte des Schuldners stattfinden darf. O. erörtert sodann, wie sich bei solcher Wohnsitzverlegung die ZwV. im Bereiche der durch die PrAVf. vom 22. April 1906 (JMBl. 125) zu einem für die Zuständigkeit der Gerichtsvollzieher vereinigten Bezirke der Amtsgerichte Berlin-Mitte, Berlin-Schöneberg, Berlin-Tempelhof, Berlin-Wedding, Charlottenburg, Köpenick, Groß-Lichterfelde, Lichtenberg, Pankow, Rixdorf und Weißensee gestaltet. **b)** Dagegen Seeger, JW. **12** 1097. Zuständig bleibt auch im Falle des Verzugs des Schuldners aus dem Gerichtsbezirke für Anordnungen gemäß § 825 allein das Vollstreckungsgericht des ursprünglichen Wohnsitzes (Analogie: § 263 Abs. 2 Ziff. 2).

§ 825. Zuständiges Gericht für die Anordnung aus § 825 bei Wohnsitzwechsel des Schuldners s. oben zu § 764 u. § 816.

§ 826. OLG. 25 184 (KG.). Die Gültigkeit der Anschlußpfändung ist nicht schlechthin durch die Gültigkeit der Erstpfändung bedingt, setzt vielmehr nur voraus, daß diese in ihren äußeren Formen dem Gesetze gemäß vollzogen ist und noch besteht.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§§ 828 ff. Literatur: Krüger, Pfändungspfandrecht und Lebensversicherung, LeipzZ. **12** 216—221.

a) Krüger führt gegen Ehrenberg, R. **11** 4 ff. — s. JDR. **10** a — aus, daß die Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung der Versicherungssumme und die Überweisung des Anspruchs zur Einziehung oder an Zahlungsstatt von der Einwilligung der versicherten Person unabhängig sei, dem Pfändungsgläubiger aber ein Kündigungsrecht aus § 165 VVG. nicht zustehe, so daß die Aussichten auf Befriedigung aus dem Rückkaufe verhältnismäßig gering seien. **b)** OLG. **25** 184 (Breslau). Sind alle Ansprüche des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsvertrage gepfändet, so ist auch der Anspruch auf Benennung eines anderen Berechtigten gepfändet. Regelmäßig ist dies kein höchstpersönliches Recht (**RG.** SeuffA. **47** 336; aM. Staudinger, Anm. zu § 330 BGB.). Näheres s. zu § 165 VVG.

§ 828. PosMSchr. **12** 45 (Königsberg). Jeder dritte Interessent kann die Unwirksamkeit des Pfändungsbeschlusses wegen Unzuständigkeit des Gerichts (§ 828 Abs. 2) geltend machen.

§ 829. Literatur: Crasemann, Zwangsvollstreckung in Forderungen aus dem Mietsvertrage, DJZ. **12** 1290—1292.

1. SeuffA. **67** 81, ThürBl. **59** 217 (Jena) = OLG. **23** 214 f. JDR. **10** 1. Unpfändbarkeit des Anspruchs auf Eigentumsübertragung nach Bewilligung der Eintragung des neuen Eigentümers.

2. **a)** Crasemann gelangt u. a. zu folgenden Ergebnissen: Die Pfändung des Anspruchs auf künftige Mietzinsen ist nur zulässig, wenn bereits eine Bindung des Mieters besteht (vgl. JW. **04** 365, 698). Sie liegt vor, wenn ein auf unbestimmte Zeit geschlossener Mietvertrag besteht. — Die Rechte des Mieters sind nur dann pfändbar, wenn im Vertrage die Überlassung an Dritte gestattet ist. **b)** Bergk, Übertragung und Pfändung künftiger Rechte. Vgl. oben Ziff. III 2 zu § 398 BGB.

3. OLG. **25** 184 (KG.). Sind Zweifel über die Person des Drittschuldners und die Identität der Forderung nicht vorhanden, so steht einer alternativen Bezeichnung des Pfändungsschuldners nichts entgegen.

4. KGBl. **12** 57 (LG. II Berlin). Für die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner gilt § 185 (Unzulässigkeit der Ersatzzustellung an den Gegner) nicht. Eine Ersatzzustellung an den Schuldner ist deshalb nicht ausgeschlossen.

§ 830. Literatur: Nottebohm, Übertragung der durch Zuschlag gemäß § 91 ZVG. „erloschenen" Briefhypothek mittels Rechtsgeschäfts und ZwV., ZBlFG. **12** 361, 395 (s. JDR. **10** zu § 91 ZVG. Nr. 11). — Westheimer, Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Hypothekenzinsrechts, JW. **12** 505—507.

1. Westheimer. Das Zinsgenußrecht ist selbständig abtretbar und pfändbar (vgl. §§ 1289, 1296 BGB.). Die Pfändung des Zinsrechts an einer Hypothek erfolgt nach den für die Pfändung der Hauptforderung geltenden Regeln (§ 830 ZPO.; vgl. **RG. 72** 364). — Ist ein Nießbrauch am Zinsrecht oder an der verzinslichen Hypothekenforderung bestellt (§§ 1073, 1076 BGB.), so vollzieht sich die Pfändung — die gemäß § 1059 BGB., § 857 Abs. 3 ZPO. nur das Recht auf Ausübung ergreift — lediglich durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Hypothekengläubiger. Zur wirksamen Durchführung der Pfändung ist aber sowohl bei der Briefhypothek, wie bei der Buchhypothek erforderlich, daß das gerichtliche Verfügungsverbot an den Nießbraucher im Grundbuch eingetragen wird (§§ 135, 136, 892 Satz 2 BGB.).

2. R. **12** Nr. 256 (BayObLG.). Wie die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann (§ 1153 Abs. 2 BGB.), so kann jene auch nicht ohne diese gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß unter Hypothek landläufig die Hypothek und die Forderung zusammengefaßt werden. Was im Pfändungsantrag oder -beschlusse gemeint ist, ist durch Auslegung zu erforschen (§ 133 BGB.). S. auch zu § 727 Nr. 2 a.

3. *Mayer, GruchotsBeitr. **56** 290 (s. zu § 857). Statt der freiwilligen körperlichen Übergabe des Briefes sind bei der Pfändung von Briefhypotheken auch Übergabeersatzmittel zulässig. Besitzkonstitut und Abtretung des Herausgabeanspruchs sind zwar kein wirksamer Ersatz, weil sie auch bei der Verpfändung nicht genügen (§ 1274 BGB.). Wohl aber ist, wenn der Brief sich im mittelbaren Besitze des Schuldners befindet, Übertragung des mittelbaren Besitzes auf den Gläubiger und Anzeige an den Besitzer genügend (§ 1205 Abs. 2 BGB.). Auch genügt an Stelle der Übergabe die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich der Brief unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet, oder, falls er im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Briefeigentümer und den Gläubiger gemeinsam erfolgen kann (§ 1206). Dagegen sind bei der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher Übergabeersatzmittel ausgeschlossen. — Erfolgt die Wegnahme des Hypothekenbriefs durch den Gerichtsvollzieher, so hat dieser den Brief stets an den Pfändungsgläubiger abzuliefern. Auch bei Pfändungen auf Grund eines Arrestes hat der Gerichtsvollzieher den Brief nicht etwa in eigene Verwahrung zu nehmen (so Danziger, GruchotsBeitr. **50** 21), sondern zur Ablieferung zu bringen (aus ZPO. § 930 ist keine Ausnahme von der Regel des § 830 abzuleiten). — Die Vollstreckung erfolgt nicht zur Erzwingung der Herausgabe einer geschuldeten Sache, da dem Gläubiger gegen den Vollstreckungsschuldner nur ein Anspruch auf Geldzahlung, dagegen kein Herausgabeanspruch zusteht. Deshalb können auf das Vollstreckungsverfahren zwecks Wegnahme des Briefes auch nicht §§ 883 ff. angewandt werden, und kann der Gläubiger nur Leistung des allgemeinen Offenbarungseids nach § 807 fordern. — Bei der Pfändung von Buchhypotheken erfolgt die Eintragung auf Grund des Pfändungsbeschlusses. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses braucht nicht nachgewiesen zu werden. Ist die Hypothek noch nicht auf den Eigentümer umgeschrieben, so kann der Pfändungsgläubiger auf Grund des Pfändungsbeschlusses von dem eingetragenen Nichtberechtigten die Zustimmung zur Berichtigung fordern, ohne daß es der vorherigen Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs, die von der seitherigen Praxis für erforderlich gehalten wird, bedarf (531 ff.).

4. OLG. **25** 185, SächsOLG. **33** 430 (Dresden). Da es zur Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht, der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner nicht bedarf, so läßt auch eine unrichtige Bezeichnung des Drittschuldners im Pfändungsbeschlusse die Wirksamkeit der — durch Übergabe des Briefes oder durch Eintragung — vollendeten Pfändung unberührt, sofern nur die gepfändete Forderung sonst genau im Anhalt an die Grundbucheintragung bezeichnet ist (KGJ. **14** 80 [KG.]; Gaupp-Stein II 1 zu § 830).

5. Abs. 2. OLG. **25** 185, SächsOLG. **33** 430 (Dresden). Sind persönlicher Schuldner und Grundstückseigentümer verschiedene Personen, so tritt die Wirkung des § 830 Abs. 2 nur gegenüber demjenigen ein, gegen den sich das Zahlungsverbot richtet. Soll die Wirkung gegen beide eintreten, so muß es sich gegen beide richten.

§ 832. 1. **RG.** BayRpflZ. **12** 311, WarnE. **12** 316. Ist das „Gehalt" eines Handlungsgehilfen gepfändet, so ist darunter regelmäßig alles das zu verstehen, was § 1 LohnBG. als „Vergütung" bezeichnet, also auch der künftige Anspruch auf Provision. Auch der Anspruch gegen den Prinzipal auf Erteilung einer einfachen „Gewinnaufstellung" — die im Gegensatze zur förmlichen Rechnungslegung eine völlig unselbständige Nebenleistung darstellt — geht mit der Pfändung und Überweisung der Forderung von selbst auf den Pfändungsgläubiger über.

2. SächsOLG. **33** 336 (Dresden). Provisionen eines Handlungsreisenden sind gehaltsähnliche fortlaufende Bezüge im Sinne des § 832 (OLG. **7** 318).

§ 836. 1. **RG.** **77** 141, SeuffA. **67** 246. Der Gläubiger der gepfändeten und überwiesenen Forderung kann gegen seinen Schuldner weder auf Hinterlegung für den Pfändungsgläubiger — hierfür fehlt ein Rechtsgrund — (ebenso: Gaupp-Stein Anm IV 2, Petersen-Anger Anm. 4 b, Struckmann-Koch, Seuffert Anm. 3 b zu § 835 ZPO., Planck § 1282 BGB., Hellwig, Klage u. Anspruch 188; aM. Neukamp zu § 835 ZPO.), noch auf Zahlung an sich „unbeschadet der Rechte des Pfandgläubigers" — dies würde dem Zahlungsverbot aus § 829 und dem Einziehungsrechte des Pfändungsgläubigers widersprechen — (so die herrsch. M.), wohl aber auf Zahlung an den Pfändungsgläubiger klagen (ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1061, Seuffert, Neukamp, Petersen, Planck; aM. Gaupp-Stein, Hellwig).

2. R. **12** Nr. 302 (BayObLG.). Im Einziehungsprozesse des Pfändungsgläubigers gegen den angeblichen Drittschuldner genügt zur Abweisung die Feststellung, daß der Beklagte nicht Drittschuldner ist; wer dies ist, braucht nicht festgestellt zu werden.

3. SeuffA. **67** 211 (Jena). Da der Pfändungsgläubiger auf Grund der Pfändung und Überweisung unmittelbar gegen den Drittschuldner auf Zahlung klagen kann, so fehlt jedes rechtsschutzbedürftige Interesse dafür, ihm daneben noch eine Klage gegen den Schuldner auf Einwilligung in die Zahlung durch den Drittschuldner zu gewähren.

4. **RG.** **77** 250, BayRpflZ. **12** 72, JW. **12** 80. Der inländische Drittschuldner kann gegenüber dem deutschen Pfändungsgläubiger der Forderung eines im Auslande wohnenden Ausländers keinen Einwand daraus herleiten, daß er nach der Pfändung von den ausländischen Gerichten gezwungen würde, die gepfändete Forderung an seinen ausländischen Gläubiger zu zahlen. Denn durch die Pfändung war für den Pfändungsgläubiger ein Pfandrecht begründet worden, das wie ein rechtsgeschäftliches die Folge hatte, daß der Drittschuldner nur noch an seinen Gläubiger und den Pfändungsgläubiger gemeinschaftlich wirksam zahlen konnte (§ 804 ZPO., § 1281 BGB.).

5. OLG. **25** 129 (Hamburg). Durch die Erwirkung der Pfändung und Überweisung bringt der Pfändungsgläubiger zum Ausdrucke, daß er sich einen aus der

Person seines Schuldners hergeleiteten Anspruch gegen den Drittschuldner zuschreibt. Insofern dadurch eine Ungewißheit in der Rechtslage des Drittschuldners herbeigeführt und dessen freie Verfügungsmacht beeinträchtigt wird, kann der Drittschuldner, der den Bestand der Forderung bestreitet, auf Feststellung des Nichtbestehens dieser klagen (§ 256).

6. SchlHolstAnz. **12** 74 (LG. Flensburg). Auch die Pflicht des Schuldners zur Auskunfterteilung kann im Wege der ZwV. — nach § 888 — erzwungen werden. ➠ AM: Gaupp-Stein (9) Anm. III zu § 836 e contrario aus § 836 Abs. 3 Satz 2. Red. ⟵

7. **RG.** R. **12** Nr. 3409. § 836 ist auf ZwV. in Grundstücke auch nicht entsprechend anwendbar.

§ 840. 1. a) Jahn, JW. **12** 672. Trifft der Gerichtsvollzieher bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses den Drittschuldner nicht persönlich an, so kann eine Aufforderung zur Erklärung gemäß § 840 nicht erfolgen. Es empfiehlt sich im Wege der Gesetzesänderung eine besondere nachträgliche Zustellung der Aufforderung zuzulassen. b) Levin, JW. **12** 766 räumt ein, daß die Ansicht Jahns (Unzulässigkeit der Ersatzzustellung) der herrsch. M. und den Materialien zur Nov. von 1898 (765) entspricht, hält aber nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes eine ausdehnende Auslegung für zulässig.

2. KGBl. **12** 55 (LG. III Berlin). Hat der Gläubiger zum Zwecke nachträglichen Verlangens der im § 840 bezeichneten Erklärungen den Pfändungsbeschluß nochmals dem Drittschuldner zustellen lassen, so bedarf es einer nochmaligen Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner (vgl. § 829 Abs. 2) nicht.

§ 843. OLG. **25** 189, SeuffA. **67** 170 (Posen). Verzichtet der Pfändungsgläubiger — in der Form des § 843 — auf die durch Pfändung und Überweisung zur Einziehung erworbenen Rechte, so verliert er damit auch für einen schon von ihm anhängig gemachten Rechtsstreit gegen den Drittschuldner die Aktivlegitimation. § 265 greift nicht Platz, da keine Rückabtretung an den Schuldner vorliegt, sondern nur Schranken fortgefallen sind, die dessen Rechtsausübung entgegenstanden. Der Pfändungsgläubiger kann auch nicht Leistung an den Schuldner verlangen.

§ 845. 1. KGBl. **12** 79 (KG.). Die Vorpfändung aus einem gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Schuldtitel ist erst zulässig, wenn die Sicherheit geleistet ist. Die Ausnahmevorschrift des § 845 Abs. 1 Satz 2, welche das Zahlungsverbot nur von den formalen Voraussetzungen des Vollstreckungsbeginns befreien will, darf nicht erweitert werden. Nicht erforderlich ist, daß zur Zeit der Vorpfändung die Sicherheitsleistung schon durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde zugestellt ist (§ 757 Abs. 2; OLG. **15** 3). S. auch JDR. **9** 1 b.

2. PosMSchr. **12** 105 (Stettin). Eine nach § 30 KO. anfechtbare Pfändung kann die ihr vorausgegangene — nicht anfechtbare — Vorpfändung den Konkursgläubigern gegenüber nicht wirksam machen (ebenso Jaeger [3/4] Anm. 36, v. Wilmowski-Kurlbaum, Anm. 28 zu § 30 KO., Kirchberger, LeipzZ. **08** 765; aM. **RG. 42** 365, Gaupp-Stein Anm. II 4, Neukamp), Petersen-Anger, Anm. 5 zu § 845, Weismann, ZP. § 154 Anm. 3.

3. *Mayer, GruchotsBeitr. **56** 551 (s. zu § 857). Bei der Pfändung von Hypotheken kann die Zustellung einer Pfändungsbenachrichtigung nicht mehr Wirkung haben, als die Zustellung des Pfändungsbeschlusses selbst. Nun hat nach § 830 Abs. 2 die Zustellung des Pfändungsbeschlusses nur die Folge, daß das Leistungsverbot wirksam wird, dagegen datiert der Rang des Pfandrechts nicht vom Zeitpunkte der Zustellung des Pfändungsbeschlusses, sondern erst von dem der

Briefübergabe oder des Bucheintrags. Deshalb kann auch die Pfändungsbenachrichtigung, die dem Pfändungsbeschlusse gegenüber nur ein Minus darstellt, bei der Hypothekenpfändung nicht maßgebend für den Rang des Pfandrechts sein (aM. **RG. 71** 183).

4. OLG. **25** 165 Anm. 1 (KG.). Durch die Einstellung der ZwV. aus einer Vorpfändung wird der Erlaß eines gerichtlichen Pfändungsbeschlusses nicht gehindert.

§ 847. a) *Kuhnt (s. zu § 857) 78. Die Unpfändbarkeit einer Sache steht der Pfändbarkeit des Anspruchs auf Herausgabe oder Leistung dieser Sache nicht entgegen (aM. Gaupp-Stein, Anm. I zu § 847, Seuffert, Anm. 3 zu § 847). **b)** Dagegen HessRspr. **13** 138 (LG. Darmstadt). Da die Pfändung des Herausgabeanspruchs nach § 847 auf Begründung eines Pfandrechts an der Sache selbst abzielt, stehen die Pfändungsverbote des § 811 auch der Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe der danach unpfändbaren Sachen entgegen.

§ 848. SchlHolstAnz. **12** 316 (Kiel). Durch die Anordnung, daß das Grundstück einem Sequester herauszugeben ist, werden die nach § 829 zur Gültigkeit des Pfändungsbeschlusses erforderlichen Bestandteile (Verbot an den Drittschuldner, Gebot an den Schuldner) nicht entbehrlich. Fehlen sie, ist die Pfändung nichtig. Dies gilt auch, wenn der Gläubiger einen Anspruch des Schuldners gegen ihn selbst pfändet. Im Falle des § 848 Abs. 2 entsteht dann keine Sicherungshypothek.

§ 850. Literatur: Becker, Rechtsbehelfe des Gläubigers gegen die Vereitelung seiner Rechte durch vertragliche Zuwendung des pfändbaren Gehaltsteils an die Ehefrau des Angestellten, RheinA. **109** 105—120. — Derselbe, Der 1500 M.-Vertrag, R. **12** 430—434. — Gilow, Die Rechtsstellung des Altenteilers bei der ZwV. in Forderungen, DNotV. **12** 713—721. — Meikel, Verwertung der Arbeitskraft und Gläubigerbenachteiligung, SeuffBl. **12** 411—421 und 539—544. — Voß, Wirkliche und angebliche Hinterziehung pfändbarer Dienstvergütungen, BuschsZ. **42** 484—506.

I. Abs. 1 Ziff. 1 (zum LohnBG. vom 21. Juni 1869).

1. **§ 1.** a) HessRspr. **13** 209 (LG. Darmstadt). Ein „Dienstverhältnis" i. S. des LohnBG. setzt persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit voraus, liegt daher bei einem Handwerksmeister, der ohne in festem Vertragsverhältnisse zu stehen, seinen Hauptverdienst aus der Arbeit für eine bestimmte Firma zieht, nicht vor. **b)** KGBl. **12** 55 (LG. I Berlin 9. ZK.). Ein Musiker, der vertraglich verpflichtet ist, an allen Wochentagen abends in einem Restaurationslokale zu bestimmten Stunden Klavier zu spielen, ist kein selbständiger Konzertunternehmer, sondern ein Angestellter, auf den das LohnBG. Anwendung findet. Dies gilt auch dann, wenn er selbst noch einen Geiger zu stellen und zu besolden hat. Einkünfte aus einer regelmäßig vertraglich gestatteten Tellersammlung sind als Dienstvergütung anzusehen. **c)** OLG. **25** 190, MecklZ. **30** 328 (Rostock). Die Vereinbarung, daß ein Teil des täglichen (Schnitter-) Lohnes als Kaution bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses einbehalten wird, stellt eine — rechtlich zulässige — Hinausschiebung der Fälligkeit dieses Teiles des Lohnes dar. Der Anspruch auf diese Kaution ist daher während der Dauer des Dienstverhältnisses nicht pfändbar. (Ebenso KGBl. **02** 2 [LG. Frankfurt a. O.]; aM. Meyer, ebendort 20, Gaupp-Stein, § 850 Anm. 36.) **d)** SeuffA. **67** 422 (Dresden). Als Gehaltseinforderung im Sinne des § 1 LohnBG. ist auch ein wegen Mangels an Geldmitteln erfolgloser Versuch des Angestellten, sein Gehalt — sofern ihm dies erlaubt — aus der Geschäftskasse zu entnehmen, anzusehen. **e)** Gehaltspfändung umfaßt Provision s. zu § 832. **f)** OLG. **25** 220 (Kiel) = SchlHolstAnz. **11** 203 s. JDR. **10** I a. Hauptbeschäftigung eines pensionierten Beamten. **g)** KGBl. **12** 77 (LG. I Berlin 9. ZK.). Auch ein ehemaliger Beamter, der ein auskömmliches Ruhegehalt bezieht, kann daneben eine Hauptbeschäftigung im Sinne des § 1 LohnBG. haben. Daß ein aktiver Beamter neben seinem Amte keine Hauptbeschäftigung haben

kann, steht nicht entgegen (aM. KGBl. **09** 97 ⌜KG.⌝). Im Einzelfalle ist zu prüfen, ob die Dienstleistungen des Schuldners seine Erwerbstätigkeit ganz oder hauptsächlich in Anspruch nehmen.

2. **§ 3.** GewuKfmG. **18** 42 (LG. Stettin). Die Ersparnis, die der Reisende dadurch macht, daß er die auswärtige Beköstigung aus den Spesen bezahlt, ist ein indirekter Vermögensvorteil und somit als Vergütung im Sinne des LohnBG. anzusehen (s. auch zu § 850 Abs. 5).

3. **§ 4.** Nr. 3 (§ 4 a). Beginn des Zeitraums für das Vollstreckungsvorrecht aus § 4 Nr. 3 und § 4 a bei ZwV. aus vollstreckbaren Urkunden gemäß § 794 Nr. 5. Während Gaupp-Stein (9) § 850 Anm. IV b² und Seuffert (11) § 850 Anm. 13 die Zeit des Erlasses des Pfändungsbeschlusses, SeuffBl. **73** 839 (Bamberg) und OLG. **19** 21 (München) den Tag der Stellung des Pfändungsantrags dem Zeitpunkte der Klagerhebung gleichstellen, weist Zieger, SächsRpflA. **12** 26 nach, daß Sinn des Gesetzes und Anforderungen des Rechtsverkehrs Gleichstellung des Tages der Ausstellung der vollstreckbaren Urkunde mit jenem Tage erfordern, daß insbesondere § 209 Abs. 2 Ziff. 5 BGB. nicht entsprechend angewendet werden kann. Ebenso Petersen-Anger (5) § 850 Anm. 5 d, OLG. **7** 317 (Oldenburg).

4. Nr. 4. Der sog. 1500 M.-Vertrag (vgl. oben II 8 zu § 138 BGB. und 10 d zu § 826 BGB). **a) RG.** LeipzZ. **12** 560 und 686, SeuffA. **67** 439, 441 hält daran fest, daß die vertragsmäßige Zuwendung des pfändbaren Gehaltsteils an einen Dritten nicht anfechtbar sei, da dem Vermögen des Schuldners ein dem Zugriffe seiner Gläubiger zugänglicher Wert nicht entzogen ist und ein Anspruch des Gläubigers, daß der Schuldner seine Arbeitskraft in einer Weise verwende, die ihm einen Zugriff ermöglicht, im geltenden Rechte eine Stütze nicht finde. **b) RG.** JW. **12** 689, SeuffA. **67** 441. Der Prinzipal, der der Ehefrau des verschuldeten Angestellten für die Dauer des Angestelltenverhältnisses ihres Ehemanns die Zahlung einer bestimmten Summe verspricht, kann sich den Gläubigern nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig machen. Es kommt dabei alles auf die Umstände des Falles, insbesondere auch auf die Größe des der Frau zugewendeten Teiles der Vergütung, ihr Verhältnis zu dem dem Manne verbliebenen Teil und zu dem Betrage der Schulden des Mannes, sowie auf die Art der Familienverhältnisse an. Sittenwidriges Verhalten unter Umständen nicht anzunehmen, wenn der Arbeitgeber Grund zu der Annahme hatte, der Angestellte bezwecke nur, seiner Familie den notdürftigen Unterhalt zu sichern, habe aber daneben die Absicht, nach Kräften seine Gläubiger zu befriedigen. Im wesentlichen zustimmend Meikel, SeuffBl. **12** 540. Philipsborn, JW. **12** 894, weist dagegen darauf hin, daß der Entsch. durch Betonung des subjektiven Moments ein erheblicher Teil ihrer Bedeutung genommen werde. **c) RG.** LeipzZ. **12** 686, SeuffA. **67** 441. Gegenüber dem Prinzipale kommt eine Anfechtung überhaupt nicht in Frage, da Vermögensbestandteile des Schuldners, die nach § 7 AnfG. zurück gewährt werden könnten, durch den Anstellungsvertrag aus dem Vermögen des Schuldners in dasjenige des Prinzipals nicht gelangt sind. **d)** LeipzZ. **12** 712 (Düsseldorf). Der Prinzipal ist nicht Anfechtungsgegner. Er haftet aber aus § 826 BGB. **e)** KGBl. **12** 79 treten zwei Berufungskammern der LG. I und II Berlin dem **RG. 69** 59 entgegen. Die eine erachtet den Vertrag, welcher der Ehefrau des Schuldners einen selbständigen Anspruch auf einen Gehaltsteil einräumt, für ein Scheingeschäft (§ 117 BGB.), die andere für nach § 3 Nr. 4, im gegebenen Falle auch nach § 3 Nr. 1 AnfG. anfechtbar. Der für Anfechtungsprozesse zuständige Senat des KG. folgt — laut Mitteilung KGBl. **12** 81 — dem RG. **f)** LeipzZ. **12** 709 (Karlsruhe). Allerdings steht es dem Schuldner frei, ob er etwas verdienen will. Wenn er aber verdient, so darf er den Gegenwert seiner Arbeitskraft seinen Gläu-

digern ebensowenig entziehen, wie irgend einen anderen Vermögenserwerb. Daher ist der Fünfzehnhundert-Mark-Vertrag nach § 3 Nr. 1 AnfG. jedenfalls dann anfechtbar, wenn (anders als im Falle **RG. 69** 61) der Prinzipal den Schuldner nicht entlassen hätte, falls der Vertrag nicht geschlossen wäre. g) LeipzZ. **12** 710 (Düsseldorf). Die Zuwendung eines Teiles des Gehalts des Schuldners an die Ehefrau stellt — nach Lage des Falles — eine Abtretung dar. Der vertragliche Anspruch auf Vergütung künftiger Leistungen ist ein Vermögenswert. Ist dieser Vermögenswert einmal geschaffen, so besteht er, gleichviel ob die Beteiligten bei Kenntnis der Unvermeidlichkeit einer beschränkten Pfändbarkeit die Schließung des Dienstvertrags unterlassen hätten. Daher Anfechtbarkeit nach § 3 Nr. 1 AnfG. **h**) Voß tritt in die Frage, ob der pfändbare Gehaltsanspruchsteil der Ehefrau des Arbeitnehmers zugewendet werden könne, im Ergebnisse dem **RG. 69** 59 bei. Er sieht aber nicht wie RG. in diesem Gehaltsteil eine Gegenleistung für die Dienste des Ehemanns, sondern eine vom Arbeitgeber — regelmäßig zugleich in seinem Interesse — der Frau zugewendete Wohltätigkeit. Der Formmangel (§ 518 BGB.) wird durch die Leistungen geheilt. Die Leistungen werden dem Zwecke der Abrede entsprechend Vorbehaltsgut (§ 1369 BGB.). Da nur die wirtschaftliche Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau die Erfüllung des Vertragszwecks gewährleistet, ist diese rechtliche Konstruktion regelmäßig bei Zuwendung des pfändbaren Gehaltsteils an andere Personen nicht angängig. i) Becker führt gegen **RG. 69** 59 aus: Die Ehefrau des Angestellten, der vertraglich der pfändbare Gehaltsteil zugewendet wird, soll nur nach außen hin Gläubigerin des Geschäftsherrn sein, im Innenverhältnis ist sie Fiduziarin ihres Mannes. Dessen Gläubiger können die Ansprüche aus der fiducia pfänden, d. h. den Anspruch auf Übertragung der Forderung der Ehefrau gegen den Dienstherrn oder nach Zahlung der Beträge an die Ehefrau den Anspruch auf Herausgabe des Gezahlten. Der Gläubiger kann den Vertrag auch nach AnfG. anfechten. Denn mit dem Abschlusse des Dienstvertrags ist der Anspruch auf die gesamte Vergütung zunächst in der Person des Angestellten entstanden (§ 611 Abs. 1 BGB.). Das Versprechen der Zahlung eines Gehaltsteils an die Ehefrau ist, auch wenn es gleichzeitig mit dem Abschlusse des Dienstvertrags erfolgt, doch als eine diesem nachfolgende Abtretung eines zunächst dem Angestellten selbst zustehenden Vergütungsanspruchs anzusehen. Selbst wenn man mit **RG. 69** 61 den Anspruch der Ehefrau als einen völlig selbständigen ansehen würde, würde die Anfechtung zulässig sein, da ein agere in fraudem legis vorliegt, das eine Anfechtung auch da ermöglicht, wo es dem Schuldner gelungen ist, die rechtlichen Formen des wirtschaftlich Gewollten so zu gestalten, daß der Schuldner und der Erwerber äußerlich in keine unmittelbare Beziehung zueinander treten, trotzdem aber das Vermögen des Schuldners zugunsten des Erwerbers vermindert wird (**RG. 43** 83, **59** 195, JW. **09** 280). **k**) Lesser, JW. **12** 891 begründet nochmals die JW. **11** 622 vertretene Ansicht, daß der Vertrag, durch den der nicht pfändbare Gehaltsteil der Ehefrau des Schuldners zugewendet worden ist, nach § 3 Nr. 1 AnfG. anfechtbar sei. Derselbe weist JW. **12** 1134 darauf hin, daß soweit mit dem **RG.** JW. **12** 689 der § 826 BGB. anzuwenden wäre, Nichtigkeit des ganzen Vertrags, auch desjenigen zwischen Prinzipal und Schuldner anzunehmen sei (§ 138 BGB.), wodurch die Zugriffsmöglichkeit des Gläubigers erheblich eingeschränkt werde. **l**) Hellwig, RuW. **1** 85 — in dem oft angeführten Aufsatz über „Gläubigernot" — erachtet die Zuwendung des unpfändbaren Gehaltsteils an die Frau für nach AnfG. anfechtbar. Soweit der Geschäftsherr schon an die Frau gezahlt hat, ist die Anfechtung gegen jenen als Rechtsnachfolger (§ 11 AnfG.; Begründung dieser Konstruktion aaO. bei Note 43/44) zu richten. **m**) *Becker, R. **12** 430. Wendet der Schuldner den pfändbaren Teil seines Gehalts seiner Ehefrau zu, damit diese ihn in der Wirtschaft zur Aufrechterhaltung der bisherigen Lebensweise der Familie verwende, so ist bei der Ermittelung der

Gesamtdienstvergütung und des pfändbaren Teiles derselben der der Ehefrau zugewendete Anspruch dem Anspruche des Ehemanns hinzuzurechnen. Der hiernach sich ergebende, 125 M. monatlich übersteigende Betrag der Gesamtdienstvergütung ist, soweit er dem Ehemanne selbst zusteht, in der Zwangsvollstreckung gegen diesen ohne weiteres gemäß § 829 pfändbar. Der Drittschuldner, der nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses den 125 M. übersteigenden Betrag der gesamten Vergütung an den Ehemann bezahlt, muß ihn dem Pfändungs- und Überweisungsgläubiger nochmals entrichten. Zustimmend Meikel, SeuffBl. **12** 542. Dagegen Goertz R. **12** 560, der **RG. 69** 59 für zutreffend erachtet. **n**) Schubart, JW. **12** 1121. Verträge, bei welchem ein Teil der Gehaltsforderung der Ehefrau des Dienstpflichtigen zusteht, sind nicht unsittlich, wenn der bei einem Beamtengehalte von gleicher Höhe pfändbare Teil dem Zugriffe der Gläubiger zugänglich bleibt. Ein Arbeitsvertrag mit übermäßiger Gehaltszuwendung an die Ehefrau unter Ausschaltung der Gläubiger ist als sittenwidrig nach § 138 BGB. in vollem Umfange nichtig. Die Beteiligten haben Anlaß, als Risikoprämie gegen die Gefahr der Nichtigkeit, die Quote für die Gläubiger reichlich zu bemessen. **o**) Meikel a. O. Wird von vornherein der Gehaltsanspruch des Schuldners für eine über 1500 M. werte Arbeitsleistung nur auf 1500 M. festgesetzt, so kommt Anfechtung nicht in Frage, da der Schuldner nur eine Möglichkeit, sein Vermögen zu vermehren, zurückgewiesen hat. Ist er dagegen auf bestimmte Zeit angestellt und erklärt er, für die Folgezeit sich mit einem geringeren Gehalte begnügen zu wollen, so liegt, soweit dadurch Gehaltsteile der Pfändung entzogen werden, eine anfechtbare Verfügung über bereits vorhandene Vermögenswerte vor. Bei Hineinziehung der Ehefrau kann unter Umständen Schein angenommen werden. Daneben kommt § 826 in Frage. Gegen den Prinzipal, der ein Interesse daran hat, daß seine Angestellten einen entsprechenden Verdienst haben, wird § 826 nur unter besonderen Umständen zum Ziele führen. **p**) Strauß, Das Recht der kaufmännischen Angestellten (50). Der Ansicht des **RG. 69** 59, daß der Angestellte mit dem Prinzipale die Auszahlung des den Betrag von 1500 M. übersteigenden Gehalts an seine Ehefrau vereinbaren könne, ohne daß seine Gläubiger das Recht der Anfechtung hätten, kann nicht beigetreten werden. Die Vereinbarung ist ein anfechtbarer Verzicht auf Vergütung, der ausschließlich den Zweck hat, den Gläubigern die Beschlagnahme des Gehalts unmöglich zu machen; tatsächlich werden die Gläubiger durch eine unentgeltliche Verfügung ihres Schuldners, der sich als Entgelt für eigene Dienste Zahlung einer Geldsumme an seine Frau versprechen läßt, benachteiligt. weshalb ihnen das Recht der Anfechtung eines solchen Vertrags nicht entzogen werden darf (vgl. JW. **11** 622). **q**) Hampke, LeipzZ. **12** 633 empfiehlt de lege ferenda die Grundsätze über Pfändung von Beamtengehältern auf die der Privatangestellten anzuwenden, tritt aber für das geltende Recht dem RG. bei. Anfechtung von Gehaltsverträgen zugunsten Angehöriger s. auch zu § 3 AnfG. **r**) SchlHolstAnz. **12** 188 (LG. Kiel). Das Gesetz hat die Summe für pfändbar erklärt, die 1500 M. übersteigt, wenn der Verdienst, den der Schuldner erhält, auf das Jahr berechnet wird. Regelmäßig ist zu unterstellen, daß der Schuldner auch in der übrigen Zeit des Jahres einen gleich hohen Verdienst haben wird (Seuffert, ZPO. [11] § 850 Anm. 3 c, OLG. **15** 167, **16** 309, **19** 18, BuschsZ. **32** 400). Steht aber schon fest, daß der Schuldner nur während einer gewissen Zeit des Jahres verdienen kann, so kann nur so viel gepfändet werden, daß er auch für den Rest des Jahres das gesetzliche Existenzminimum erhält. Bei einem Arbeitsjahre von 8 Monaten sind demnach 1500 : 8 = 187,50 M. monatlich pfandfrei.

II. Ziff. 3. **a**) Gilow tritt der herrschenden Meinung — Unpfändbarkeit des Altenteils als solchen und der höchstpersönlichen Bezüge (wie Wohnung, Kost), dagegen Pfändbarkeit der übrigen Ansprüche (besonders auf Geld und andere vertretbare Sachen) — bei, weist auf das Unbefriedigende dieses Ergebnisses — öffent-

liche Armenpflege bei Abpfändung aller nicht höchstpersönlichen Bezüge — und das Unzulängliche der bisherigen Versuche zur Abhilfe (z. B. SchlHolstAnz. **09** 33 (LG. Kiel), OLG. **14** 182 (KG.), **19** 19 (Königsberg), OLG. **14** 181 (KG.): § 811: Unterhaltsanspruch, § 850 Abs. 1 Ziff. 3) hin und macht Abänderungsvorschläge. **b)** Bovensiepen, DJZ. **12** 629. Altenteilsforderungen sind lediglich Ausflüsse eines Vertragsverhältnisses, daher nach geltendem Rechte — von höchstpersönlichen Bezügen abgesehen — unbeschränkt pfändbar. De lege ferenda empfiehlt sich Einreihung unter § 850. **c)** OLG. **25** 191 (Braunschweig). Altenteilsbezüge sind, soweit sie Leistungen höchstpersönlicher Art darstellen, nach § 851 unpfändbar. Die Geldrente des Altenteilers dagegen ist regelmäßig pfändbar. Soweit die Altenteilsfestsetzung nicht ausnahmsweise die vertragsmäßige Festsetzung der auf der gesetzlichen Unterhaltspflicht beruhenden Verpflichtungen darstellt (Struckmann-Koch, Anm. 3, Seuffert, Anm. 4a, Freudenthal, Anm. 4 zu § 850), dient sie dem Zwecke der Erbauseinandersetzung (vgl. §§ 8, 114 BraunschwHöfeG.). Leistung und Gegenleistung stehen sich gleichwertig gegenüber (OLG. **20** 360, SeuffA. **38** 288, **40** 22, **44** 15, **49** 156, **51** 54, **52** 189, **58** 91 [Braunschweig], SeuffA. **25** 87 [Darmstadt], **26** 146 [KG.], **41** 313 [Kiel], 318 [Hamburg], OLG. **2** 355 [Celle, **RG.** SeuffA. **46** 241, BuschsZ. **19** 467, Gaupp-Stein § 850 II, 2, Struckmann-Koch § 850 Anm. 3. AM. OLG. **19** 19 [Königsberg], **14** 181 [KG.], Seuffert § 850 Anm. 4a. **d)** BadRpr. **12** 252 (LG. und OLG. Karlsruhe). Auszugsrente im gegebenen Falle reine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage. Eine erst durch den Auszugsvertrag begründete Unterhaltspflicht kommt für den rechtlichen Charakter der Auszugsrente nicht in Betracht. **e)** SchlHolstAnz. **12** 120 (Kiel). Altenteilsleistungen sind nur, soweit sie höchstpersönlicher Natur sind, der Pfändung entzogen. **f)** **RG.** R. **12** Nr. 1229. Ein im Testamente zugewendetes Altenteil fällt in der Regel unter § 850 Nr. 3. Anders wenn die Zuwendung Entgelt für geleistete Dienste sein soll, auf deren Bezahlung der Bedachte Anspruch hatte. **g)** HessRspr. **13** 257 (LG. Darmstadt). § 850 Nr. 3 findet auf Altenteilsansprüche keine Anwendung. Insoweit jedoch die zu leistenden Gegenstände selbst nach § 811 unpfändbar sind, sind auch die Ansprüche auf sie unpfändbar (HessRspr. **11** 145 [Darmstadt]). S. auch JDR. **1** III, **3** II, **4** II, **5** II, **6** III, **8** II, **9** II, **10** II.

III. Ziff. 4. PosMSchr. **12** 104 (Posen). Hebungen aus privaten Unfallversicherungsverträgen fallen nicht unter § 850 Nr. 4.

IV. Ziff. 5. **a)** MecklZ. **30** 206 (LG. Neustrelitz). Das Kapitulationshandgeld — nicht zu verwechseln mit der Dienstprämie (§ 40 MannschVersG. vom 31. Mai 1906) — ist als Sold anzusehen (§ 65 Nachtrag VIII Nr. 228 und § 74 Nachtrag II Nr. 49 der Friedensbesoldungsvorschrift), daher unpfändbar. **b)** ZBlVormWes. **3** 251 (LG. Allenstein). Die Vergütung, die ein Sergeant als Oberfahnenschmied für den Hufbeschlag der Offizierspferde aus dem etatmäßigen Hufbeschlagsfonds bezieht, ist eine neben dem Solde bestehende Zulage für freiwillig übernommene Verrichtungen, deshalb pfändbar.

V. Ziff. 8. **a)** SchlHolstAnz. **12** 302 (Kiel). Unter Beamten im Sinne des § 850 Nr. 8 sind nur öffentliche Beamte zu verstehen. Zu ihnen gehört der Organist einer evangelisch-lutherischen Gemeinde in Schleswig-Holstein nicht. Seine Tätigkeit ist nicht öffentlich-rechtlicher Natur. **b)** **RG.** R. **12** Nr. 2331. § 850 Nr. 8 gilt auch für rückständige Ansprüche. Sonst hätte der Drittschuldner es in der Hand, das Pfändungsverbot dadurch zu umgehen, daß er das Gehalt am Fälligkeitstage nicht auszahlt (Neukamp § 850, PrMJBf., BuschsZ. **18** 295 Ziff. 15 i).

VI. Abs. 2. **a)** KGBl. **12** 77 (LG. I Berlin 9. ZK.). Zwecks Ermittelung des pfändbaren Einkommens des Schuldners dürfen seine Einkünfte aus Ruhegehalt und aus privatem Dienstverhältnisse nicht zusammengerechnet werden. Unter „sonstigen Bezügen" im Sinne des § 850 Abs. 2 sind ausschließlich solche zu verstehen,

wie sie in Nr. 7 und 8 aufgeführt sind (Meyer, DJZ. **02** 450, 505). **b**) BayObLG. **12** 642, SeuffA. **67** 118, SeuffBl. **12** 74, OLG. **25** 187, R. **12** Nr. 114 (BayObLG.). = BayRpflZ. **11** 487 s. JDR. **10** VII a). Gehaltsabzüge, die einem Beamten während eines Disziplinarverfahrens gemacht werden, mindern den pfändungsfreien Gehaltsteil. Bei seiner Berechnung ist das um den Abzug verminderte Diensteinkommen zugrunde zu legen.

VII. Abs. 4. **a**) *Reerink, GruchotsBeitr. **56** 751. Das Pfändungsvorrecht der Verwandten, der Ehegatten und der früheren Ehegatten wegen ihrer Ansprüche aus der gesetzlichen Unterhaltspflicht besteht nicht darin, daß diesen ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Arbeits- und Dienstlohne, dem Diensteinkommen, der Pension und den sonstigen im § 850 Abs. 1 Ziff. 7 und 8 erwähnten Bezügen zusteht, sondern darin, daß der Arbeits- und Dienstlohn und die diesem gleichgestellten Bezüge, die sonst der Pfändung entzogen sind, hier der Pfändung unterliegen. Haben mehrere Unterhaltsberechtigte den Lohn oder die genannten Bezüge gepfändet, so richtet sich die Reihenfolge, in welcher sie Befriedigung verlangen können, ausschließlich nach der Priorität der Pfändungen (aM. Meyer, Lohnb. 88). Dem Pfändungsvorrechte des unehelichen Kindes gegenüber kann der Verwandte, Ehegatte und frühere Ehegatte sein Pfändungsvorrecht nur geltend machen, wenn er selbst den Lohn oder die diesem gleichgestellten Bezüge vor der Befriedigung des Kindes hat pfänden lassen, während der Schuldner ohne Rücksicht hierauf sich stets wegen der Unzulässigkeit der Pfändung zugunsten des unehelichen Kindes auf die Vorschrift des § 850 Abs. 4 (§ 4 a LohnBG.) berufen kann. **b**) Meister, ZBlVormWes. **3** 259. Die Frage, ob das Pfändungsprivileg des unehelichen Kindes auf dessen Erben übergeht, ist mit Dernburg, BR. IV, 325 Anm. 28, Kleinberger, R. d. unehel. Kindes 62 gegen LG. Altona ZBlVorm. Wes. aaO. zu bejahen. **c**) Dagegen Schmidt, ZBlVormWes. **4** 39. Nur wo der Unterhaltsanspruch als solcher übergeht (§ 1709 Abs. 2 BGB.), geht auch das Pfändungsvorrecht mit über, nicht dagegen bei anderweitiger Rechtsnachfolge.

VIII. Abs. 5. SeuffBl. **12** 246, SächsOLG. **33** 515 (Dresden). § 850 Abs. 5, wonach Dienstaufwandsentschädigungen der Pfändung nicht unterworfen und bei Berechnung des pfändbaren Gehaltsteils nicht mitzurechnen sind, findet nur bei Beamten Anwendung. — Nach dem LohnBG. ist ein Dienstaufwandszuschuß nur insoweit abzugsfähig, als er zur Erstattung von Auslagen dient, die das Arbeits- oder Dienstverhältnis mit sich bringt (OLG. **6** 418).

§ 851. 1. OLG. **25** 191 (Braunschweig) betr. Pfändung von Wahlforderungen. Wahlerklärungen unter Vorbehalt der Abänderung sind in der Regel unzulässig. Läßt sich der Gegner aber auf sie ein, so ist die Wahlerklärung wirksam, bis das Abänderungsrecht ausgeübt ist. Solange dies nicht geschehen ist, ist die vereinfachte Schuld der Pfändung in gleicher Weise ausgesetzt, wie wenn sie von vornherein allein bestanden hätte. S. auch JDR. **10** 1.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 923, JW. **12** 857, R. **12** Nr. 2332. Ein Anspruch auf Befreiung von einer Schuld kann abgetreten und gepfändet werden, wenn der Zessionar bzw. der Pfändungspfandgläubiger mit dem Gläubiger identisch ist, der nach dem Befreiungsanspruche befriedigt werden soll. Eine Veränderung des Leistungsinhalts tritt dann nicht ein, da die Leistung nach wie vor auf Befriedigung des Gläubigers für seine Forderung gegen den Zedenten (Pfändungsschuldner) geht. Anders, wenn dieser Sonderfall nicht vorliegt (**RG.** JW. **11** 711, JDR. **10** § 399 BGB. Nr. 2 a). Vgl. auch JDR. **10** § 851 ZPO. Nr. 2.

3. a) Hagelberg, BankA. **11** 188. Gegenstand des Baugeldanspruchs ist Geld. Der Anspruch ist daher, selbst wenn man seine Abtretbarkeit verneint, nach § 851 Abs. 2 pfändbar. Die Pfändung seitens eines Gläubigers, dessen Anspruch nicht auf einer Leistung zum Neubaue beruht, ist aber praktisch wert-

los. Denn der Geldgeber hat gegenüber dem Pfändungsgläubiger alle Einwendungen aus dem Baugeldvertrage, braucht also das Baugeld nicht zu zahlen, wenn feststeht, daß es dem vertragsmäßigen Zwecke entzogen werden würde. **b)** Litterscheidt, JW. **12** 1017. Baugeld ist nur insoweit übertragbar und pfändbar, als es nicht nach § 1 BaufG. zur Befriedigung von Baugläubigern verwendet werden muß. **c)** Hagelberg, JW. **12** 55 — gegen Kiefe, JW. **11** 926 f. JDR. **10** 3 b —. Der Pfändungsgläubiger wird nicht Baugeldempfänger im Sinne des § 1 BaufG. Ihm liegt weder die gesetzliche noch die vertragliche Verwendungspflicht (des Schuldners) ob (vgl. Hagelberg, Komm. Anm. 27, 31, 46 b zu § 1). S. auch JDR. **1** 2, **4** 1, **5** 1, 2, **6** 3, **8** 1, **9** 1, **10** 4.

4. **a)** OLG. **24** 151 (KG.) = DJZ. **11** 708 f. JDR. **10** 4 b. Pfändbarkeit des Anspruchs einer GmbH. gegen einen Gesellschafter auf Zahlung der Stammeinlage. Befugnis des Pfändungsgläubigers, die Bestimmung aus § 46 Nr. 2 GmbHG. zu treffen. **b)** KGBl. **12** 78 (LG. I Berlin 9. ZK.). Der Anspruch der eingetragenen Genossenschaft gegen ihre Genossen auf Einzahlung ihrer Geschäftsanteile ist — ebenso wie der Anspruch der GmbH. gegen die Gesellschafter auf Einzahlung der Stammeinlagen (**RG. 76** 434, OLG. **24** 151 [KG.]) — abtretbar und pfändbar (aM. Parisius-Crüger, GenG. § 7 Erl. 3).

5. HessRspr. **13** 3 (Darmstadt). Wenn auch grundsätzlich die Ausübung der Allmendenutzung der ZwV. zugänglich ist, so ist doch die Pfändung ausgeschlossen, wenn der Berechtigte das, was er auf Grund der Berechtigung erhält, nur zu einem bestimmten Zwecke verwenden, wenn er z. B. Losholz nur als Brennholz im eigenen Haushalte verwerten, nicht aber veräußern darf (HessForststrafG. vom 4. Februar 1837; Art. 39 Ziff. 2 ForststrafG. vom 13. Juli 1904). — Ebenso HessRspr. **13** 141 (Darmstadt).

§ 853. 1. OLG. **25** 206 Anm. 1, RheinA. **109** 165 (Cöln). Ein Urteil, das den Drittschuldner verurteilt, gemäß § 853 den Schuldbetrag für die mehreren Pfändungsgläubiger zu hinterlegen und die Pfändungsbeschlüsse dem Amtsgericht auszuhändigen, ist, soweit es auf Hinterlegung lautet, nach § 887, soweit es auf Aushändigung geht, nach § 883 zu vollstrecken.

2. ThürBl. **59** 28 (Jena) = OLG. **22** 389 f. JDR. **10** 2. Anzeige aus § 853, wenn der erste Pfändungsbeschluß von einem höheren Gericht erlassen ist.

3. **RG.** R. **12** Nr. 1069. Hat der Drittschuldner den Forderungsbetrag unter Verzicht auf das Rücknahmerecht hinterlegt, so kann im Prozeß unter den Forderungsprätendenten das ursprüngliche Recht des Schuldners gegen den Drittschuldner nicht mehr bestritten werden. Denn durch die Anzweifelung dieses Rechtes würde jede Partei ihrem Anspruche den Boden entziehen.

§ 854. *Kuhnt (f. zu § 857) 52 ff. Die durch die Inbesitznahme der Sache seitens des Gerichtsvollziehers für die Anspruchspfandgläubiger gleichzeitig entstehenden Sachpfandrechte haben nicht gleichen Rang, sondern folgen in den Rang der Anspruchspfandrechte (Ausnahme von § 804 Abs. 3); diese Rangsukzession gilt nur im Verhältnisse der früheren Anspruchspfandgläubiger zueinander, nicht auch Sachpfandgläubigern gegenüber, die kein Anspruchspfandrecht hatten. Entsprechende Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei Vollstreckung in Leihmöbel, wenn nach Pfändung des Anspruchs auf Übereignung derselben ein Pfandgläubiger den Möbelverleiher befriedigt und die Sachpfandrechte konvaleszieren.

§ 857. Literatur: Goldbaum, Die ZwV. in die Aufführungsbefugnis, JW. **12** 516—517. — Kuhnt, Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und des Möbelleihers. Berlin 1912. — Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken, GruchotsBeitr. **56** 265—319, 521—574. — Schmitz, Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel, Heidelberger Diss. 1911.

I. 1. *Brecht, JheringsJ. **61** 340 Nr. 1. Die Pfändung von Miteigentum erfolgt durch Beschluß gemäß §§ 828 ff. Es empfiehlt sich, in dem Beschluß anzuordnen, daß die Pfändung durch den zustellenden Gerichtsvollzieher an der Sache selbst ersichtlich gemacht wird.

2. HessRspr. **12** 363 (LG. Gießen). Die Pfändung des Anspruchs eines Ehemanns auf Auseinandersetzung mit seiner Frau bezüglich eines vor der Eheschließung von den Ehegatten zu Miteigentume nach Bruchteilen erworbenen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Mann durch die Eheschließung Nießbrauch am Anteile der Frau erworben hat. Der Nießbrauch des Mannes erstreckt sich nach der Auseinandersetzung auf den Erlös.

3. PosMSchr. **12** 129 (Posen). Die Pfändung von Patentrechten und Gebrauchsmusterschutzrechten erfolgt nach § 857. Fehlt die Anordnung der Veräußerung (§ 850 Abs. 5), so verstößt die Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher gegen das Gesetz. Gleichwohl kommt dem Erwerber sein guter Glaube (Unkenntnis von der Notwendigkeit jener Anordnung und ihrem Fehlen) zustatten (§§ 1273 Abs. 2, 1244, 1233 Abs. 2, 1235 BGB.; vgl. **RG. 61** 330).

4. Goldbaum., JW. **12** 516 ff. Das Verbot der ZwV. in das Recht des Urhebers ohne seine Einwilligung (§ 10 LitUrhG.) gilt auch für die ZwV. in seine einzelnen Befugnisse, bei einem Bühnenwerk also die Aufführungsbefugnis. Gibt der Urheber die Einwilligung, so wird die Aufführungsbefugnis, da ein Drittschuldner fehlt, gemäß § 857 Abs. 2 lediglich durch Zustellung des Verfügungsverbots an den Urheber gepfändet. Die Verwertung erfolgt gemäß § 844. Die ZwV. gegen Rechtsnachfolger des Urhebers — abgesehen von Erben — unterliegt der Beschränkung des § 10 aaO. nicht. In der Hand des Aufführungsagenten ist das ausschließliche Aufführungsrecht — da er es nicht im ganzen übertragen kann — nur der Ausübung nach pfändbar (§ 857 Abs. 3). Gegen den Theaterunternehmer, der nur die Aufführungslizenz für seine Person erworben hat, ist eine Pfändung nicht zulässig.

5. OLG. **25** 194 (KG.). Unter Vermögensrechten im Sinne des § 857 sind nur bestimmte, einzelne, bereits erworbene und einen Vermögenswert in sich tragende Rechte, und zwar nur solche privatrechtlicher Natur zu verstehen (**RG. 51** 120, **70** 226). Danach ist das — dem öffentlichen Rechte angehörende — Recht des Droschkenbesitzers auf Führung der ihm polizeilich zugewiesenen Droschkennummer der Pfändung nicht unterworfen.

6. Jahn, MecklZ. **30** 467, erörtert u. a. die Pfändung von Erträgnissen eines Fideikommisses bei Bestellung eines Fideikommißpflegers nach mecklenburg. Rechte.

7. KGJ. **42** A 228, 241 (KG.). Das Nacherbenrecht ist ein besonders geartetes Recht an der Erbschaft, das nur erbrechtliche, nicht auch sachenrechtliche Wirkungen hat und infolgedessen nicht ein betagtes dingliches Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen begründet. Das Nacherbrecht ist übertragbar und pfändbar. Die Pfändung ist nur dann wirksam, wenn der Hauptanspruch, d. h. das Nacherbenrecht selbst gepfändet wird. Die alleinige Pfändung der Hilfsansprüche, insbesondere des Herausgabeanspruchs gegen den Vorerben (§§ 2130 ff. BGB.) genügt nicht. Ist nur ein Erbe vorhanden, so fehlt es an einem Drittschuldner (§ 857 Abs. 2). Der Vorerbe insbesondere ist nicht Drittschuldner. Sind mehrere Erben vorhanden, so sind die anderen Nacherben Drittschuldner (§§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 3). Für die Hilfsansprüche ist stets ein Drittschuldner vorhanden, meist ist es der Vorerbe. Das Pfandrecht am Nacherbrechte kann als Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen werden (ebenso Güthe [2] § 41 Anm. 6; aM. Fuchs-Arnheim, GBR. II § 52 Anm. 3, Turnau-Förster, LiegR. [3] II § 52 Anm. 7).

8. a) RheinA. **109** I 309 (Düsseldorf). Der Anspruch auf Löschung einer Vormerkung, die sich aus der Aufhebung der ihr zugrunde liegenden einstweiligen Ver-

fügung ergibt, ist nicht pfändbar. Denn er stellt sich als Berichtigungsanspruch dar, der nur insoweit gepfändet werden kann, als die Herstellung des dem dinglichen Hauptrecht entsprechenden Grundbuchinhalts verfolgt wird. **b)** **RG.** ZBlFG. **12** 642. Hat der Grundstückseigentümer die Grundschuld eines Dritten fahrlässig löschen lassen, so besteht neben dem Anspruche des Dritten auf Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894, 901 BGB.) ein selbständiger Schadensersatzanspruch, der selbständig pfändbar ist.

9. OLG. **25** 188 (KG.). Der Berechtigte einer Briefhypothek (Gläubiger oder Eigentümer) hat einen privatrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des neu hergestellten Briefes gegen den Justizfiskus (KGJ. **40** 322, KGBl. **11** 545 [KG.]). Deshalb ist, wenn ein Dritter diesen Anspruch pfändet, gegen die Weigerung des Grundbuchamts, den Brief herauszugeben, nicht Beschwerde nach §§ 71 ff. GBO., sondern nur die Klage gegen den Justizfiskus zulässig.

10. Loewenberg, Zschr. f. BergR. **53** **369.** Ein Kux (§§ 101 ff Pr.ABergG.) wird dadurch gepfändet, daß der Gerichtsvollzieher dem Gewerken den Kuxschein wegnimmt (§ 808). Ist ein Kuxschein nicht ausgefertigt, so wird das Pfändungspfandrecht durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Gewerkschaft begründet (§§ 857, 876 ff). Ausbeute und Auseinandersetzungsguthaben können gepfändet werden, auch wenn die Abtretung vertragsmäßig ausgeschlossen ist. § 851 Abs. 2. Da der Kux ein Mitgliedschaftsrecht darstellt, ist eine Überweisung der Gesamtheit der durch ihn umfaßten Rechte zur Einziehung unzulässig (372). Das Pfändungspfandrecht steht der Anheimstellung des Kuxes (§ 130) nicht entgegen. (**RG.** JW. **92** 155, auf die Dernburg BR. II § 153 Anm. 9 seine abweichende Meinung stützt, betrifft den unbeweglichen Kux).

II. Pfändung eigener Sachen, von Leihmöbeln und des Anspruchs aus dem Möbelleihvertrage. **a)** **RG.** **79** 241, JW. **12** 690. Pfändet der Gerichtsvollzieher eine dem Gläubiger gehörige Sache, so entsteht zwar, solange das Eigentum des Gläubigers dauert, kein Pfändungspfandrecht (**RG.** **60** 72). Daraus folgt aber noch nicht die Unzulässigkeit der Pfändung. Der Gerichtsvollzieher hat nicht die Befugnis, das Eigentum eines Dritten zu schützen (§ 57 Nr. 2 PrGeschAnw., der die Beachtung des dem Gerichtsvollzieher bekannten Eigentums eines Dritten vorschreibt, unterliegt Bedenken); dem Dritten bleibt die klageweise Geltendmachung seines Rechtes überlassen (§ 771). Ebenso kann und darf der Gerichtsvollzieher nicht entscheiden, ob die im Gewahrsame des Schuldners befindliche Sache wirklich Eigentum des Gläubigers ist. Es ist Sache des Schuldners, die nötigen Schritte zu tun, wenn er die Pfändung als eine Verletzung des ihm etwa zustehenden Besitz- und Benutzungsrechts erachtet. Er kann entweder nach § 766 Einwendung erheben (Flechtheim, RheinA. **104** 287, OLG. **18** 400 [München]) oder gegen den Gläubiger Klage erheben (HansGZ. **17** 164 [LG. Hamburg]). Die Pfändung von dem Gläubiger selbst gehörigen, im Gewahrsame des Schuldners befindlichen Sachen ist also — ohne daß es einer Erörterung der sonstigen materiellrechtlichen Folgen eines solchen Verfahrens bedarf — nach den Vorschriften der ZPO. zulässig. **b)** OLG. **25** 173 (München). Kein Pfändungspfandrecht des Abzahlungsverkäufers an der unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Sache ohne Verzicht auf das Eigentum. §§ 1256, 1257 BGB. setzen ein rechtswirksam entstandenes Pfandrecht voraus. **c)** SchlHolstAnz. **12** 106 (Kiel). Der Anspruch auf Übertragung des Eigentums an Leihmöbeln gegen Befriedigung des Verkäufers kann gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden. Der vom Pfändungsgläubiger gezahlte Restkaufpreis gehört zu den Kosten der ZwV. **d)** SchlHolstAnz. **12** 345 (LG. Kiel). Leihmöbel sind seitens Dritter in der Weise anzugreifen, daß der Gläubiger zunächst das durch Zahlung des Restkaufpreises bedingte Eigentumsrecht des Schuldners nach § 857 pfändet (ein Drittschuldner ist

nicht vorhanden, Überweisung zur Einziehung kommt nicht in Frage), durch Zahlung an den Verkäufer das Eigentum des Schuldners zu einem unbedingten macht und dann die Gegenstände selbst pfändet. e) *Brecht, IheringsJ. 61 295, gibt eine Übersicht über Literatur und Rechtsprechung (299 ff.), bekämpft die bisherigen Vorschläge, insbesondere weil sie alle fast die Priorität nicht wahren (314 ff.), und führt aus: A. Zu pfänden ist das zukünftige, für die Zeit nach Zahlung der Restraten dem Käufer dinglich wirksam bestellte Eigentum (s. bei § 158 BGB.). Dadurch wird die Priorität gewahrt und zugleich zugunsten des Gläubigers gegen eine Verweigerung der Zahlungsannahme der § 162 BGB. in Kraft gesetzt (305—313; s. bei § 162 BGB.). — B. Form der Pfändung kann nicht Sachpfändung sein (317 f.), sondern nur Rechtspfändung nach § 857. Damit sich jedoch nicht beim Eintritte der Bedingung im Besitze des Schuldners ungesiegelt ein gepfändeter Gegenstand befindet, ist die sofortige Siegelung oder sonstige Kenntlichmachung im Gerichtsbeschluß anzuordnen; hierdurch wird das Recht des gegenwärtigen Eigentümers nicht verletzt (319 ff.). Die durch Überweisungsbeschluß anzuordnende Verwertung kann nicht durch Versteigerung der Anwartschaft erfolgen (317 b), sondern nur so, daß der Gläubiger die Restraten zahlt und alsdann Sachversteigerung folgt (322 ff.). Die ausgelegte Summe gehört regelmäßig zu den Kosten der Zwangsvollstreckung (wird begründet gegen die Gegner, insbesondere gegen Kaufmann. Das Gericht wird vor der Überweisung vom Gläubiger zweckmäßig die Angabe der Summe fordern; verweigert der Verkäufer die Auskunft und zwar noch nach der Pfändung (wenn auch vor der Überweisung), so gilt die Bedingung wegen § 162 Abs. 1 BGB. als eingetreten (325 ff.). — C. Muster eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses. . . . „Gepfändet wird das angeblich dem Schuldner mit Tilgung der Restkaufschuld ohne weiteres zufallende Eigentum an folgenden, zur Zeit dem Verkäufer gehörigen Sachen. . . . Der mit der Zustellung dieses Beschlusses beauftragte Gerichtsvollzieher hat dafür zu sorgen, daß die Verstrickung der Sachen unverzüglich durch Siegelung oder auf andere Weise ersichtlich gemacht wird. — Der Schuldner hat sich von der Zustellung an jeder Verfügung über das ihm bedingt zustehende Eigentum zu enthalten. Der gegenwärtige Eigentümer darf den Eintritt der Bedingung nicht durch ein Verhalten verhindern, das, wenn auch nur dem Gläubiger gegenüber, wider Treu und Glauben verstößt (z. B. Verweigerung von Auskunft über die Höhe der Restschuld; Ablehnung von Zahlungen, die der Gläubiger zur ordnungsmäßigen Verwertung anbietet). Anderenfalls gilt die Bedingung als eingetreten (§ 162 BGB.). Das gepfändete Recht wird dem Gläubiger zur Verwertung überwiesen. Die Verwertung hat nach Eintritt der Bedingung wie bei gepfändeten Sachen zu erfolgen; zur Herbeiführung der Bedingung können 20 M. Restschuld an den gegenwärtigen Eigentümer mit der Wirkung gezahlt werden, daß diese Auslage zu den Kosten der Zwangsvollstreckung gehört (329 f.)". — D. Pfändung durch den Verkäufer. Da Gegenstand der Pfändung das dem Käufer zustehende künftige Eigentum ist, entfallen die bei der reinen Sachpfändung sich ergebenden theoretischen Schwierigkeiten (332 ff.). Zur Verwertung ist hier die Versteigerung, und zwar zweckmäßig, „nachdem der zeitige Eigentümer seine Einwilligung hinsichtlich seines Anteils gegeben hat", schlechtweg die Versteigerung der Sache selbst anzuordnen. Das ist kein Verzicht des Gläubigers auf sein Eigentum, sondern nur die Erlaubnis zur Veräußerung (334 f.). Über den Fall, wo der Verkäufer nicht wegen der Restforderung, sondern wegen einer anderen Forderung die ZwV. betreibt, s. 335 c. f) *Schmitz. Erster Vollstreckungsweg: Sachpfändung (§ 808 ZPO.), neben Ausschaltung des Verkäufers (Eigentümers) durch Zahlung (oder Angebot) der Restraten. Dieser Weg ist unanwendbar, wenn der Verkäufer, gestützt auf einen Widerspruch des Schuldners (§ 267 BGB.), die Zahlung zurückweist. Zweiter Vollstreckungsweg (stets anwendbar):

Die durch bedingte Übereignung geschaffene, gegen jedermann (§ 161 BGB.) geschützte Anwartschaft, mit Preistilgung Eigentum zu erlangen, ist nach § 857 pfändbar. Pfandverwertung: analog §§ 835 oder 847. Vorzuziehen aus § 835 ist die Überweisung an Zahlungsstatt (bisher nirgends vorgeschlagen), da sie den Pfändungsgläubiger zum Inhaber der Anwartschaft macht und also ihm (bei Restzahlung oder -angebot) das Eigentum an den Leihmöbeln vermittelt. Sonst Versteigerung (§§ 847 Nr. 2, 828) der Anwartschaft (nicht der Sachen): gleichartige Folge in der Person des Erstehers. Zwischenklage des Verkäufers in beiden Fällen ausgeschlossen. g) *Kuhnt, Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und des Möbelleihers 11 ff. § 857 gilt nicht auch für Vollstreckung in sog. bedingtes Eigentum. AM. Gaupp-Stein, Anm. II 9 zu § 857, Seuffert, Anm. 6 zu § 847. S. zu §§ 788 Nr. 3 e, 854. — S. auch JDR. **3** III 5, **4** II 3, **5** II 3, **6** II 3, **7** II, **8** II, **9** I, **10** II.

III. Pfändung der Eigentümerhypothek und des Anspruchs auf den Versteigerungserlös. a) *Mayer, Gruchots Beitr. **56** 284 ff. Obwohl es bei der Pfändung von Eigentümerhypotheken keinen vom Eigentümer (Zwangsvollstreckungsschuldner) verschiedenen Drittschuldner gibt, muß der Pfändungsbeschluß doch nicht nur ein Verfügungsverbot, sondern auch ein Leistungsverbot enthalten, da Grundschuld und Eigentum zwar zur Zeit der Pfändung in einer Person vereinigt sind, aber selbständige, voneinander verschiedene Rechte bleiben, der Eigentümer also wie bei der gewöhnlichen Grundschuld zugleich als Drittschuldner zu behandeln ist (ebenso Güthe, GBO. § 19 Anm. 131; aM. aber jetzt Derselbe, SeuffBl. **76** 613, s. JDR. **10** IV a). Daß die augenblickliche Vereinigung der Stellung als Drittschuldner mit der eines anderen Vollstreckungsbeteiligten das Leistungsverbot nicht entbehrlich macht, ist von **RG. 20** 365 für den Fall, daß der Vollstreckungsgläubiger eine dem Vollstreckungsschuldner gegen ihn (Gl.) selbst zustehende Forderung pfänden läßt, ausdrücklich anerkannt. Die Pfändung künftiger Eigentümerhypotheken ist zwar zulässig, aber bei Buchhypotheken wegen § 40 GBO. niemals, bei Briefhypotheken nur dann durchführbar, wenn sowohl der Vollstreckungsschuldner wie auch der gegenwärtig noch berechtigte Hypothekengläubiger bei der Anwendung von Übergabeersatzmitteln freiwillig mitwirkt (553). — Die Pfändung des auf die Eigentümerhypothek entfallenden Versteigerungserlöses erfolgt gemäß §§ 857 Abs. 1, 829 durch bloßen Pfändungsbeschluß. In gleicher Weise kann auch das künftige Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse gepfändet werden, da die Pfändung künftiger Rechte stets in den Formen der Zwangsvollstreckung in die Vollrechte zu geschehen hat (aM. **RG. 70** 278). Die Pfändung dieses künftigen Rechtes bietet jedoch keinen vollwertigen Ersatz für die Pfändung der Eigentümerhypothek selbst, da jede noch vor dem Zuschlage bewirkte Pfändung der Eigentümerhypothek selbst ihr im Range vorgeht (561). **b)** OLG. **25** 193 (Naumburg). Die bei einer Höchstbetragshypothek vor endgültiger Feststellung der Haftungssumme — mangels Deckung durch eine Forderung — vorläufig entstandene Eigentümergrundschuld kann zwar gepfändet werden, die Pfändung kann aber nicht in das Grundbuch eingetragen werden (**RG. 61** 380, **72** 275, **75** 250). Die Pfändung solcher vorläufig entstandenen Eigentümergrundschuld erfolgt nicht nach Abs. 6, sondern nach Abs. 1, 2 des § 857 (ebenso Predari, GBO. § 19 Anm. 8, Gaupp-Stein II 6 zu § 857 ZPO.). c) DJZ. **12** 927 (Oldenburg). Ist eine Eigentümerhypothek unter Briefübergabe für A. gepfändet, so genügt es nicht, wenn der später pfändende B. den Anspruch des Eigentümers gegen A. auf Herausgabe des Briefes pfändet und sodann mit A. vereinbart, daß er ihm Mitbesitz einräume. Es bedarf einer Mitwirkung des Eigentümers, die dessen ausschließliche Verfügungsgewalt im Falle der Befriedigung des A. durch ihn ausschließt. **d) RG. JW. 12** 297, BayRpflZ.

12 159. Auch die Anwartschaft auf eine künftige Eigentümergrundschuld ist an sich pfändbar (**RG. 51** 116, **56** 14, **61** 376). Bei der Pfändung einer jeden bedingten Eigentümerbuchgrundschuld bereitet aber die nach §§ 857 Abs. 6, 830 erforderliche Eintragung im Grundbuche (**RG. 55** 378) Schwierigkeiten. Denn bedingte Eigentümergrundschulden und Verfügungen darüber (Pfändungen) sind im Grundbuche nicht eintragbar. — Der rein persönliche Anspruch auf Löschung einer Hypothek unterliegt der Pfändung nach § 829; der Eintragung in das Grundbuch bedarf es hierbei nicht. **e**) KGBl. **12** 45 (KG.). Die nach dem Zuschlag ausgebrachte Pfändung des Anspruchs auf Auszahlung des auf eine Hypothek entfallenden Erlöses unterliegt den Vorschriften über die Pfändung gewöhnlicher Geldforderungen (**RG. 63** 216). Drittschuldner ist nur der Subhastat. Unerheblich ist, ob der Versteigerungserlös sich noch im Besitze des Erstehers oder in der vorläufigen Verwahrung des Amtsgerichts oder in der Verwahrung der Hinterlegungsstelle befindet (**RG. 75** 316 f. JDR. **10** IV h). S. auch JDR. **1** 6, **3** II 3, IV, **4** II 2, III, **5** II 2, III, **6** II 2, IV, **7** III 2, V, **8** IV, **9** III, **10** IV.

§ 859. 1. SeuffA. **67** 393 (Dresden). Unzulässig ist auch die Pfändung des Anteils von Gesellschaftern an Forderungen aus Mietverträgen, welche nach Kündigung der Gesellschaft durch einen Gläubiger (§ 725 Abs. 1 BGB.) im Auseinandersetzungsstadium zwecks Verwaltung eines Gesellschaftsgrundstücks geschlossen sind. Denn insoweit gilt die Gesellschaft noch als fortbestehend (§ 730 Abs. 2 BGB.).

2. **RG.** FrankfRundsch. **46** 101, R. **12** Nr. 1230. Bei Pfändung eines Miterbenanteils ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die übrigen Miterben als Drittschuldner (**RG. 49** 405) auch erforderlich, wenn ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist; denn auch dann bleiben die Miterben selbst Träger der unter ihnen bestehenden Rechte und Pflichten.

§ 862. 1. HessRspr. **12** 363 (LG. Darmstadt). Die Ansprüche des elterlichen Gewalthabers, dem die Verwaltung nicht zusteht, aus § 1656 BGB. stehen, wenn sie fällig sind, den erworbenen Früchten gleich (§ 862 Abs. 2 ZPO.), sind also der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der dem Berechtigten den Kindern gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind (§§ 862 Abs. 2, 861 Abs. 1 Satz 2).

2. **a**) ElsLothJZ. **12** 315 (Colmar). Bei der ZwV. gegen einen Franzosen in dessen Nutznießung an der seinen Kindern gegen einen inländischen Schuldner zustehenden Pachtzinsforderung werden die Rechte des Vaters materiell nach französischem Rechte (Art. 15 EGBGB.), die Frage der Pfändbarkeit aber nach deutschem Rechte beurteilt (v. Bar, Internat. Privatr. II, 479). **b**) ElsLothJZ. **12** 315 (Colmar). Hat der Vater die elterliche Gewalt verloren, so hat er mangels eigenen Interesses keine Einwendung gegen die gegen ihn erwirkte Pfändung von Pachtzinsforderungen des Kindesvermögens; dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen bleibt überlassen, Widerspruchsklage (§ 771) zu erheben.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 865. 1. **RG.** VII. LeipzZ. **12** 696. Der Konkursverwalter ist, obgleich die Verfügungsmacht des Gemeinschuldners auf ihn übergegangen ist, nicht berechtigt, nach Aufgabe des Betriebs durch den Verkauf von Zubehörstücken (§§ 1120, 1121 BGB.) den absonderungsberechtigten Hypothekengläubigern Werte zu entziehen. Der Hypothekengläubiger braucht zur Erhaltung seines besseren Rechtes der Verwertung durch den Konkursverwalter nicht zu widersprechen (**RG.** V. **69** 85). S. JDR. **7** 7, **8** 2 a, b, **10** 2.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 798. Wird ein Grundstücksbestandteil oder entgegen dem Verbote des § 865 Abs. 2 Satz 1 Grundstückszubehör im Wege der Mobiliar=

vollstreckung gepfändet, so steht dem Hypothekengläubiger auch die Widerspruchsklage aus § 771 zu (**RG. 55** 207, **69** 93, JW. **08** 563).

3. SächsOLG. **33** 235 (Dresden). § 865 Abs. 2 Satz 1, wonach Sachen, die Zubehör eines Grundstücks sind, nicht gepfändet werden können, untersagt nur die ZwV. in derartige Sachen wegen Geldforderungen. Einer ZwV. aus § 883 steht die Vorschrift nicht entgegen.

4. BuschsZ. **42** 531 (Stettin) behandelt die Unpfändbarkeit von Zubehörstücken eines in Zwangsverwaltung befindlichen Fideikommisses (Zuchtfische in angrenzenden Teichen auf allodialem Besitztume).

§ 866. 1. OLG. **25** 153 (Dresden). Der Eintragung einer Zwangshypothek steht jedenfalls nicht entgegen, daß für dieselbe Forderung auf einem anderen Grundstück eine Vertragshypothek eingetragen ist.

2. **a)** ElsLothNotZ. **12** 256 (Colmar). Auf Grund eines Urteils zur Duldung der Eintragung einer Hypothek kann nicht eine Zwangshypothek eingetragen werden. Die Verurteilung hat vielmehr eine Willenserklärung zum Gegenstand, auf Grund deren erst die Hypothek durch Eintragung zur Entstehung gelangt. **b)** SeuffBl. **12** 439 (KG.). Auf Grund eines Urteils, durch das ein Nachlaßschuldner auf die Klage eines Miterben hin verurteilt ist, die von ihm geschuldete Summe zur Bildung einer Nachlaßmasse zu hinterlegen, kann eine Zwangshypothek nicht eingetragen werden. Denn nach § 1113 Abs. 1 BGB. gehört zum Begriffe der Hypothek, daß die Zahlung aus dem Grundstück „an denjenigen" zu geschehen hat, „zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt", was hier nicht zutrifft. **c)** BadNotZ. **12** 165 (GBA. Weinheim). Auf Grund eines Urteils auf Leistung einer Sicherheit durch Hinterlegung von Geld kann eine Zwangshypothek nicht eingetragen werden. Nur Vollstreckung nach § 887 kommt in Frage.

3. RJA. **11** 141, DJZ. **12** 105, 759 (BayObLG.) = BayObLG. **12** 200 f. JDR. **10** 3. Unzulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek, auch wenn die den Gegenstand mehrerer vollstreckbarer Schuldtitel bildenden Forderungen Teile einer einheitlichen Forderung des Gläubigers sind, jedoch nur zusammen den Betrag von 300 M. übersteigen.

§ 867. 1. **a)** SchlHolstAnz. **12** 363 (Kiel). Liegt zur Zeit der Eintragung ein vollstreckbarer Titel gegen den Eigentümer des Grundstücks nicht vor, so ist die gleichwohl eingetragene Zwangshypothek nichtig, da eine für den Beginn der ZwV. nötige Voraussetzung fehlt (§ 750). **b)** ZBlFG. **13** 119, R. **12** Nr. 1662 (KG.) = RJA. **11** 242 f. JDR. **10** 1. Nichtigkeit einer Zwangshypothek beim Fehlen einer Voraussetzung für die ZwV. **c)** OLG. **25** 198 (KG. I.). Ist die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängig, so ist eine Zwangshypothek, welche gegen den Schuldner eingetragen wird, nichtig, wenn nicht zuvor die Voraussetzungen des § 765 erfüllt sind. § 868 Abs. 1, wonach der Eigentümer die Zwangshypothek auch dann erwirbt, wenn die ZwV. durch eine vollstreckbare Entscheidung für unzulässig erklärt wird, hat im Anschluß an § 775 Abs. 1 nur den Fall im Auge, daß der Schuldtitel in seiner Wirksamkeit beseitigt und dadurch die Vornahme der Vollstreckung auf Grund des Titels für unzulässig erklärt wird, nicht dagegen den Fall, daß wegen Nichtvorliegens einer Vollstreckungsvoraussetzung nur eine einzelne Vollstreckungsmaßregel unzulässig ist (Güthe, GBO. 109 § 19, Turnau-Förster 1050, Fischer-Schäfer, ZwV. 111; aM. Predari, GBO. 355, Gaupp-Stein § 867 II, Oberneck, GrdbR. II, 451, Jäger, KO. 22 § 14). **d)** OLG. **25** 153, SächsOLG. **33** 316 (Dresden). Da die Eintragung der Zwangshypothek ein Vollstreckungsakt ist, so darf sie nur erfolgen, wenn sämtliche Erfordernisse für den Beginn der Vollstreckung vorliegen. Dazu gehört, wenn die Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger auf Grund einer Abtretungsurkunde erteilt ist, die Zustellung einer Abschrift dieser

Urkunde (§ 750 Abs. 2). e) Schulze, ZBlFG. **13** 197. Ebenso wie beim Fehlen des vollstreckbaren Titels (**RG. 70** 353) ist auch beim Fehlen anderer formeller Voraussetzungen der ZwV. die gleichwohl eingetragene Zwangshypothek nichtig. Dies gilt insbesondere auch bei Eintragung unter Verletzung des § 765.

2. a) OLG. **25** 153 (Dresden). Gegen unzulässige Eintragung einer Zwangshypothek nicht Beschwerde nach ZPO., sondern Rechtsbehelfe der Grundbuchordnung (§ 71 Abs. 2 GBO.) b) du Chesne, WürttZ. **12** 33. Gegen die Eintragung einer Zwangshypothek finden die grundbuchprozessualen Behelfe (§§ 54, 71 Abs. 2 GBO.) nur statt, wenn der zur Zwangseintragung erforderliche Titel nicht in Ordnung ist. Zur Geltendmachung der Unzulässigkeit der Eintragung wegen Sicherung der Forderung durch Vertragshypotheken (beneficium excussionis realis) ist nur der Klageweg offen (aM. KGJ. **27** A 138 [KG.]).

3. a) Heymann, DJZ. **12** 511. Die Kosten der Eintragung der Zwangshypothek in das Grundbuch, für die das Grundstück kraft Gesetzes haftet, sind nicht eintragungsfähig (§ 867 Abs. 1 Satz 2, OLG. **3** 441), wohl aber die Kosten einer früheren fruchtlosen ZwV. S. auch zu § 788. b) Dagegen teilt Freymuth, DJZ. **12** 685 einen Beschluß des KG. vom 13. Januar 1908 mit, wonach die Eintragung bei gegenwärtigen Kosten zwar nicht nötig, aber zulässig ist.

4. Abs. 2. a) RheinABR. **29** 136, R. **12** Nr. 261 u. Nr. 1666 (KG.). Bei der Zwangshypothek ist der Betrag der Forderung auf die einzelnen Nummern des gemeinschaftlichen Blattes (§§ 4, 86 GBO.) zu verteilen, auch wenn sie wirtschaftlich eine Einheit bilden. Dies gilt auch wenn das bisherige preußische Formular II gemäß § 87 GBO., §§ 27, 28 PrJMVf. vom 20. November 1899 als gemeinschaftliches Grundbuchblatt fortgeführt wird. b) SeuffBl. **12** 263 (Ungenannt). Die Verteilung des Betrags der Forderung auf die einzelnen Grundstücke ist ein notwendiger Bestandteil des Eintragungsantrags. Fehlt sie, so ist der Antrag ohne weiteres zurückzuweisen, nicht eine Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO. zu erlassen. Denn der Richter darf eine Verteilung, wie sie Voraussetzung für eine Amtsvormerkung aus § 18 Abs. 2 aaO. wäre, nicht vornehmen (aM. Schneider, BayRpflZ. **10** 379).

§ 868. (§ 932 Abs. 2.) a) **RG. 78** 398, JW. **12** 645, R. **12** Nr. 1346, 1347, 1350. § 868 Abs. 1 ZPO. ist dem § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. nachgebildet. Deshalb ist dort wie hier unter dem Eigentümer, der die Hypothek erwirbt, derjenige zu verstehen, dem zur Zeit des Eintritts des den Erwerb herbeiführenden Tatbestandes das Grundstück gehört. Dies gilt auch für Arresthypotheken (§ 932 Abs. 2). — Zu beachten ist jedoch, daß neben § 868 ZPO. die materiell-rechtlichen Bestimmungen des BGB. über den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer zur Anwendung kommen. Darunter auch § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. (vgl. Prot. III, 707). Demnach ist z. B. bei Aufhebung eines Arrestbefehls nach inzwischen eingetretenem Eigentumswechsel zu prüfen, ob etwa die durch den Arrest gegen den früheren Eigentümer gesicherte Forderung gar nicht bestanden hat. Insoweit dies der Fall ist, würde nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. die Arresthypothek von vornherein als Grundschuld dem früheren Eigentümer zugestanden haben und ein Erwerb der Hypothek durch den jetzigen Eigentümer nach §§ 868 Abs. 1, 932 Abs. 2 ZPO. nicht mehr in Frage kommen können. — Das durch diese Entscheidung aufgehobene Urteil des KG., nach welchem die Arrestsicherungshypothek nach Aufhebung des Arrestes stets dem Arrestbeklagten zusteht, wird SeuffA. **67** 171 mitgeteilt. b) LeipzZ. **12** 713 (Dresden). Eine entgegen § 14 Abs. 1 KO. eingetragene Arrest- oder Zwangshypothek wird nicht zur Eigentümergrundschuld. § 868 umfaßt nur Fälle, in denen es nicht an einer Voraussetzung für die ZwV. und damit für die Eintragung der Zwangshypothek gefehlt hat, sondern die wirksame Hypothekeneintragung durch einen nachfolgenden prozessualen Vorgang in der Weise beeinflußt wird, daß eine

sonstige Maßregel der ZwV. nach § 776 Satz 1 aufzuheben wäre (ebenso Güthe, Vorbem. 75 vor § 13 GBO.; aM. Jaeger, Anm. 22 zu § 14 KO., Predari, GBO. 356).

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 874. Literatur: Marcus, Der Rechnungsverständige im Verteilungsverfahren der ZPO., BuschsZ. **42** 329—336.

*Marcus. Der Teilungsplan ist von dem Gericht aufzustellen. Der Richter kann sich hierzu der Hilfe des Gerichtsschreibers bedienen. Unzulässig ist es jedoch, einen besonders bestellten Rechnungsverständigen (Kalkulator) zuzuziehen und diesem Rechnungs- oder Sachverständigengebühren zuzubilligen.

§ 878. 1. HessRspr. **13** 72 (Darmstadt). Im Verteilungsverfahren kann ein mitbeteiligter Gläubiger auch gegen die durch Urteil für einen anderen beteiligten Gläubiger festgestellte Forderung Einwendungen erheben, indem er dadurch das von dem anderen beanspruchte Vorzugsrecht bestreitet.

2. BadRpr. **12** 127 (Karlsruhe). Die Klagefrist von einem Monat ist eine Präklusivfrist, keine Notfrist, kann deshalb durch Vereinbarung der am Verteilungsstreite beteiligten Gläubiger verlängert werden (§ 224).

3. KGBl. **12** 7 (LG. I Berlin 9. ZK.). Ist das AG. Prozeßgericht, so wird der nach § 878 erforderliche Nachweis durch die Bezugnahme auf die Akten, aus denen sich die Klageinreichung ergibt, geführt (ebenso KGBl. **11** 45 [LG. III Berlin]) s. JDR. **10** 3.

§ 879. 1. OLG. **25** 200, SeuffA. **67** 340 (Posen). § 879 bezweckt, alle innerhalb eines Verteilungsverfahrens vorkommenden Streitigkeiten der Prätendenten vor einen einzigen Gerichtsstand zu verweisen, greift deshalb auch Platz, wenn der Teilungsstreit, was auf Grund einer Parteivereinbarung stets zulässig ist, in umgekehrten Parteirollen geführt wird (GruchotsBeitr. **42** 746, JW. **98** 99).

2. KGBl. **12** 7 (LG. I Berlin 9. ZK.). Durch § 879 wird, wie Abs. 2 ergibt, nicht nur örtlich, sondern auch sachlich ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet. Da nach dem Zwecke des Gesetzes über einen Widerspruch nur einheitlich entschieden werden soll, so ist die Teilung des Objekts zwecks Begründung der Zuständigkeit des AG. unzulässig.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

§ 883. 1. SeuffBl. **12** 344 (Dresden). Die Verurteilung zur Vorlegung von Büchern ist nach § 883 zu vollstrecken. — ZwV. auf Vorlegung von Urkunden s. auch unten zu § 888 Nr. 2 c.

2. RheinA. **109** 165 (Cöln). § 883 findet entsprechende Anwendung, wenn eine Sache nicht an den Gläubiger selbst, sondern — wie im Falle des § 853 die Pfändungsbeschlüsse — für und im Interesse des Gläubigers an ein AG. herauszugeben ist.

3. PrJMBl. **12** 181 (AVf. vom 31. Mai 1912). Bei der ZwV. in Ansprüche auf Herausgabe von Gegenständen, die bei einer preuß. Justizbehörde hinterlegt in vorläufige Verwahrung genommen sind oder sonst verwahrt werden, vertritt den preuß. Justizfiskus als Drittschuldner der Vorstand derjenigen Behörde, bei welcher der Gegenstand verwahrt wird.

4. Voraussetzungen für die Vollstreckung des Herausgabeanspruchs, wenn der Schuldner zur Zahlung hilfsweise zur Herausgabe einer Sache verurteilt ist s. zu § 726.

§ 885. 1. Crasemann, R. **12** 195. Wird die von der Ehefrau allein gemietete Wohnung auch von ihrem Ehemanne mit bewohnt, so bedarf es, um Räumung zu erzwingen auch eines Titels gegen diesen als den Haushaltungsvorstand und Besitzer (§ 858 BGB.).

2. Müller, PrVerwBl. **34** 15. Der Gerichtsvollzieher muß bei der Wegschaffung der Sachen den öffentlichen Verkehr berücksichtigen. Damit, die Sachen auf die Straße zu setzen und dort dem — anwesenden — Schuldner, einem Bevollmächtigten, einer zur Familie des Schuldners gehörigen oder in ihr dienenden Person zu übergeben oder zur Verfügung zu stellen, wird sich der Gerichtsvollzieher nur dann begnügen dürfen, wenn die Gewähr besteht, daß der Schuldner oder sein Vertreter die Sachen alsbald annimmt und fortschafft (vgl. § 80 Nr. 5 GeschAnw. f. GerVollz. vom 12. Dezember 1899). — Hat die Polizei die stehen gelassenen Sachen fortgeschafft, so haften ihr — in entsprechender Anwendung der §§ 677 ff. BGB. — der Gläubiger und der Schuldner als Gesamtschuldner (§ 421 BGB.) für die dadurch entstehenden Kosten.

§§ 887 ff. 1. a) SeuffA. **67** 35 = HessRspr. **12** 177 f. JDR. **10** 2. Fassung des Urteilsspruchs und des ZwV.antrags bei Immissionsstreitigkeiten. b) Ebenso OLG. **25** 203 (Düsseldorf).

2. OLG. **25** 209 (KG.). Ist dem Beklagten durch einstweilige Verfügung eine Handlung aufgegeben, so entscheidet darüber, ob § 887 oder § 888 anzuwenden ist, allein die Natur der Handlung, nicht die darüber in der einstweiligen Verfügung etwa getroffene Bestimmung. Es ist bedeutungslos, wenn in der einstweiligen Verfügung etwa auf Zwangsmaßregeln aus § 888 hingewiesen ist (**RG. 24** 380). — Der Antrag auf Anwendung der Zwangsmittel aus §§ 887, 888 erfordert nur die Behauptung nicht den Nachweis der Nichterfüllung der Handlung. Eine Prüfung, ob die Handlung bereits vorgenommen ist, liegt dem Gerichte nicht ob. Der Schuldner kann die Erfüllung bei ZwV. aus Urteilen nur mittels Klage aus § 767, bei ZwV. aus Arrestbefehlen nur mit dem Rechtsbehelfe des § 927 geltend machen. Dreht sich aber der Streit nur darum, ob eine bestimmte Handlung als Erfüllung genügt, bestreitet der Gläubiger dies und stellt er neue Anträge, so liegt dem Schuldner ob, im ZwV. nachzuweisen — auch bei einstweiliger Verfügung nicht nur glaubhaft zu machen —, daß das Geleistete vollständig die ihm gemachte Auflage erschöpft (Mot. z. BGB. II, 279, **RG. 37** 406, **41** 223, Eccius, Pr. PrivR. I § 54 Anm. 12).

3. OLG. **25** 201 (München). Ist der Schuldner zu einer vertretbaren Handlung (§ 887) verurteilt, so ist Vollstreckung nach § 888 auch dann unzulässig, wenn das Urteil — zu Unrecht — eine Strafandrohung enthält. Die Strafandrohung ist im Falle des § 888 im Gegensatze zu § 890 mit Rücksicht auf § 891 überflüssig und überhaupt nicht Urteilsbestandteil (JW. **09** 28).

§ 887. 1. a) BadRpr. **12** 219 (LG. Karlsruhe). Die Verurteilung zur Zahlung an einen Dritten geht nicht auf eine Geldforderung im Sinne der §§ 803 ff., sondern auf eine vertretbare Handlung im Sinne des § 887. Ausschlaggebend ist, daß §§ 815, 835 nur den „Gläubiger" als Empfangs- bzw. Einziehungsberechtigten bezeichnen (Zusammenstellungen über die Streitfrage: Fuchs, BuschsZ. **23** 187, Meyer, BuschsZ. **35** 229). b) SeuffBl. **12** 375 (Augsburg). Bei der Hinterlegung eines Geldbetrags — von dem noch ungewiß ist, welche der streitenden Parteien eines anderen Rechtsstreits ihn für sich zu beanspruchen hat — handelt es sich nicht um Befriedigung einer Geldforderung, sondern um Vornahme einer Handlung, die nicht nach den Bestimmungen des 2. Abschnitts, sondern nur nach denen des 3. Abschnitts des 8. Buches der ZPO. erzwungen werden kann. Da die zu erzwingende Handlung vertretbar ist, erfolgt die Vollstreckung nach § 887 (ebenso Petersen, Gaupp, Freudenthal). S. auch JDR. **1** 7, **4** 3, **6** 1, **9** 1 a und zu § 803 **1** 1, **3** 2, **4** c. c) ZwV. auf Hinterlegung gemäß § 853 s. dort. d) SeuffBl. **12** 200, SächsOLG. **33** 517 (Dresden). Enthält die Verurteilung zur Einräumung einer Hypothek von bestimmtem Range nach Lage des Falles die Verpflichtung, die vorgehende Post eines Dritten zur Löschung zu

bringen, so kann nur eine ZwV. aus § 887 (vorausgesetzt, daß der Dritte zum Verzicht auf die Post gegen Zahlung seiner Forderung verpflichtet ist), nicht aus § 888 in Frage kommen.

2. OLG. 25 204 (KG.). Unzulässig ist, im Verfahren gemäß § 887 dem Beklagten selbst die Ausführung der Arbeiten aufzugeben oder zu übertragen.

3. OLG. 25 202 (Cöln). Ist der Schuldner zu einer genau bestimmten Handlung verurteilt, so kann er den Einwand, diese Handlung geleistet zu haben, nur mit Klage gemäß § 767 geltend machen (Gaupp-Stein II, 3 zu § 887). Lautet das Urteil nicht auf eine genau bestimmte Handlung (z. B. auf Unterlassung von Immissionen), so ist darüber, was der Schuldner im einzelnen zu tun hat, um dem Urteile zu genügen, im Vollstreckungsverfahren zu entscheiden.

§ 888. 1. a) OLG. 25 209 (KG.). § 888 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung Geldaufwendungen machen muß. Die Verurteilung, dafür zu sorgen, daß in einer Warmwasseranlage das erforderliche Wasser stets vorhanden sei, ist deshalb nach § 888 zu vollstrecken. Daß der Schuldner die Heizung durch einen Angestellten bedienen läßt, schließt ebenfalls nicht aus, daß die Vornahme ausschließlich von seinem Willen abhängt (JW. **97** 569). b) Gauß, DJZ. **12** 1293. § 888 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner, um dem Urteile zu genügen, Geld aufwenden muß, sofern er solches besitzt oder in der Lage ist, sich solches zu beschaffen.

2. a) KGBl. **12** 131 (KG.). Die Verurteilung zur Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH. ist nicht die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, sondern zur Vornahme einer Handlung im Sinne des § 888. b) BadRpr. **12** 198 (Karlsruhe). Die Verurteilung einer Gewerkschaft, den Kläger im Gewerkenbuche zu streichen, ist nach § 888 zu vollstrecken. c) Schl. HolstAnz. **12** 175 (Kiel). Ist der Schuldner zur Vorlegung von Urkunden (oder zur Gestattung der Einsicht in sie) verurteilt, so liegt darin — von Ausnahmefällen (z. B. § 896 BGB.) abgesehen — etwas Minderes als in der Verurteilung zur Herausgabe. § 883 ZPO. ist deshalb nicht anwendbar. Ob § 887 (so Staudinger, Anm. V c zu § 809 BGB.) oder § 888 (so Komm. v. RGR. Anm. 1 zu § 811 BGB.) anzuwenden ist, ist streitig. § 888 findet jedenfalls dann Anwendung, wenn dem Schuldner nicht zuzumuten ist, seine Geschäftspapiere durch einen Dritten durchsuchen zu lassen. — Das Recht auf Einsichtnahme kann auch durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. d) **RG. 78** 190. Ein konsulargerichtliches Urteil, das den Beklagten verurteilt, mit dem Kläger Schrâ zu machen, d. h. sich gegenseitig zu verpflichten, den Streitfall vor dem marokkanischen Kadi entscheiden zu lassen, ist nach § 888 zu vollstrecken.

3. SächsOLG. **33** 237, OLG. **25** 211 (Dresden). Unter das Verbot der „Einziehung" von Geldbeträgen für einen anderen fällt nicht ohne weiteres auch dasjenige der Annahme von Geldern, die ohne Zutun des Betroffenen diesem zugehen. Das Verbot der „Innebehaltung" der Gelder enthält kein Unterlassungsgebot, sondern das Gebot der Vornahme einer Handlung, nämlich der Ablieferung.

4. a) BadRpr. **12** 198 (Karlsruhe). Die Frage, ob der Beklagte dem Urteile genügt hat, ist nicht schon vor Androhung, sondern erst bei Prüfung des Antrags auf Festsetzung der Strafe aus § 888 zu prüfen. Nur wenn schon unbestritten feststeht, daß dem Urteile genügt ist, ist auch eine Androhung unzulässig. b) OLG. **25** 206 (Colmar). Hat der zur Rechnungslegung verurteilte Schuldner eine äußerlich nicht zu beanstandende Rechnung im Sinne des § 259 BGB. gelegt, so ist im Vollstreckungsverfahren für eine weitere Nachprüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit kein Raum (OLG. **7** 326, JW. **98** 357). Dem Kläger muß überlassen bleiben, den Offenbarungseid zu verlangen.

5. Neumann, DJZ. **12** 1239. Da nach §§ 32, 34 PrSchiedsmannsO. bei ZwV. aus den von einem Schiedsmanne geschlossenen Vergleichen die Vorschriften der ZPO. über die ZwV. aus notariellen Urkunden entsprechende Anwendung finden, so ist als Prozeßgericht im Sinne des § 888 ZPO. — z. B. bei vergleichsweiser Verpflichtung zur Leistung einer Abbitte — dasjenige Gericht anzusehen, das im § 797 Abs. 5 für Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel berufen ist.

6. SeuffBl. **12** 374 (Dresden). Die Strafen aus § 888 sind nicht von Amts wegen, sondern auf Betreiben der beteiligten Partei zu vollstrecken (**RG. 53** 181, SächsGeschO. f. d. Justizbeh. § 1055 Abs. 2). Ist der Schuldner der ihm auferlegten Verpflichtung nachgekommen, so darf die Strafe nicht mehr vollstreckt werden.

§ 890. 1. **a)** Baum, JW. **12** 664. Soweit aus der Konkurrenzklausel dem Prinzipale vertragsmäßig ein Anspruch gegen den kontraktbrüchigen Angestellten auf Unterlassung der Dienste bei einem anderen Prinzipal erwächst (vgl. **RG. 72** 393), ist dieser Anspruch klagbar. Ein daraufhin ergehendes Urteil kann aber nicht vollstreckt werden (§ 888 Abs. 2), denn auch die Unterlassungspflicht stellt sich als Teil der vertraglichen Pflicht zur Dienstleistung aus dem Dienstvertrage dar. **b)** Dagegen v. Ziegler, JW. **12** 773. Unterlassung der Konkurrenztätigkeit ist keine Dienstleistung im Sinne des § 888 Abs. 2, wonach nur die auf Arbeit beim Prinzipale gerichtete Dienstpflicht nicht erzwungen werden soll. Urteile auf Unterlassung von Konkurrenztätigkeit sind nach § 890 zu vollstrecken.

2. **a)** **RG. 77** 217 = JW. **11** 981 s. JDR. **10** Nr. 2 c. Keine zivilrechtliche Strafandrohung, wo die Zuwiderhandlung gegen das Urteil zugleich gegen eine im Offizialverfahren anzuwendende staatliche Strafnorm verstößt. **b)** Dagegen Lesser ABürgR. **38** 115. Die Unterlassungsklage wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Zuwiderhandlung zugleich mit einer öffentlichen Strafe bedroht ist.

3. OLG. **25** 207 Anm. 1 (KG.). Die Strafandrohung gemäß § 890 setzt nicht den Nachweis einer Zuwiderhandlung nach Zustellung des Urteils voraus.

4. OLG. **25** 208 (Dresden). Auf die ZwV. nach § 890 sind die Grundsätze des Strafrechts insoweit anzuwenden, als der Schuldner nur bestraft werden kann, wenn ihm sein rechtsverletzendes Verhalten als Verschuldung anzurechnen ist (**RG. 36** 418, **43** 398, **53** 183). Hat der Beklagte zur Beseitigung von Störungen alles getan, was er nach Lage des Falles zunächst für ausreichend erachten konnte, so muß der Kläger, wenn er sich damit nicht begnügen will, den Beklagten hiervon benachrichtigen, ehe er einen Antrag auf Straffestsetzung stellt.

5. OLG. **25** 207 Anm. 1 (KG.). Eine rechtskräftig aus § 890 festgesetzte Strafe ist ohne Rücksicht auf einen nachträglichen Vergleich der Parteien oder die Rücknahme des Strafantrags von Amts wegen auf Grund eines Auftrags des Prozeßgerichts einzuziehen.

§ 891. 1. SeuffBl. **12** 344 (Dresden). Dem Erfordernisse, daß der Schuldner zu hören ist, ist nicht genügt, wenn er ohne Mitteilung des Antrags des Gläubigers lediglich unter Angabe des Rubrums zu einem Termine geladen worden ist.

2. OLG. **25** 207, SeuffA. **67** 342 (München). Im Straffestsetzungsverfahren ist eine Einschränkung des an sich unzweifelhaften Urteilsspruchs unter Heranziehung der Entscheidungsgründe unzulässig.

§ 893. OLG. **25** 205 (Stuttgart). Ist der beklagte Gewerbetreibende auf die negatoria zur Vornahme von bestimmten, die Immissionen hindernden Einrichtungen verurteilt, so kann der Kläger erforderlichenfalls Schadensersatz auf Grund des § 26 GewO. verlangen. § 283 BGB., der nur für das Schuldrecht gilt, findet keine Anwendung.

§ 894. 1. OLG. **25** 212 (Colmar). Die Verurteilung des Beklagten zur Duldung der Eintragung einer Hypothek enthält die Verurteilung, daß der Beklagte die Eintragung bewilligen solle. Das Urteil ist also nach § 894 zu vollstrecken.

2. a) **RG.** SeuffA. **67** 124 = **RG. 76** 409 f. JDR. **10** 1 a. Die Verurteilung zur Erklärung oder Entgegennahme der Auflassung ist regelmäßig einer weiteren Vollstreckung nicht fähig. **b)** OLG. **25** 213 (KG.). Wenn auch in den Fällen des § 894 neben der rechtskräftigen Verurteilung (zur Abgabe einer Willenserklärung) ein weiterer Zwang gegen den Schuldner nicht ausgeübt wird, so stellen doch die auf Grund solcher Verurteilung vom Gläubiger an das Grundbuchamt gerichteten Anträge Vollstreckungshandlungen dar (ebenso KGJ. **26** A 260 [KG.], **RG. 62** 15).

3. SächsOLG. **33** 121 (Dresden) = SeuffBl. **11** 676 f. JDR. **10** 3. Aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile, das den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, findet ZwV. weder nach § 887 noch nach § 888 statt. Soweit nicht § 895 Platz greift, hat die vorläufige Vollstreckbarkeit nur für die Kosten Bedeutung.

§§ 897, 898. RG. 77 24 = JW. **11** 818 f. JDR. **10**. Im Falle der §§ 897, 898 schadet — in Abweichung von der Regel — der schlechte Glaube des Gerichtsvollziehers dem Gläubiger, weil jener hier als Vertreter auftritt.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

§§ 899 ff. Literatur: Königsberger, Zur Reform des Offenbarungseidsverfahrens, DJZ. **12** 807. — Neumann, Zur Reform des Offenbarungseidsverfahrens, JW. **12** 232—233. — Simon, Zur Reform des Offenbarungseidsverfahrens, R. **12** 489. — Warschauer, Zum Offenbarungseidsverfahren, BuschsZ. **42** 434—442.

Im Anschluß an ihre frühere Eingabe (s. JDR. **10** a) haben die Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin in einer zweiten Eingabe an den Staatssekretär des RJA. vom 21. Dezember 1911 weitere Reformvorschläge gemacht, die Neumann und Warschauer aaO. besprechen.

§ 899. 1. a) KGBl. **12** 53 (LG. I Berlin 9. ZK.). Bei juristischen Personen ist das Amtsgericht des Sitzes für die Eidesleistung zuständig. Ist als Sitz eines eingetragenen Vereins „Berlin" bezeichnet, so ist ohne Rücksicht darauf, in welchem Ortsteile die Verwaltung geführt wird, der Bezirk des Amtsgerichts Berlin-Mitte als Sitz des Vereins anzusehen; gleichgültig ist, ob die Bestimmung des Sitzes vor oder nach der Zerteilung Berlins in mehrere Gerichtsbezirke erfolgt ist. **b)** OLG. **25** 176 (Posen). Der Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft hat da über die Liquidationsmasse den Offenbarungseid zu leisten, wo die Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung ihren Sitz hatte.

2. a) Neumann, JW. **12** 118 — gegen Crasemann, DJZ. **11** 1549. Nach § 802 ist nur die Übertragung des gesamten Offenbarungseidsverfahrens auf ein anderes Gericht als das nach § 899 zuständige unzulässig. Der Eidesabnahme durch ein anderes Gericht auf Grund Ersuchens gemäß § 479 steht nichts entgegen (ebenso die Mot. zu § 441 aF.). **b)** Ebenso R. **12** Nr. 2973 (Hamm). Das Ersuchen um Abnahme des Eides kann auch schon gestellt werden, ehe ein Termin zur Eidesabnahme vor dem zuständigen Amtsgerichte stattgefunden hat.

§ 900. 1. a) SeuffBl. **12** 295 (Dresden). Einwand der Schikane gegen die Ladung zur Leistung des Offenbarungseids an sich zulässig. **b)** KGBl. **12** 67 (LG. I Berlin 9. ZK.). Auch im Offenbarungseidsverfahren kann die Einrede der Rechtshängigkeit (§ 263 Nr. 1) erhoben werden. **c)** NaumburgAK. **12** 71 (LG. Halle). Stundungseinrede ist nach Lage des Falles als keine den Anspruch selbst befristende Vereinbarung, sondern lediglich als Abkommen über die zukünftige ZwV. aufgefaßt. Deshalb Geltendmachung im Offenbarungseidsverfahren selbst zulässig. Sonst nur Vollstreckungsgegenklage.

2. BadRpr. **12** 38 (Karlsruhe). Ein Widerspruch des Schuldners ist nur dann zu berücksichtigen, wenn er im Termine mündlich vorgetragen wird (Gaupp-Stein § 900 Anm. IV 3 u. Zitate; aM. Seuffert [11] § 900 Anm. 3 e). —

Ebenso HansGZ. **12** Beibl. 276 (Hamburg). Erscheint der Schuldner nicht, so kann dagegen der Gläubiger schriftlich Haftantrag stellen.

3. Neumann, R. **12** 124. Soweit es sich nur um eine von Amts wegen zu prüfende Prozeßvoraussetzung der ZwV. handelt (z. B. Ordnungsmäßigkeit der Ladung, Prozeßfähigkeit des Schuldners, Zuständigkeit des Gerichts), ist im Offenbarungseidverfahren weder für eine Erinnerung (so Franke, Offenbarungseid 90, Petersen-Anger, Anm. 2 zu § 899), noch für einen Widerspruch (so Gaupp-Stein, Anm. zu § 899, Hein, ZwV. 476) Raum, vielmehr über die Anträge des Gläubigers in der Sache selbst zu entscheiden.

4. KGBl. **12** 6 (LG. I Berlin 9. ZK.). Der Beschluß über den Widerspruch bedarf der Verkündung nur dann, wenn er unmittelbar im Anschluß an die mündliche Verhandlung über den Widerspruch ergeht (§ 329 Abs. 1 ZPO.). Ist dies nicht der Fall, so genügt, um ihn wirksam werden zu lassen, die Zustellung an einen Beteiligten. Ist nur die Zustellung an den Schuldner unterblieben, so war nur die Beschwerdefrist gegen ihn noch nicht in Lauf gesetzt (§ 577 Abs. 2 Satz 1).

5. Holländer, DJZ. **12** 159 f. Der Streitwert beim Offenbarungseidverfahren wegen eines Teilanspruchs ist vom Gerichte nach freiem Ermessen festzusetzen.

§ 901. 1. a) SächsOLG. **33** 242 (Dresden). Gegen den zur Erzwingung des Offenbarungseids erlassenen Haftbefehl findet sofortige Beschwerde statt (§ 793). Haben die Parteien vereinbart, daß das ZwV.verfahren ruhen soll, so darf Haftbefehl nicht erlassen werden. b) SeuffA. **67** 125 (Cassel). Gegen den Haftbefehl steht dem Schuldner sofortige Beschwerde (§ 793), nicht Erinnerung (§ 766) zu, da dem Schuldner durch die Ladung zum Offenbarungseide Gelegenheit zur Erklärung über die Anordnung der Haft gegeben ist. Vgl. oben zu § 793. c) Ebenso RheinA. **109** 187 (Düsseldorf) und d) PosMSchr. **12** 104. e) Jacobus, PosMSchr. **12** 64. f) Derselbe aaO. Hat der Schuldner nach der Haftanordnung den Offenbarungseid geleistet, wird der Haftbefehl aber gleichwohl vollstreckt, so hat der Schuldner, wenn die Eidesleistung in demselben Verfahren erfolgte, die Erinnerung aus § 766, wenn in einem anderen Verfahren, die sofortige Beschwerde. S. auch JDR. **9** 2 a, **10** 2 a.

2. Doemens, DRZ. **13** 28, wendet sich gegen die nachsichtige Vollstreckung des Haftbefehls in der Praxis der Gerichtsvollzieher.

§ 902. 1. OLG. **25** 221, SächsOLG. **33** 441 (Dresden). Nur der verhaftete Schuldner kann nach § 902 Abs. 1 jederzeit beim Amtsgerichte des Haftorts die Abnahme des Offenbarungseids verlangen. Der nicht verhaftete Schuldner, gegen den Haftbefehl erlassen ist, kann sich zwar auch jederzeit zur Eidesleistung erbieten. Der Eid kann ihm aber nur in einem Termin abgenommen werden, zu dem der Gläubiger ordnungsmäßig geladen worden ist (ebenso OLG. **14** 190, aM. dort 192).

2. KGBl. **12** 35 (LG. III Berlin). Die Abnahme des Offenbarungseids in der Wohnung des Schuldners ist im Falle dringenden Bedürfnisses zuläßig. Ist bereits Haftbefehl erlassen, der Schuldner aber haftunfähig, so findet Eidesabnahme in der Wohnung nur statt, wenn der Schuldner es beantragt (§ 902 analog) oder der Gläubiger die Bereitwilligkeit des Schuldners zur Eidesleistung nachweist.

§ 903. Literatur: Siebe, Kann der Schuldner sich mittels sofortiger Beschwerde gegen die Anordnung der Haft auf den innerhalb der letzten fünf Jahre geleisteten Offenbarungseid berufen? JW. **12** 734—737.

1. a) *Siebe, JW. **12** 734. Der Schuldner kann den Einwand, daß er innerhalb der letzten fünf Jahre den Offenbarungseid geleistet habe, noch im Wege der sofortigen Beschwerde gegen den Haftbeschluß geltend machen, selbst wenn kein

zwingender Grund für die Versäumung des Termins vorgelegen hat. Vor dem Eidesleistungstermin ist zwar die frühere Eidesleistung weder von Amts wegen, noch auf eine schriftliche Einwendung des Schuldners zu berücksichtigen. Denn die Tatsache der früheren Eidesleistung begründet für sich allein noch nicht die Unzulässigkeit einer wiederholten Eidesleistung. Der Schuldner ist vielmehr auf alle Fälle berechtigt, den Eid noch einmal zu leisten und ist sogar dazu verpflichtet, wenn er inzwischen Vermögen erworben hat. Der § 900 regelt andererseits aber nur das Verfahren, wie es sich abspielt, wenn der Schuldner in dem Termin erscheint und bestimmt nicht, daß der Schuldner den Einwand verliert, wenn er ihn nicht in dem Termine geltend macht. Die Folge des Nichterscheinens ist nur, daß auf Antrag des Gläubigers der Haftbefehl erlassen werden muß, ebenso wie im Falle des Nichterscheinens des Beklagten das Versäumnisurteil zu erlassen ist. Erst wenn die Beschwerdefrist gegen den Haftbeschluß abgelaufen ist, steht die Verpflichtung des Schuldners zur Eidesleistung formell rechtskräftig fest. **b)** BuschsZ. **43** 131 (LG. Paderborn). § 903 ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Auf ihn kann auch eine sofortige Beschwerde gegen den Haftbefehl seitens des im Eidesleistungstermine nicht erschienenen Schuldners gestützt werden. — Dazu Coenen aaO. 132. Es empfiehlt sich, daß das Vollstreckungsgericht zur Vermeidung von Mißbrauch den aufgehobenen Haftbefehl vom Gläubiger zurückfordert (vgl. dazu Hörle, BuschsZ. **40** 279). **c)** HessRspr. **13** 241 (LG. Darmstadt) hat sich in ständiger Rechtsprechung dem KG. dahin angeschlossen, daß § 903 nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, sondern vom Schuldner im Eidesleistungstermine mündlich vorgebracht werden muß (OLG. **13** 221, **20** 373, **22** 399). **d)** SächsOLG. **33** 338 (Dresden). Auch wenn der Schuldner erst nach Erlassung des Haftbefehls geltend macht, daß er den Offenbarungseid innerhalb der letzten fünf Jahre geleistet habe, so ist darüber nicht im Beschwerde- sondern — unter vorläufiger Aussetzung der Haftvollstreckung — im Widerspruchsverfahren zu entscheiden (§ 900 Abs. 3; Sächs.OLG **27** 472). **e)** Ebenso NaumburgAK. **12** 30 (LG. Leipzig). S. auch JDR. **1** 1, 2, **3** II 2, **4** 2, **5** 3, **6** 3, **7** 4, **8**, **9** 3, **10** 2.

2. KGBl. **12** 91 (LG. III Berlin). Zur Glaubhaftmachung neuen Vermögenserwerbes genügt bei einem Kaufmanne regelmäßig die des Erwerbes neuer Waren, da regelmäßig anzunehmen ist, daß sie mit Gewinn veräußert werden (aM. OLG. **13** 227 [Dresden]).

§ 909. Während LG. I Berlin (9. ZK.), KGBl. **12** 33 in Übereinstimmung mit Schönfeld, Der preuß. GerVollz., Anm. 3 zu § 84 GeschAnw. annimmt, daß die Verhaftung einer in Untersuchungs- oder Strafhaft befindlichen Person auf Grund eines gemäß der ZPO. erlassenen Haftbefehls erst nach der Entlassung des Schuldners aus dieser Haft statthaft sei, ein gleichwohl vorgenommener Verhaftungsakt deshalb gegenstandslos und unbeachtlich sei, hält KG. KGBl. **12** 34 zum mindesten eine „Nachverhaftung" eines solchen Häftlinges im Sinne des § 84 Abs. 1 u. 2 GeschAnw. für zulässig.

§ 911. SchlHolstAnz. **12** 76 (LG. Kiel). Das Armenrecht befreit von der Vorauszahlung der Verpflegungskosten für den wegen Verweigerung des Offenbarungseids verhafteten Schuldner. Ebenso die Literatur und die überwiegende Rechtsprechung (vgl. Gaupp-Stein [8/9] § 911 Anm. 1; aM. SeuffA. **40** Nr. 165 [Cassel], SchlHolstAnz. **97** 330 [OStA. Kiel]).

§ 915. Barthelmes, SeuffBl. **12** 164. Jeder weitere Gläubiger ist berechtigt, mit Genehmigung des Vorstandes des Gerichts (§§ 299 Abs. 2, 495) das vom Schuldner in einer früheren Sache übergebene Vermögensverzeichnis einzusehen. Er hat aber keinen Anspruch auf Erteilung einer Abschrift desselben. Natürlich kann er sich bei der Einsichtnahme selbst Auszüge machen.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§§ 916 ff. Literatur: J. Stern, Arrest und einstweilige Verfügungen nach der deutschen Zivilprozeßordnung. Berlin 1912.

*Stern 20. Echte Konkurrenz zwischen Arrest und einstweiliger Verfügung liegt vor, wenn der ganze Anspruch bereits durch eins beider Schutzmittel gesichert ist und nun das zweite dazu oder wenn beide gleichzeitig beantragt werden. Die Zulässigkeit hängt hier davon ab, ob der Gläubiger bereits durch eins dieser Schutzmittel volle Sicherung hat oder nicht. Verbot des Doppelarrestes (31.) Konkurrenz von persönlichem und dinglichem Arrest 27. Unzulässig ist aber die bedingte Anordnung des persönlichen Arrestes gleichzeitig mit dem dinglichen in der Form „falls und soweit die Vollziehung des dinglichen Arrestes ergebnislos sein sollte", weil der Personalarrest keine Bedingung verträgt, über deren Eintritt oder Ausfall der Gläubiger selbst entscheiden würde (27). — Ein für das Arrestverfahren geeigneter Anspruch ist auch derjenige des Gläubigers gegen den Ehemann der Schuldnerin auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut (§ 739 ZPO., § 1411 ff. BGB.) (24). — Der Alimentenanspruch für die ersten drei Monate nach der Geburt gemäß § 1716 BGB. ist prozessualer Natur (Prot. z. BGB. II 4, 690) und kann daher nicht wiederum durch Arrest gesichert werden. Anders Drüen, R. **11** 157.

§ 917. 1. LeipzZ. **12** 93 (Hamburg FZS.). Wegen einer fälligen Schiffshypothek kann Grund zur Arrestlegung an das Schiff gegeben sein, auch wenn der persönliche Anspruch nicht gefährdet ist. Denn entscheidend ist nicht die Gefährdung des klägerischen Anspruchs, sondern die der Vollstreckung des künftigen Urteils. AM. OLG. **20** 1 (Hamburg I. ZS.) s. JDR. **9** Nr. 2 d.

2. PosMSchr. **12** 4 (Königsberg). Einen Arrestgrund können auch Handlungen eines Dritten bilden, von denen zu besorgen ist, daß sie die Vollstreckung des Urteils vereiteln oder wesentlich erschweren würden.

3. OLG. **24** 206 (Colmar). Dadurch, daß für die Forderung aus dem Wechsel schon ein Arrestpfandrecht besteht, wird der Anspruch auf Sicherheitsbestellung aus Art. 29 WO. nicht ausgeschlossen. Denn dieser Anspruch zielt im Gegensatze zum Arrest auf eine endgültige im Konkurse des Schuldners nicht anfechtbare Sicherung ab (Staub-Stranz 15 Note 4 zu Art. 29 WO.).

§ 918. 1. *Stern 38. Entgegen der herrschenden Ansicht ist unter Abweisung der Analogie der §§ 888, 889, 807 ZPO., weil es sich hier um die Beschränkung der persönlichen Freiheit des Schuldners zur Verhütung der Verbringung von Vermögensstücken handelt, der Personalarrest bei Prozeßunfähigkeit des Schuldners, sowie bei juristischen Personen überhaupt nur dann, und zwar gegen die Person des gesetzlichen Vertreters zulässig, wenn sich in dieser Arrestanspruch und Arrestgrund verwirklichen.

2. ElsLothJZ. **12** 306 (Colmar) = R. **11** Nr. 3698 s. JDR. **10**. Der persönliche Sicherheitsarrest darf nicht nur zu dem Zwecke erwirkt werden, den Schuldner zu zwingen, seine im Auslande befindlichen Befriedigungsmittel herbeizuschaffen. Er soll regelmäßig nur dazu dienen, im Inlande befindliches Vermögen dem Zugriffe des Gläubigers zu erhalten.

§ 919. a) PosMSchr. **12** 130 (Posen). Das Gericht, bei dem die Hauptsache anhängig ist, ist als Arrestgericht, auch wenn es für die Hauptsache unzuständig ist, so lange zuständig, bis ein die Unzuständigkeit aussprechendes Urteil Rechtskraft erlangt hat (Neukamp, Gaupp-Stein, Anm. II 2 zu § 919, **RG. 5** 322, **35** 351, **40** 377, **50** 346). Dies gilt auch dann, wenn die Rechtshängigkeit der Hauptsache erst nach Erlassung des Arrestbeschlusses, jedoch noch während des Arrestverfahrens eintritt. b) HansGZ. **12** Beibl. 112, LeipzZ. **12** 412 (Hamburg). Für die Frage,

welches Gericht als Gericht der Hauptsache für den Arrest zuständig ist, ist der Zeitpunkt der Entscheidung im Arrestverfahren maßgebend. Die rechtskräftige Abweisung des Anspruchs in der Hauptsache wegen Unzuständigkeit des Gerichts steht einer nachträglichen Begründung dieser Zuständigkeit nicht entgegen. Der Gerichtsstand des Vermögens (§ 23) wird schon durch die dem Arrestbeklagten gegen den Arrestkläger zustehende Kostenersatzforderung aus dem Vorprozesse begründet.

§ 922. Literatur: Leyser, Kostenentscheidung im Arrestbefehl und in der durch Beschluß ergehenden einstweiligen Verfügung, BuschsZ. **43** 31—37.

1. **RG. 78** 331, JW. **12** 401. Wenn das Gesetz es auch nicht ausdrücklich sagt, so erachtet es doch für selbstverständlich, daß im Arrestbefehle die Forderung anzugeben ist, derentwegen er erlassen ist (Seuffert [11] Anm. 4 zu § 922). Ein Arrestbeschluß, in dem diese Angabe fehlt, kann als eine vollstreckungsfähige Urkunde nicht angesehen werden. Die Feststellung des Geldbetrags, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt wird (§ 923), ersetzt die Angabe der Forderung nicht.

2. **a)** *Stern 53 f. Die Kosten des Arrestbeschlusses (sowie einer einstweiligen Verfügung) sind dem Schuldner sogleich im Beschluß aufzuerlegen (§ 91), weil er in dem auf Glaubhaftmachung gegründeten Verfahren unterlegen ist. **b)** *Leyser, BuschsZ. **43** 31. Im Arrestbefehl und in der einstweiligen Verfügung ist, auch wenn sie durch Beschluß erlassen werden, über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Es folgt das aus der diesem Verfahren innewohnenden Eigenschaft eines selbständigen summarischen Prozesses. Die verneinende Ansicht führt zu unhaltbaren Folgerungen. Wird hierbei die Entscheidung im Hauptprozesse für unzulässig erachtet oder wird der Hauptprozeß nicht anhängig, so bedarf es der besonderen Einklagung der Kosten als Schaden. Wird aber die Entscheidung über sie in den Hauptprozeß verwiesen, so müßte eine Beseitigung des Widerspruchsrechts des Beklagten, somit eine Absorbierung des Arrestprozesses durch den Hauptprozeß gegen den Willen des Beklagten, selbst bei Verschiedenheit des Arrestgerichts und des Gerichts der Hauptsache, angenommen werden. — Eine Ausnahme macht der Fall des § 942 Abs. 1. — Kosten im Widerspruchsverfahren s. zu § 925. **c)** ThürBl. **59** 23 (Jena). Hat der Kläger versäumt, die Kosten des Arrestes mit zum Gegenstande des Hauptprozesses zu machen, so muß er deswegen besonders klagen. Siehe auch JDR. **1** 1 a, **8** 1, **9**, **10** 2.

§ 924. 1. SchlHolstAnz. **12** 299 (Kiel). Gegen den den Arrest oder die einstweilige Verfügung anordnenden Beschluß ist auch dann nur der Widerspruch, nicht die sofortige Beschwerde, gegeben, wenn geltend gemacht wird, daß es an den prozessualen Voraussetzungen für den Erlaß des Beschlusses — z. B. an der Voraussetzung der Dringlichkeit im Falle des § 937 Abs. 2 — gefehlt habe.

2. OLG. **25** 223 (Frankfurt). In das durch das Arrestgesuch anhängig gewordene Arrestverfahren darf in — zum mindesten entsprechender — Anwendung des § 265 ohne Zustimmung des Arrestklägers ein Zessionar des Arrestbeklagten nicht eintreten, auch nicht zwecks Erhebung des Widerspruchs.

3. HansGZ. **12** Beibl. 53 (Hamburg II. S.). Die Aufhebung des Arrestbefehls kann nicht durch Klage aus § 767 erlangt werden. — Wegen Zulässigkeit dieser Klage gegenüber der Arrestvollziehung s. zu § 928.

§ 925. 1. DJZ. **12** 1535 (Oldenburg). Es kann dahingestellt bleiben, ob es richtig ist, daß neben Buch I nicht auch Buch III der ZPO. im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung zur Anwendung zu bringen sei. Jedenfalls gilt in der Berufungsinstanz § 542 ohne Ausnahme auch bei einstweiliger Verfügung.

2. OLG. **25** 225, SächsOLG. **33** 340 (Dresden). Während nach der herrschM. im Arrestbeschluß über die Kosten nicht zu entscheiden, dem Arrestkläger vielmehr zu überlassen ist, die Kosten mit besonderer Klage einzufordern oder den Antrag

im Hauptprozeß auf sie zu erstrecken, besteht kein Streit darüber, daß im Widerspruchsverfahren über die Kosten des Arrestverfahrens einschließlich derjenigen des Arrestbeschlusses zu entscheiden ist (JW. **01** 80). Demzufolge kann, falls Widerspruch erhoben und dieser nicht etwa ohne Entscheidung über die Kosten hinterher endgültig (durch Rücknahme oder in anderer Weise) erledigt worden ist, der Anspruch auf Kostenerstattung auch nur im Widerspruchsverfahren verfolgt werden. Der anderweitigen Verfolgung steht diese — einer Rechtshängigkeit gleiche — Anhängigkeit entgegen. Siehe auch zu § 922 Nr. 2.

§ 926. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2868. Hauptsache ist der Prozeß, in welchem es sich um das Recht handelt, zu dessen Sicherung die einstweilige Verfügung erlassen ist oder um das Rechtsverhältnis, in Beziehung auf welches der bestehende Zustand einer einstweiligen Verfügung unterworfen wird (§§ 935, 940). Die Parteiwillkür kann keinen anderen Prozeß als den der Hauptsache unterstellen.

2. *Stern 72. Der herrschenden Ansicht, wonach bei Aufhebung des Arrestbefehls im Falle des § 926 die Kosten des ganzen Verfahrens dem Gläubiger aufzuerlegen sind, ist gegen Sawitz, KGBl. **10** 2, der nur über die Kosten der Aufhebung entscheiden will, beizutreten, weil, wofür auch die geschichtliche Entwickelung spricht, die Auflage der Klagerhebung als eine Bedingung für die Aufrechterhaltung des Arrestes anzusehen ist, wodurch auch die Beziehung zu seiner ursprünglichen Rechtmäßigkeit hergestellt ist.

§ 927. 1. **a)** OLG. **25** 226 (Braunschweig). Die Anwendung des § 927 (§ 936) setzt voraus, daß der Antragsteller an der Aufhebung noch irgendein sachliches Interesse hat. Ein solches kann in dem Verlangen, dem Kläger die Kosten des Erlasses der Verfügung aufzuerlegen, nicht gefunden werden, da im Verfahren aus § 927 die Rechtmäßigkeit des Erlasses der Verfügung nicht zu prüfen ist (Gaupp-Stein VI zu § 927). § 927 greift also nicht Platz, wenn die Wirkung der Verfügung durch Veränderung der Umstände ohnehin erloschen ist. **b)** Voß, R. **12** 314. § 927 läßt auch eine Abänderung der einstweiligen Verfügung auf Antrag des Gläubigers zu, wenn wegen veränderter Umstände die Verfügung ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann.

2. HessRspr. **12** 275 (LG. Darmstadt). Auch im Verfahren über Aufhebung des Arrestes wegen veränderter Umstände (§ 927), in welchem der Arrestschuldner die Klagerolle hat, findet § 93 zugunsten des Arrestantragsstellers Anwendung (**RG. 20** 383, Gaupp-Stein zu § 927, Neukamp zu § 927 und § 924).

§ 928. (§ 767.) **a)** OLG. **25** 224, HansGZ. **12** Beibl. 54 (Hamburg III. S.) erachtet gegen Struckmann-Koch, Petersen, **RG.** JW. **02** 23, SeuffA. **50** 372 (Breslau) in Übereinstimmung mit Seuffert, Gaupp-Stein (8/9), SeuffA. **62** 122 (Jena) gegenüber der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung die Klage aus § 767 für unzulässig. Denn durch die Verfügung werden keine Ansprüche festgestellt, sondern nur vorläufig gesichert, und dem Schuldner stehen bei nachträglich veränderter Sachlage sowohl der Widerspruch gegen die Verfügung wie der Antrag aus §§ 927, 936 offen, so daß er des Rechtsbehelfs aus § 767 nicht bedarf. **b)** HansGZ. **12** Beibl. 53 (Hamburg II. S.) läßt die Frage dahingestellt, verneint aber bei Anwendung des § 767 jedenfalls die Zulässigkeit der Begründung aus Einwendungen, die vor Erlaß des Arrestbefehls entstanden sind. **c)** OLG. **25** 224 (Hamburg). Nur gegen die Vollziehung, nicht gegen die Anordnung des Arrestes kommt eine Klage aus § 767 in Frage. Hält man sie insoweit — was bestritten ist (Seuffert, § 795 Anm. 2, OLG. **13** 190 [Celle], Gaupp-Stein § 928) und nicht entschieden wird — für an sich gegeben, so ist sie jedenfalls in entsprechender Anwendung des § 767 Abs. 2 doch so lange unzulässig, als dem Schuldner Widerspruch nach § 924 offen steht.

§ 929. 1. *Stern 74. Der Beginn der Vollziehungsfrist in dem praktisch häufigen Falle der formlosen Aushändigung des Arrestbefehls an den Gläubiger ist in den Zeitpunkt der Aushändigung zu verlegen. Dies entspricht dem Zwecke der Frist, die den Schuldner schützen soll. S. auch JDR. **5** I 1.

2. a) FrankfRundsch. **46** 86 (Frankfurt). § 929 Abs. 2 findet auf einstweilige Verfügungen mit der Maßgabe Anwendung, daß nur die Zustellung der einstweiligen Verfügung an den Gegner innerhalb der einmonatigen Frist zu erfolgen hat, während für die Durchführung keine Frist gesetzt ist. b) HessRspr. **13** 258 (Darmstadt). § 929 Abs. 2 gilt auch für die einstweilige Verfügung. Gebietet sie Unterlassung oder Zahlung wiederkehrender Beiträge, so ist Vollstreckung innerhalb Monatsfrist regelmäßig unmöglich. Es bedarf aber hier der Zustellung des Beschlusses oder Urteils innerhalb der Frist, um den Willen des Antragsgegners zu binden. — Ist die Frist versäumt, so ist ein neues Gesuch um Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht ausgeschlossen. c) KGBl. **12** 77 (LG. Berlin 9. ZK.). Die einmonatige Vollziehungsfrist ist bei einstweiligen Verfügungen, welche fortlaufende Unterhaltsbeiträge auferlegen, für jede Alimentenrate frühestens vom Tage ihrer Fälligkeit ab zu berechnen. d) SächsOLG. **33** 520, DJZ. **12** 1303 (Dresden). Bei einstweiligen Verfügungen, die ein Verbot enthalten, genügt zur Vollziehung die Zustellung der Verfügung an den Gegner (**RG. 51** 131, JW. **10** 831). Ist die einstweilige Verfügung von der Hinterlegung einer Sicherheit abhängig gemacht, so muß in erster Linie die Sicherheit hinterlegt werden und dann die Zustellung der Verfügung und einer Abschrift der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde über die Hinterlegung erfolgen. e) OLG. **25** 230 (Posen). Bezüglich der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ist zwischen den einzelnen Arten der einstweiligen Verfügung zu unterscheiden. Bestehen sie in einem Gebote (z. B. einer Zahlungsauflage) oder in einem Verbot oder in der Anweisung zur Duldung einer Maßregel oder eines Zustandes, so ist die Vollziehung mit der Zustellung an den Schuldner bewirkt. Die Verwirklichung der Rechtsnachteile, die den Schuldner im Falle der Nichtbefolgung treffen, z. B. bei Zahlungsgeboten die Vollstrerkungshandlung, ist nicht mehr Vollziehung der Verfügung, an die Frist des § 929 Abs. 2 also nicht gebunden. Ordnet jedoch die Verfügung eine Grundbucheintragung an, so erfolgt die Vollziehung erst durch den formgerechten und sachlich begründeten (OLG. **9** 84, **13** 231) Eintragungsantrag (§ 932 Abs. 3). S. auch JDR. **7** 1, **8** 1, **9** 1, **10** 2.

3. a) KGBl. **12** 6 (LG. I Berlin 9. ZK.). Eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe einer Sache wird nach § 883 vollstreckt. Nach Ablauf der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ist deshalb auch eine Eidesleistung nach § 883 Abs. 2 nicht mehr zulässig. b) KGBl. **12** 92 (KG. 11. ZS.) hält daran fest, daß zwar auch auf Grund eines Arrestbefehls die Leistung des Offenbarungseids verlangt, die Eidesleistung aber auch bei rechtzeitiger Einleitung des Eidesleistungsverfahrens nicht mehr gefordert werden kann, sobald die Vollziehungsfrist für den Arrest bereits abgelaufen ist (OLG. **14** 197, 201, **19** 162). ➸ AaO. wird mit Recht darauf hingewiesen, daß bei diesem Stande der Rechtsprechung der Schuldner häufig in der Lage sein werde, die Eidesleistung durch Rechtsmittel zu vereiteln. Red. ⇽ S. auch JDR. **8** 3 b, **10** 4 c.

4. a) OLG. **25** 227 (Naumburg). Wohnt der Arrestgegner im Auslande, so hat die Zustellung des Arrestbefehls nach §§ 199 ff. zu erfolgen. Eine Zustellung durch Aufgabe zur Post nach §§ 174, 175 ist nur während eines Prozesses zulässig. b) **RG.** BayRpflZ. **12** 72, R. **12** Nr. 116. Wird zunächst ein Gesuch um Zustellung eines Arrestbefehls durch Ersuchen ausländischer Behörden, und nachdem dies erfolglos geblieben, ein solches um öffentliche Zustellung angebracht, so ist die Wirkung der nunmehr erfolgten Zustellung auf den Zeitpunkt der Einreichung des ersten Gesuchs zurückzuziehen (§ 207 Abs. 1, **RG. 70** 291).

§ 930. 1. *Stern 78. Die Frage, ob auch mit einem durch Sicherheitsleistung bedingten Arrest ein Pfändungsbeschluß verbunden werden kann, ist gegen die herrschende Lehre zu bejahen, weil die Anordnung der Forderungspfändung hier ebenso wie die Arrestanordnung nur für den Fall der Sicherheitsleistung wirksam sein soll. Übereinstimmend R. **07** Nr. 3577.

2. OLG. **25** 229, SeuffA. **67** 299, SeuffBl. **12** 199 (München). § 930 Abs. 1 Satz 3 spricht allgemein davon, daß für die Pfändung einer Forderung das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht zuständig sei. Diese Zuständigkeit erstreckt sich daher auch auf die nach Wegfall des Arrestes aus §§ 775, 776 zu treffenden Maßnahmen. (Ebenso OLG. **17** 190 [München]).

3. **RG. 77** 250, BayRpflZ. **12** 72. Die Forderung eines im Auslande wohnenden Ausländers gegen einen im Inlande wohnenden Deutschen kann von dem deutschen Gerichte des Wohnsitzes dieses Drittschuldners im Arrestweg auch dann gepfändet werden, wenn das Rechtsverhältnis, auf dem sie beruht, unter dem ausländischen Rechte steht (§ 23 Satz 2).

4. **a) RG.** GruchotsBeitr. **56** 1066, WarnE. **12** 329, LeipzZ. **12** 547, BayRpflZ. **12** 282, R. **12** Nr. 1928. Der Arrestgläubiger hat die Rechte, die der Vollstreckungspfandgläubiger vor der Überweisung hat, darunter auch kraft seines Pfandrechts in entsprechender Anwendung des § 1281 BGB. den Anspruch darauf, daß die gepfändeten Forderungsbeträge für ihn und den Arrestschuldner hinterlegt werden (Stein § 930 II, § 829 IV, 3, Seuffert § 930 Anm. 1 c Abs. 3, § 829 Anm. 4 b δ, v. Wilmowski-Levy § 810 a. F. Anm. 2). Die Meinung, daß § 1281 nur auf das vertragsmäßige und gesetzliche Pfandrecht anzuwenden sei (ElsLothZ. **31** 35 [Colmar], Staudinger § 1281 BGB. Anm. 8, vgl. auch ThürBl. **48** 385 [Naumburg], ist nicht zu billigen. — Der Drittschuldner kann dem Arrestgläubiger gegenüber mit einer vor der Beschlagnahme entstandenen und fällig gewordenen Forderung nicht aufrechnen, nachdem er die gepfändete Forderung an den Arrestschuldner bezahlt hat. Denn eine durch Zahlung getilgte Forderung kann nicht mehr aufgerechnet werden. **b)** AM. OLG. **25** 228, HansGZ. **12** Beibl. 285, R. **12** Nr. 2578 (Hamburg). Nach §§ 930 Abs. 1 Satz 2, 804 gewährt die Arrestpfändung dem Gläubiger im Verhältnisse zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht. Im Verhältnisse zum Drittschuldner einer Forderung finden die pfandrechtlichen Vorschriften nur insoweit Anwendung, als sich nicht aus der ZPO. ein anderes ergibt (**RG. 61** 333). Danach kommen die §§ 1281, 1282 BGB. nicht zur Anwendung. Denn §§ 835, 836 ZPO. machen das Recht des Pfändungsgläubigers auf Leistung von der Überweisung der gepfändeten Forderung abhängig. Kann der Pfändungsgläubiger aber ohne Überweisung nicht Leistung verlangen, so kann er — bei der Arrestpfändung — auch nicht statt der Leistung Hinterlegung beanspruchen. (Ebenso Staudinger III, 8 zu 1281 BGB.)

5. **RG.** R. **12** Nr. 3411. Arrestweise gepfändete ausländische Banknoten sind vom Gerichtsvollzieher als Wertpapiere zu hinterlegen, nicht aber umzuwechseln.

6. SeuffA. **67** 380 (Rostock). Bei der Arrestpfändung eines Anspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache kann die Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher angeordnet werden (§ 847).

§ 932. 1. BayObLG. **13** 248, R. **12** Nr. 1835 (BayObLG.). Die Vollziehung des Arrestes in den vorgemerkten Anspruch auf Auflassung erfolgt durch Pfändung durch das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht gemäß §§ 829, 846, 848, 930, nicht durch Eintragung des Arrestbeschlusses in das Grundbuch. Hat der Arrest, weil nicht rechtzeitig vollzogen, seine Wirksamkeit als Vollstreckungstitel verloren, so kommt der Eintragung in das Grundbuch überhaupt keinerlei Bedeutung mehr zu.

2. Anwendung des § 868 Abs. 2 auf Arresthypotheken s. dort.

§ 934. OLG. 25 223 (München). Die Kosten des Verfahrens nach § 934 stellen sich, wenn dem Antrage stattgegeben wird, als Vollstreckungskosten im Sinne des § 788 dar, fallen also kraft Gesetzes — ohne daß es eines besonderen Ausspruchs bedarf — dem Schuldner zur Last.

§ 935. Literatur: Boywidt, Zwangsverwaltung oder Sequestration, Heidelberger Diss. 1912.

1. *Boywidt, Zwangsverwaltung oder Sequestration 15 ff. Dem in seinem Anspruch aus einem gültigen Kaufvertrag über ein Grundstück vom Verkäufer gefährdeten Käufer kann eine einstweilige Verfügung aus § 935 gewährt werden; auf § 940 wird er sich in der Regel nicht stützen können, weil keine Zustandsregelung, sondern nur eine einmalige Leistung erstrebt wird. Der Verkäufer, für welchen sich ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe von Grundstück und Früchten als Folgeerscheinung ungerechtfertigter Bereicherung, etwa infolge Vertragswidrigkeit oder unerlaubter Handlung, denken läßt, wird in ähnlicher Weise durch die Vorschrift von § 935 (§ 940) geschützt.

2. OLG. 25 233 (KG.). Nicht pünktliche Zahlung von Hypothekenzinsen ist weder eine Einwirkung auf das Grundstück im Sinne der §§ 1134, 1135 BGB., noch Unterlassung einer Individualleistung. Der Gläubiger kann also zu seiner Sicherung eine einstweilige Verfügung weder aus § 935 noch aus § 940 verlangen.

§ 937. 1. a) OLG. 25 231 (KG.). Für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung für die Sicherungshypothek aus § 648 BGB. ist als Gericht der Hauptsache nicht dasjenige Gericht zuständig, das für die Klage auf Zahlung der Vergütung des Unternehmers zuständig ist (**RG. 52** 63, **30** 351), sondern das Gericht, bei dem die Klage auf die durch die Vormerkung zu sichernde endgültige Eintragung anhängig ist oder anhängig gemacht werden soll (Staudinger III a zu § 648, II 2 a zu § 1113 BGB.; Turnau-Förster II 3 zu § 885 BGB.). Da aber mit dieser Klage keine dingliche Belastung, sondern nur der schuldrechtliche Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechtes geltend gemacht wird, so ist für sie nicht der dingliche Gerichtsstand des § 24, sondern der allgemeine Gerichtsstand der §§ 12, 13 gegeben. **b)** Ebenso SeuffA. **67** 343 = PosMSchr. **11** 82 f. JDR. **10** 1.

2. OLG. **25** 232 (Jena). Führt die wegen Geistesschwäche entmündigte Ehefrau einen Anfechtungsprozeß gegen den Staatsanwalt, so ist das mit diesem Rechtsstreite befaßte Gericht als solches nicht als Gericht der Hauptsache für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gegen den Mann auf Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses zuständig. Denn selbst wenn man sich auf den Standpunkt des **RG. 47** 75 (Begründung der Zuständigkeit aus dem Bedürfnisse der Gewährung von Schutz mit Bezug auf das im Hauptprozesse streitige Rechtsverhältnis, Wirkung der Kostenentscheidung in der Hauptsache auf die vorgeschossenen Kosten) stellt, fehlt im vorliegenden Falle das in jenem Falle vorhandene Mindesterfordernis für die Identität des Streitgegenstandes, die Identität der Parteien.

3. BadRpr. **12** 179 (Karlsruhe). In dringenden Fällen ist nach § 937 Abs. 2 zu verfahren; sonst hat der Antragsteller unter Mitteilung des Antrags unter Beobachtung der für vorbereitende Schriftsätze geltenden Bestimmungen und Einhaltung der Ladungsfrist den Gegner zur Verhandlung zu laden. Die Beantragung einer einstweiligen Verfügung ohne Beobachtung dieser Vorschriften im Laufe der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache ist — auch bei stillschweigender Zustimmung des Gegners — unzulässig.

4. R. **12** 2980 (Colmar). Von der Anordnung der mündlichen Verhandlung über den Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung kann auch dann abgesehen werden, wenn schon ohne Anhörung des Gegners feststeht, daß er abzuweisen ist.

§ 938. 1. a) OLG. **25** 234, MecklZ. **30** 200 (Rostock). Einstweilige Verfügungen dürfen grundsätzlich nicht als vorweg genommene ZwV. die endgültige Vollziehung des zu sichernden Anspruchs enthalten und nicht darauf gehen, den diesem Anspruch entsprechenden Zustand unter Vorbehalt der Wiederaufhebung herzustellen (JW. **08** 534, OLG. **1** 136, **9** 84). Bei Miet- und Pachtverhältnissen darf daher nicht die Räumung angeordnet werden (Gaupp-Stein § 938). — Ausnahme für vorschüssige oder zeitweilige Geldzahlungen. b) OLG. **24** 7 (KG.). Die einstweilige Verfügung, durch welche die Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gute einstweilen aufgehoben wird, überträgt der Frau nicht nur die Befugnis, im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung über ihr Eingebrachtes zu verfügen (so KGJ. **27** A 27), sondern bewirkt ihre Befreiung von allen sonst durch das Recht des Mannes hervorgerufenen Beschränkungen.

*2. OLG. **25** 222 (KG.). Auf Grund von einstweiligen Verfügungen gegen Eigentümer und Mieter eines Grundstücks auf Beseitigung von Störungen können gegen den Nießbraucher Zwangsmaßnahmen aus § 887 auch im Wege der einstweiligen Verfügung nicht getroffen werden. Es bedarf zunächst eines Urteils oder einer einstweiligen Verfügung gegen den Nießbraucher, die auch diesem die Beseitigung der Störung gebieten. Erst wenn er dieser Auflage nicht nachkommt, können — zwecks Vollziehung der einstweiligen Verfügung — Zwangsmaßregeln aus § 887 gegen ihn getroffen werden.

3. LeipzZ. **12** 786, HansGZ. **12** Beibl. 268 (Hamburg) hält gegen **RG.** JW. **09** 732 auf Grund des § 938 für zulässig, daß auch die ein positives Handeln des Schuldners gebietende einstweilige Verfügung mit einer Strafandrohung versehen wird. Strafen können auch in solchen Fällen angedroht werden, wo die Voraussetzungen des § 888 nicht gegeben sind und an sich daneben eine Vollstreckung gemäß §§ 883, 887 möglich wäre.

4. SeuffA. **67** 385 (Dresden). Ein durch einstweilige Verfügung gegen den Hypothekengläubiger erlassenes Veräußerungsverbot ergreift auch den Versteigerungserlös. Denn der Anspruch auf diesen ist nur die Verwirklichung der dem Hypothekenrechte von vornherein innewohnenden Befugnis zur Befriedigung aus dem Grundstücke (**RG.** **55** 223, **63** 216, **70** 280).

5. a) *Boywidt 20. Die Anordnung der Zwangsverwaltung durch einstweilige Verfügung ist nach § 938 Abs. 1 grundsätzlich möglich. Gegenüber der ordentlichen Zwangsverwaltung des ZVG. kann und darf die Zwangsverwaltung durch einstweilige Verfügung nur als Sicherung dienen. Bei der Anwendung des ZVG. haben daher alle Maßnahmen auszuscheiden, welche diesem Sicherungscharakter zuwiderlaufen. Die Verwaltungsüberschüsse sind bis zur Erledigung der Hauptsache zu hinterlegen. Das Ersuchen um Eintragung der Zwangsverwaltung ist aus § 941 berechtigt. Bei Anordnung einer Sequestration nach § 938 Abs. 2 muß der Prozeßrichter die erforderlichen Verwahrungs- und Verwaltungsmaßnahmen im einzelnen genau festlegen, so daß die Verfügung dem Vollstreckungsrichter für die nachfolgende Vollziehung eine sichere Grundlage bietet; der Prozeßrichter darf sich hierbei an einzelne Bestimmungen des ZVG. anlehnen. Auch die Anordnung, daß eine Verwaltung bestellt werden soll, ist vom Prozeßrichter zu erlassen; dagegen gehört die Bestellung des Verwalters selbst zur Vollziehung und liegt dem Vollstreckungsrichter ob. Wird eine Zwangsverwaltung im Wege der ZwV. eingeleitet, nachdem eine solche auf Grund einstweiliger Verfügung bereits angeordnet ist, so muß man beachten, daß beide Verwaltungen nur in der Überschußverwertung unterschiedlich sind. Ein Beitrittsbeschluß ist daher zulässig (aM. Lindemann, R. **03** 205). Der Vollstreckungsgläubiger muß sich hier aber mit der bloßen Hinterlegung der Verwaltungsüberschüsse begnügen, weil die im Hypothekenrechte wie im ZVG. zur Anerkennung gelangten allgemeinen Grundsätze vom Schutze des besserberechtigten

Gläubigers nicht durchbrochen werden dürfen. Folgt einer im Wege der einstweiligen Verfügung eingeleiteten bloßen Sequestration des Grundstücks späterhin eine im Wege der Zwangsvollstreckung eingeleitete Zwangsverwaltung, so verdrängt die Zwangsverwaltung die Sequestration, selbst wenn diese im weitgehendsten Maße unter Anwendung der Normen des ZVG. angeordnet ist. Die Sequestration endet jedoch nicht. Der Vollstreckungsrichter hat entweder den bisherigen Sequester zum Zwangsverwalter zu bestellen oder durch einstweilige Anordnung die Sequestration für die Dauer der Zwangsverwaltung einzustellen. Die Sequestration ruht dann nur und lebt nach Beendigung der Zwangsverwaltung wieder auf. S. auch JDR. **1** 1, **3** II 1, **4** II, **7** 1, **8** 1, **9** 1 a, **10** 3. b) SchlHolstAnz. **12** 187, SeuffA. **67** 481 (Kiel). Der durch einstweilige Verfügung bestellte Sequester hat Anspruch auf Vergütung nach denselben Grundsätzen wie ein nach ZVG. bestellter Zwangsverwalter.

§ 940. 1. a) *Breuer, GewRschutz **12** 357—363. Einstweilige Verfügungen sind auch zur Regelung eines Zustandes in rechtlicher Hinsicht zulässig. So kann dem Lizenznehmer, der auf Feststellung seiner Befreiung von der Zahlung der Lizenzgebühr klagt, für die Dauer des Prozesses durch einstweilige Verfügung das Recht auf Hinterlegung der Gebühr mit der Wirkung erteilt werden, daß er selbst bei Verlust seines Prozesses für den Zeitraum seiner Schwebe sich auf dies Recht berufen kann und demzufolge mit der Zahlung der Gebühr für die Dauer des Prozesses nicht in Rückstand geraten ist. Letzteres ist besonders wichtig, falls ausgemacht ist, daß der Lizenznehmer bereits bei einmaligem Rückstande das Recht auf die Lizenz verliert. b) Freudenthal, R. **12** 549. In Schadensersatzprozessen auf Leistung einer Geldrente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit (§ 843 BGB.) kann sich der mittellose Kläger gegen Verschleppungsversuche des Beklagten — z. B. unter Mißbrauch der Hinterlegungsbefugnis aus § 713 Abs. 2 — durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung sichern, durch die die Schadensersatzpflicht vorläufig geregelt wird.

2. OLG. **24** 154 (KG.). Da nach §§ 6, 46 Nr. 5 GmbHG. die Abberufung von Geschäftsführern der Bestimmung der Gesellschaft, d. h., in der Regel einem Beschlusse der Mitgliederversammlung unterliegt, den einzelnen Gesellschaftern aber ein Recht auf Abberufung nicht eingeräumt ist, so kann auch nicht auf Antrag eines Mitgesellschafters durch einstweilige Verfügung einem Geschäftsführer die Geschäftsführung untersagt werden.

3. a) SchlHolstAnz. **12** 273 (Kiel). Eine einstweilige Verfügung, durch die dem Ehemanne die Zahlung eines Kostenvorschusses auferlegt wird, ist schon dann nicht gerechtfertigt, wenn die Eheleute nach ihren Vermögensverhältnissen in der Lage wären, das Armenrecht nachzusuchen. b) PosMSchr. **12** 57 (Posen). Eine Kostenvorschußpflicht für den Ehemann besteht nicht, wenn durch Ehevertrag vor 1900 die in Posen geltende Gemeinschaft der Güter und des Erwerbes aufgehoben und das Frauenvermögen zum Vorbehaltsgut erklärt worden ist. Denn dann besteht seit 1900 tatsächlich Gütertrennung. S. auch JDR. **3** I 4, **4** 2 f, **5** 4, **6** II 3, **7** I 4, **8** 2, **9** 1 k—n, **10** 1 c—f.

§ 942. 1. *Stern 105. Die herrschende Ansicht, wonach Dringlichkeit im Sinne des § 942 absolut zu verneinen ist, wenn sich das Landgericht als Gericht der Hauptsache an demselben Orte wie das Amtsgericht befindet, ist praktisch unhaltbar und hat im Gesetze keine Stütze. Aus der ZPO. ergibt sich nicht, daß der das einzige wesentliche Argument der Gegenmeinung bildende § 944 mit seinem anders als im § 942 zu verstehenden Begriffe der dringlichen Fälle die Dringlichkeit des § 942 in dem erwähnten Sinne einschränken wollte.

2. a) R. **12** Nr. 470 (Colmar). Die Zuständigkeit des Amtsgerichts im Falle des § 942 beschränkt sich auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und Aufhebung wegen Versäumung der Frist des § 942 Abs. 1. Für die Verhandlung über sonstige

Aufhebungsgründe ist ausschließlich das Gericht der Hauptsache zuständig. b) *Stern 111. In dem Streite über die Zuständigkeit für die Fristbestimmung zur Erhebung der Hauptklage nach § 926 (nicht zu verwechseln mit der Ladung über die Rechtmäßigkeit), sowie für etwaige Straffestsetzungen oder sonstige Mitwirkung bei der Vollziehung der einstweiligen Verfügung nach §§ 887, 888, 890 ist gegen Gaupp-Stein der Ansicht (SächsOLG. **31** 205, OLG. **23** 240) beizutreten, daß bis zur Bestätigung der amtsgerichtlichen Verfügung, womit sie zu einer solchen des Gerichts der Hauptsache wird, das Amtsgericht des § 942 die mit seiner Verfügung zusammenhängenden Anordnungen zu treffen hat. c) AM. KGBl. **12** 18 (LG. III Berlin). Die Zuständigkeit des Amtsgerichts erstreckt sich im Falle des § 942 nur auf die ihm dort ausdrücklich beigelegten Befugnisse. Zur Fristsetzung und Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach § 926 ist es nicht zuständig.

3. a) SächsOLG. **33** 439 (Dresden). Gegen eine vom Amtsgerichte nach § 942 erlassene einstweilige Verfügung kann nur beim Gerichte der Hauptsache Widerspruch erhoben werden (**RG. 67** 162). § 505 findet keine Anwendung. b) SeuffA. **67** 424 (Dresden). Die Ladung des Gegners gemäß § 942 Abs. 1 wird durch eine innerhalb der dem Antragsteller gesetzten Frist vom Antragsgegner ausgebrachte Ladung zur Verhandlung über seinen Widerspruch ersetzt (**RG. 67** 161). Die durch sie begründete Anhängigkeit des Verfahrens vor dem Gerichte der Hauptsache wird durch die Rücknahme des Widerspruchs nicht berührt.

4. SächsOLG. **33** 342 (Dresden). Erläßt in dringenden Fällen das Amtsgericht gemäß § 942 eine einstweilige Verfügung, so erfolgt die Entscheidung, auch wenn mündliche Verhandlung stattgefunden hat, durch Beschluß, nicht durch Urteil. § 922 findet keine Anwendung (**RG. 13** 324).

§ 943. 1. SächsOLG. **33** 518 (Dresden). Das Berufungsgericht ist zur Erlassung der einstweiligen Verfügung auch dann zuständig, wenn die erste Instanz entgegen § 275 Abs. 1 ihre Entscheidung nicht auf die geltend gemachte prozeßhindernde Einrede beschränkt, sondern in der Sache selbst entschieden hat. Denn infolge der Berufung ist die zweite Instanz nunmehr auch mit der Sache selbst befaßt.

2. *Stern 119. Entgegen der Ansicht von Gaupp-Stein u. a. ist bei rechtskräftiger Aufhebung des Arrestes (oder der einstweiligen Verfügung) aus den im § 945 genannten Gründen für das Verfahren aus § 109 immer dann Raum, wenn die Schadensfrage geklärt ist. Dies entspricht dem Zwecke des § 109. Grundlegend **RG. 61** 300, dem sich die Praxis zumeist angeschlossen hat. Wird dagegen die Maßregel rechtskräftig oder bestätigt, so ist die Veranlassung zur Sicherheitsleistung dann nicht weggefallen, und § 109 nicht anwendbar, wenn die Möglichkeit besteht, daß sich der Anspruch im Hauptprozeß als unbegründet erweist und damit auch die Schadensersatzpflicht nach § 945 erwächst, sowie § 927 zur Anwendung kommen kann. Vgl. **RG. 72** 27 gegen Gaupp-Stein.

§ 945. Literatur: Cantor, Schadensersatz wegen Erwirkung einstweiliger Verfügung auf Grund gewerblicher Schutzrechte im Falle von deren Vernichtung, ABürgR. **37** 237—270.

1. BadRpr. **12** 26 (Karlsruhe). „Vollziehung" der einstweiligen Verfügung liegt auch dann vor, wenn der Schuldner auf die Androhung obrigkeitlichen Zwanges durch den Gerichtsvollzieher hin selbst der Auflage genügt (Struckmann-Koch § 945 Anm. 1 Abs. 1, § 302 Anm. 4, § 717 Anm. 4; **RG. 60** 344).

2. BadRpr. **12** 26 (Karlsruhe). Der Schadensersatzanspruch aus § 945 steht dem Antragsgegner nur dann zu, wenn der Inhalt der einstweiligen Verfügung über das hinausgegriffen hat, was der Antragsteller nach materiellem Rechte zu beanspruchen hatte (**RG. 65** 66, Struckmann-Koch § 945 Anm. 1, § 717 Anm. 4, Gaupp-Stein § 945 Anm. II). Hierüber hat das über den Schadensersatzanspruch entscheidende Gericht selbständig zu befinden.

3. Cantor, AWürgR. **37** 237 ff. Die Nichtigkeitserklärung eines Patents im Nichtigkeitsverfahren (§ 10 PatG.) begründet ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch aus § 945 wegen einer zum Schutze des Patents erlassenen einstweiligen Verfügung. Unerheblich ist, daß aus der Vollstreckung eines vor der Vernichtung des Patents im gleichen Sinne erlassenen rechtskräftigen Urteils eine Schadensersatzpflicht nicht entstanden sein würde (241). Das Gleiche gilt, wenn eine einstweilige Verfügung zum Schutze eines ausgelegten Patents (§ 23 PatG.) erwirkt worden war, das Patent aber später versagt worden ist (261) (aM. Levis, LeipzZ. **11** 765). — Ist die einstweilige Verfügung zum Schutze eines Warenzeichens erlassen, so tritt Schadensersatzpflicht ein, wenn das Zeichen aus einem zeichenrechtlichen Löschungsgrunde nachträglich gelöscht wird und ein — nicht notwendig der im Löschungserkenntnisse bezeichnete — Löschungsgrund schon zur Zeit der Erwirkung der einstweiligen Verfügung vorlag (§ 12 Abs. 2 WarenZG.) (265). — Die Eintragung eines Gebrauchsmusters gewährt kein formales Schutzrecht. Bei einer Klage aus § 945 ist deshalb ohne Rücksicht auf bestehende oder gelöschte Eintragungen zu prüfen, ob das zur Zeit der Erwirkung eingetragene Gebrauchsmuster schutzfähig war. Ein inzwischen ergangenes Löschungsurteil hat keinen zwingenden Einfluß auf die Entscheidung (268). Dasselbe gilt für das Geschmacksmuster.

4. *Breuer, GewRschutz **12** 357—363. § 945 gibt dem Beschädigten keineswegs ein Mittel in die Hand, den durch § 940 dem Gegner verliehenen Schutz einfach wieder aufzuheben, er dient vielmehr lediglich dazu, die Folgen dieses Schutzes in ihrer schädigenden Wirkung für den Betroffenen möglichst auszugleichen. Eine feste Grenze findet § 945 in dem Zwecke der erlassenen Verfügung, der nicht hinterher einfach vereitelt werden darf. War z. B. dem Lizenznehmer durch einstweilige Verfügung ein Recht auf Hinterlegung der Gebühr verliehen (s. oben zu § 940 Nr. 1 a), so kann durch § 945 nicht die Aufhebung dieses Rechtes mit rückwirkender Kraft erreicht werden, so daß etwa hinterher der Lizenznehmer ex tunc im Rückstande sich befindet; der Lizenzgeber kann vielmehr lediglich Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die zeitweilige Verleihung des Hinterlegungsrechts an den Lizenznehmer entstanden ist.

5. a) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 346 = R. **11** Nr. 3540 f. JDR. **10** 3. Ist dem Antragsgegner durch die einstweilige Verfügung nur die Erfüllung einer bestehenden Unterlassungspflicht aufgegeben, so ist ein Schaden aus dem Vollzuge begriffsmäßig ausgeschlossen. b) **RG.** R. **12** Nr. 2870. Kein Schadensersatzanspruch, wenn durch die einstweilige Verfügung nur ein Verhalten geboten, zu dem Antragsgegner ohnehin verpflichtet war.

6. **RG.** R. **12** Nr. 2869. Ist der Hauptprozeß zugunsten des Antragstellers entschieden, so hat damit ohne weiteres auch die einstweilige Verfügung ihre Erledigung gefunden. Ist gleichwohl irrtümlich später noch eine Entscheidung ergangen, durch die die einstweilige Verfügung gemäß §§ 926, 936 aufgehoben worden ist, so ist für die Anwendung des § 945 kein Raum.

7. **RG.** HansGZ. **12** Hptbl. 4. Darin, daß der Arrestgegner es unterlassen hat, zwecks Aufhebung des Arrestes den festgestellten Betrag zu hinterlegen, ist nach Lage des Falles ein mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 Abs. 2 BGB. nicht zu finden, da die Hinterlegung darauf hinausgelaufen wäre, dem Arrestkläger ohne weiteres eigenes Risiko die Vorteile des ungerechtfertigten Arrestes zu sichern. Dies ist dem Gegner nicht zuzumuten.

8. a) OLG. **25** 234 (KG.). Wenn auch die rechtskräftige Aufhebung der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt das über den Schadensersatzanspruch entscheidende Gericht bindet (**RG. 67** 365), so ist doch die Frage, ob und in welcher Höhe dem Kläger durch die Vollziehung ein Schaden entstanden ist, nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Ist der Anspruch auf ein Unter-

lassen gerichtet und war durch die Verfügung nur die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht verboten worden, so ist im Falle des Bestehens des Anspruchs für die Annahme eines Schadens, der dem Unterlassungspflichtigen durch die Beachtung des gerichtlichen Verbots entstanden sein könnte, begrifflich kein Raum (**RG. 65** 67). **b)** BuschZ. **43** 128, ElsLothJZ. **12** 373, R. **12** Nr. 471 (Colmar). Die vom Arrestgericht über die Unrechtmäßigkeit der Arrestanordnung getroffene Feststellung ist für den im Schadensersatzprozeß entscheidenden Richter auch insoweit maßgebend, als er für die Frage des mitwirkenden Verschuldens solche Umstände nicht berücksichtigen darf, durch welche der urteilsmäßig festgestellte Mangel der Rechtmäßigkeit der Arrestanordnung in Zweifel gezogen werden würde. Nicht ausgeschlossen ist, daß neue im Arrestprozesse noch nicht geltend gemachte Umstände im Schadensersatzprozesse vom Beklagten zur Rechtfertigung eines mitwirkenden Verschuldens des Gegners geltend gemacht werden (z. B. Nichtabwendung des Schadens durch Nichthinterlegung einer Sicherheit). **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 346 = JW. **11** 819 f. JDR. **10** 1 a. Die rechtskräftige Abweisung des Hauptanspruchs stellt für den Prozeß aus § 945 fest, daß die einstweilige Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt war. Dies gilt auch, wenn diese rechtskräftig bestätigt worden ist.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§ 957. **RG. 78** 377, JW. **12** 594. Für die Klage auf Anfechtung des Ausschlußurteils ist, wie Entstehungsgeschichte und Zweck des § 957 Abs. 2 ergeben (Hahn, Materialien zur ZPO. II Abs. 1 S. 879, 880), das dem Aufgebotsgericht übergeordnete Landgericht ausschließlich zuständig. Ebenso Seuffert (11) § 957 Anm. 2, v. Bülow (2), Anm. 2 zu § 834 a. F., Endemann, ZPO. III, 419; aM. die Mehrzahl der Kommentare. Unter Aufgebotsgericht ist dasjenige Gericht zu verstehen, bei dem das Aufgebotsverfahren tatsächlich stattgefunden hat, nicht dasjenige, bei dem es hätte stattfinden müssen. Urteile gemäß § 957 sind nach § 547 Nr. 2 ohne Rücksicht auf den Streitwert revisibel.

§ 1018. OLG. **24** 411 (Nürnberg). Lotterielose sind Inhaberpapiere. Ihr Aufgebot ist nach § 799 BGB. zulässig, falls nicht ausdrücklich in der Urkunde das Gegenteil bestimmt ist. Durch die Worte: „Die Auszahlung erfolgt nur gegen Rückgabe der Gewinnlose" wird das Aufgebot nicht ausgeschlossen (§ 797 BGB.). Auch durch die Beschränkung der Vorlegungsfrist (§ 801 BGB.) auf wenige Monate wird das Aufgebotsverfahren nicht ausgeschlossen und einer in ihm ausgebrachten Zahlungssperre (§ 1019 ZPO.) die Wirkung, nach § 802 BGB. den Lauf der Vorlegungsfrist zu hemmen, nicht genommen (aM. Rönneberg, GoldschmidtsZ. **70** 219, f. JDR. **10** zu § 1003 ZPO.). — Urteil bestätigt vom **RG.** WarnE. **12** 414.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 1025 ff. Literatur: Oertmann, Hausgesetzliche Schiedsgerichtsklauseln und ihre Wirkung gegenüber dritten Personen, BuschZ. **43** 1—30. — Rehm, Die standesherrliche Schiedsgerichtsbarkeit, ihre Zulässigkeit und ihre Grenzen im heutigen Rechte (Denkschrift für den Verein deutscher Standesherren). Straßburg 1912.

1. a) HansGZ. **12** Beibl. 170 (Hamburg). Die Klausel „Schiedsgericht, Zweifel oder Streitigkeiten über die Auslegung dieses Vertrags oder über die Ausführung einzelner Punkte desselben sind unter gänzlichem Verzicht auf den Rechtsweg durch sachverständige Schiedsmänner zu entscheiden", enthält die Vereinbarung eines Schiedsgerichts. **b)** OLG. **25** 238 (Hamburg). Die Klausel: „Hamburger freundschaftliche Arbitrage" enthält nach der im Amtsbl. **11** Nr. 56 von der Hamburger Handelskammer festgestellten Platzusance die Vereinbarung eines Schiedsvertrags im Sinne der ZPO. **c)** Dagegen HansGZ. **12** Beibl. 297 (Hamburg). Die Klausel

„Hamburger Arbitrage“ stellt nicht einen Schiedsvertrag dar, sondern hat nur die Bedeutung, daß der Käufer auch mangelhafte Ware abnehmen muß und im Falle des Vorhandenseins von Mängeln nur Anspruch auf Minderung des Preises nach Maßgabe der Schätzung von Gutachtern hat (**RG. 73** 259). S. jedoch JDR. **10** 2 e.

2. a) OLG. **25** 235 (Hamburg). Vereinbarung eines Schiedsgerichts liegt nur vor, wenn bestimmte Streitigkeiten in einer die Parteien bindenden Weise entschieden werden sollen. Ist einer Kommission die „Schlichtung“ von Streitfällen übertragen, so läßt dies auch die Deutung zu, daß jene nur die friedliche Erledigung der Streitfälle durchzuführen versuchen, bei mißlungenem Versuche den Parteien aber der ordentliche Rechtsweg offenstehen soll. Ob in solchem Falle vor Anrufung der Schlichtungskommission Klage nicht erhoben werden darf, ist eine Frage, die mit der prozeßhindernden Einrede des Schiedsvertrags (§ 274 Nr. 3) nichts zu tun hat. **b)** BayObLG. **13** 226 (BayObLG.). In dem Schiedsvertrage kann auch die Bestimmung der Höhe einer Vertragsstrafe dem billigen Ermessen des Schiedsgerichts überlassen werden (§ 317 BGB.). Ist die Bestimmung dem „freien Belieben“ des Schiedsgerichts überlassen, so kann (trotz § 319 BGB.) der Vertrag als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sein (§ 138 BGB.).

3. a) **RG.** R. **12** Nr. 2981. Ist nur die Festsetzung der Höhe einer unstreitigen Leistung „Schiedsrichtern“ übertragen, so liegt trotz dieser Bezeichnung (**RG. 67** 71) nur die Bestellung von Schiedsgutachtern vor, denen die Bestimmung der Leistung gemäß § 317 BGB. übertragen ist. **b)** FrankfRundsch. **46** 56 (Frankfurt). Verpflichtet sich eine Partei zur Zahlung einer von einem Sachverständigen zu bestimmenden Entschädigung, so liegt ein Vertrag aus §§ 317 ff. BGB., dagegen kein Schiedsvertrag vor. Denn dieser setzt voraus, daß dem Schiedsrichter die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit, d. h. die Unterordnung von Tatsachen unter Rechtssätze übertragen ist. **c)** OLG. **25** 236 (Hamm) behandelt den Unterschied zwischen Schiedsvertrag und Vertrag über Schiedsgutachten und die bindende Kraft des letzteren für die Parteien. **d)** SächsOLG. **33** 443 (Dresden). Soll bei Streitfragen, „bevor dieselben zur gerichtlichen Entscheidung gebracht werden“, ein „Schiedsgericht“ angerufen werden, so liegt kein Schiedsvertrag vor. Es soll nicht an Stelle des gerichtlichen Verfahrens ein Schiedsverfahren treten, sondern vor Anrufung der ordentlichen Gerichte ein Einigungsamt tätig werden. S. auch oben zu 1 c.

4. a) OLG. **25** 238 (Naumburg). Die Unterwerfung unter das Schiedsgericht der Hamburger Handelskammer enthält zugleich die stillschweigende Unterwerfung unter die Regulative, durch welche das Verfahren vor jenem jeweilig geregelt ist. **b)** **RG.** JW. **12** 132. In der Ladung des Gegners vor das — ständige — Schiedsgericht und deren Annahme kann der stillschweigende Abschluß eines Schiedsvertrags erblickt werden. **c)** **RG.** WarnE. **12** 508, R. **12** Nr. 2982, JW. **12** 1062. In dem beiderseitigen widerspruchslosen Verhandeln über Streitpunkte, die nach dem Schiedsvertrage an sich dem Schiedsgerichte nicht übertragen waren, kann eine stillschweigende Unterwerfung der Parteien unter das Schiedsgericht auch in Ansehung dieser Streitpunkte erblickt werden.

5. a) OLG. **25** 239 (Dresden). Sind dem Schiedsgericht „alle Streitigkeiten der Gesellschafter über die Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnisse“ übertragen, so ist anzunehmen, daß davon auch die nach Auflösung der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnisse noch entstehenden Streitigkeiten umfaßt sein sollen. **b)** OLG. **25** 239 (Hamburg). Die Unterwerfung des Hauptschuldners unter einen Schiedsvertrag gilt auch für den Garantieübernehmer. **c)** NaumburgAK. **12** 57 (LG. Magdeburg). Ein Anstellungsvertrag, nach welchem ein Schiedsgericht über die Zulässigkeit der Kündigung entscheiden und bei Stimmengleichheit die Kündigung als nicht begründet gelten soll, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

6. **RG.** R. 12 Nr. 472. Dadurch, daß die Gesellschaftssatzung allgemein ein Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen Gesellschaft und Mitgliedern vorsieht, wird der Abschluß eines besonderen abweichenden Schiedsvertrags für den Einzelfall nicht ausgeschlossen.

7. LeipzZ. **12** 93 (Colmar). In eingehender Würdigung der Bestimmungen der Börsenordnung wird dargelegt, daß Voraussetzung für die Zuständigkeit des Schiedsgerichts der Straßburger Warenbörse die Schriftlichkeit des Schiedsvertrags bildet.

8. **RG.** JW. **12** 132, DJZ. **12** 282. Eine bestrittene Gegenforderung über die ein Schiedsgericht zu entscheiden hat, kann — bevor diese Entscheidung ergangen ist — im ordentlichen Verfahren nicht zur Aufrechnung verwendet werden.

9. **RG.** JW. **12** 303, WarnE. **12** 154 GewuKfmG. **17** 254, R. **12** Nr. 642. Ein Gewerbegericht kann in seiner Eigenschaft als Einigungsamt (§§ 62 ff. GewGG.) auch zum Schiedsgericht im Sinne der §§ 1025 ff. ZPO. bestellt werden.

10. Oertmann. Die Autonomie des hohen Adels und der ihm nach Art. 58 Abs. 2 EGBGB. gleichgestellten Familien erstreckt sich auch auf die Zulässigkeit von Schiedsgerichtsklauseln. § 1048 ZPO. enthält insoweit nur eine Beschränkung, nicht die Grundlage für die standesherrliche Autonomie (8). — Eine dritte Person braucht sich die Schiedsgerichtsklausel nicht entgegenhalten zu lassen (15). — Über die Frage der Qualifikation eines Hausmitglieds zum standesmäßigen Eheschlusse mit einer Dame kann ein Vergleich nicht geschlossen werden. Sie ist deshalb auch kein geeigneter Gegenstand schiedsgerichtlicher Entscheidung (§§ 1025, 1048) (25). (AM. Rehm 35 ff.) — Eine Klausel, durch die dem Schiedsgericht eine endgültige gerichtlicher Nachprüfung entzogene Entscheidung über die Vorfrage seiner eigenen Zuständigkeit übertragen wird, ist nichtig (28).

§ 1026. RG. JW. **12** 303, GewuKfmG. **17** 254, R. **12** Nr. 643. Sind in einem Tarifvertrag „alle Streitigkeiten" einem Schiedsgericht unterworfen, so bedarf es der eingehenden Prüfung, ob damit für künftige Rechtsstreitigkeiten dem Erfordernisse des § 1026 („bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Rechtsstreitigkeiten") genügt ist.

§ 1028. SchlHolstAnz. **12** 54 (Kiel). Da ein Schiedsrichter bei pflichtmäßiger Auffassung seines Amtes sich in seinem Urteile nicht davon beeinflussen lassen darf, daß er von einer Partei ernannt ist, so verstößt die Vereinbarung, daß die eine Partei die Mehrzahl oder sogar alle Schiedsrichter zu ernennen hat, nicht gegen die guten Sitten (Gaupp-Stein zu § 1028, Wilmowski-Levy zu § 854 a. F.). Ein solcher Verstoß würde nur vorliegen, wenn das Vorrecht in der Absicht ausbedungen wäre, daß die Schiedsrichter mißbräuchlich als Vertreter der Partei wirksam würden.

§ 1029. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2984. Die Einwilligung zur Ernennung eines Schiedsrichters ist nicht schon deshalb unwirksam, weil die Partei gleichzeitig gegen die Zulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens Widerspruch erhebt.

2. SächsOLG. **33** 244, OLG. **25** 239 (Dresden). Vor der Ernennung von Schiedsrichtern hat das Gericht zu prüfen, ob ein wirksamer Schiedsvertrag vorliegt (OLG. **13** 248).

§ 1032. 1. OLG. **25** 241 = R. **11** Nr. 3855 (Naumburg) s. JDR. **10** 1 b. Vorherige Ratserteilung begründet Ablehnung nicht, wenn im Schiedsvertrage vorbehalten.

2. OLG. **25** 241 (Colmar). Aufsichtsratsmitglieder sind nicht grundsätzlich vom Schiedsrichteramt in Streitigkeiten der Gesellschaft mit Gesellschaftsmitgliedern ausgeschlossen.

3. OLG. **25** 240 (Braunschweig). Berechtigte Ablehnung eines Schiedsrichters, der, wenngleich jetzt persönlich unbeteiligt, doch bei Abschluß des Schiedsvertrags auf der einen Seite hervorragend mitgewirkt hat.

§ 1033. SeuffA. **67** 214 (Darmstadt) = OLG. **23** 243 s. JDR. **10** 2. Unmöglichkeit der Bestellung eines Schiedsgerichts aus Verbandsmitgliedern, wenn einem ausgeschiedenen Genossen alle übrigen Mitglieder als Partei gegenüberstehen.

§ 1034. 1. BadRpr. **12** 51, R. **12** Nr. 118 (Karlsruhe). Streitig ist, ob das Schiedsgericht ohne weiteres auch zur Entscheidung über Gegenforderungen des Beklagten zuständig ist. Jedenfalls wird die Zuständigkeit begründet, wenn sich der Kläger widerspruchslos auf die Gegenforderungen eingelassen hat.

2. OLG. **25** 242 (Braunschweig). Wenn ein Schiedsspruch eine Entscheidung über die Kosten enthält, ohne diese dem Betrage nach zu bestimmen, so liegt es dem Schiedsgericht ob, über ihre Höhe nachträglich zu entscheiden (**RG. 59** 149, OLG. **15** 95 [Hamburg], Gaupp-Stein VI, 2 zu § 1042). Die gesonderte Kostenfestsetzung stellt sich als ein ergänzender Schiedsspruch dar, muß also den gleichen Anforderungen wie ein solcher genügen. Er muß daher u. a. mit Gründen versehen sein (§ 1041 Nr. 5) und vor seinem Erlasse müssen beide Parteien gehört werden (§ 1041 Nr. 4). Ist dies unterlassen, so kann die obsiegende Partei nach §§ 1042 Abs. 2 1041 Nr. 4 ein Vollstreckungsurteil bezüglich der Kosten nicht erlangen. Da das Schiedsgericht den einmal abgegebenen Schiedsspruch nicht ändern kann, ist in solchen Fällen auch dem obsiegenden Teile der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs nach § 1041 Nr. 4 zu gestatten. S. auch zu § 1040.

3. Gewährung rechtlichen Gehörs s. unten zu § 1041 Nr. 4.

§ 1036. OLG. **25** 244 (Hamburg). In der auf Antrag des Schiedsgerichts vom zuständigen Gerichte erlassenen Anordnung, daß eine ausländische Behörde um Bewirkung der Zustellung eines Schiedsspruchs ersucht werden solle, liegt eine nach § 47 GKG. gebührenfreie Entscheidung über die Prozeß- und Sachleitung, da die Entscheidung lediglich die Erfüllung der Formvorschrift des § 1039 ermöglichen soll.

§ 1037. OLG. **25** 243 (Naumburg). Bei Streit über das Bestehen eines rechtsgültigen Schiedsvertrags können die Schiedsrichter auch, statt nach § 1037 zu verfahren, ihren Spruch bis zur gerichtlichen Entscheidung über die Streitpunkte aussetzen (GruchotsBeitr. **39** 1137).

§ 1039. 1. **RG.** WarnE. **12** 508, R. **12** Nr. 2986. Da §§ 313, 322 für den Schiedsspruch nicht gelten, schadet es nichts, wenn die Abweisung eines Teiles des Anspruchs nur aus den Gründen hervorgeht.

2. OLG. **25** 245 (KG.). Die Niederlegung des Schiedsspruchs erfolgt auch dann durch die Schiedsrichter, wenn ein Schiedsrichter oder ein Dritter von den übrigen mit der Niederlegung beauftragt worden ist. Ein stillschweigender, sich aus einer Satzung ergebender Auftrag genügt.

3. **RG. 77** 315 = JW. **11** 989 s. JDR. **10** 3. Abschluß des schiedsrichterlichen Verfahrens und Bindung der Schiedsrichter an den Spruch tritt erst ein, wenn allen Erfordernissen des § 1039 genügt, insbesondere die Niederlegung des Spruches erfolgt ist.

4. Zuziehung eines Rechtskundigen nicht als Obmann s. unten zu § 1041 Nr. 4 d.

§ 1040. In einer Eingabe der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin an die Oberzolldirektion (JW. **12** 1005) ist dargelegt, daß wie sonstige Nachträge (**RG.** JW. **11** 482) auch der nachträgliche Kostenfestsetzungsbeschluß mit dem die Kostenentscheidung enthaltenden Spruche des Schiedsgerichts zusammen den Schiedsspruch bildet, daher einen besonderen Stempel gemäß Tarifst. 57 PrStempStG. nicht unterliegt. Die Oberzolldirektion ist dieser Ansicht beigetreten.

§ 1041. I. a) HansGZ. **12** Beibl. 200 (Hamburg). Während die frühere Rechtsprechung (u. a. **RG. 15** 357) nach Aufhebung des Schiedsspruchs durch das Gericht grundsätzlich eine Wiederholung des Schiedsgerichtsverfahrens zuließ, auch

ohne daß ein neuer Schiedsvertrag abgeschlossen würde (so auch jetzt noch Seuffert [11] Anm. 9 zu § 1041, Fuchs, BuschZ. **40** 118), stehen die neuere Rechtsprechung (**RG. 41** 386, JW. **04** 43, GruchotsBeitr. **51** 403, WarnE. **11** 153) und die meisten Kommentare auf dem Standpunkte, daß alsdann ein neues schiedsrichterliches Verfahren unzulässig ist, der Streit vielmehr nunmehr dem ordentlichen Gericht unterliegt. OLG. schließt sich der letzteren Ansicht an, jedoch mit der Einschränkung, daß ein neues schiedsgerichtliches Verfahren insoweit zulässig ist, als der erste Schiedsspruch deshalb aufgehoben ist, weil er über Streitpunkte entschieden hat, die ihm von den Parteien nicht unterbreitet waren. Bezüglich dieser Streitpunkte bleibt der Schiedsvertrag in Kraft. b) BadRpr. **12** 139 (Karlsruhe). Ein formell endgültiger Schiedsspruch erledigt den Schiedsvertrag. Wird der Spruch aufgehoben, ist eine Wiedereröffnung des Schiedsverfahrens nicht zulässig.

II. Nr. 1. a) KGBl. **12** 131 (KG.). Die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Streitteils macht das schiedsrichterliche Verfahren nicht unzulässig (vgl. Jäger, Anm. 6 zu § 146 KO.). b) OLG. **25** 246 (Hamm). Die Rüge der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts schließt, auch wenn ihr eine nähere Begründung nicht beigefügt ist, die Annahme einer Vereinbarung der Zuständigkeit aus. c) BayObLG. **13** 226, OLG. **25** 246, R. **12** Nr. 1930 (BayObLG.) läßt unentschieden, ob eine Partei die Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens wegen Ungültigkeit des Schiedsvertrags nicht geltend machen kann, wenn sie sich vorbehaltslos vor dem Schiedsgericht eingelassen hat (so **RG. 27** 378, **29** 391, **43** 407, Gruchots Beitr. **36** 1210, **37** 365, **39** 1173, **49** 1077). Jedenfalls genügt es, wenn die Partei auch ohne nähere Substantiierung und nicht an erster Stelle vor dem Schiedsgerichte den Schiedsvertrag überhaupt als nichtig bezeichnet hat. Es genügt auch, wenn sie durch Abbrechen der Verhandlungen vor dem Schiedsgerichte zu erkennen gegeben hat, daß sie sich auf das Schiedsgericht nicht weiter einlassen wolle. d) OLG. **25** 242, SeuffA. **67** 381 (Posen) = PosMSchr. **11** 12 f. JDR. **10** II. Forstrat als stimmberechtigtes Mitglied der den Fiskus vertretenden Regierung ungeeigneter Schiedsrichter in Streitigkeiten des Fiskus, die in sein Dezernat fallen.

III. Nr. 4. a) **RG.** ElsLothJZ. **12** 267. Ob den Parteien das rechtliche Gehör gewährt ist, hat das Gericht selbständig nachzuprüfen, auch wenn es im Schiedsspruch ausdrücklich festgestellt ist. Ob das Schiedsgericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme den Parteien Mitteilung zu machen hat, hängt davon ab, ob in ihr für die Entscheidung wesentliche neue Tatsachen zutage getreten sind, über die die Parteien sich noch nicht erklärt haben. b) **RG.** JW. **12** 249. Das Schiedsgericht ist nicht verpflichtet, beide Parteien von seiner Absicht Zeugen zu hören in Kenntnis zu setzen und ihnen die Möglichkeit zu gewähren, der Vernehmung beizuwohnen. c) **RG.** JW. **12** 249. Das Versprechen eines Schiedsrichters, eine Ortsbesichtigung bei Anwesenheit der Parteien vorzunehmen, bindet das Schiedsgericht nicht. d) **RG.** JW. **12** 1062, R. **12** Nr. 2987, 2985, LeipzZ. **12** 846. Zusage einer Verlängerung der Erklärungsfrist durch einen Schiedsrichter bindet das Schiedsgericht nicht. Rechtliches Gehör ist gewährt, wenn den Parteien Gelegenheit geboten ist, alles ihnen erforderlich Scheinende vorzutragen. Vorschriften über Form und Stadium des Verfahrens, in welchem dies zu geschehen hat, bestehen nicht. Zuziehung eines Rechtskundigen als Rechtsberater durch die beiden von den Parteien ernannten Schiedsrichter macht jenen nicht zum Obmanne.

§ 1042. 1. HansGZ. **12** Beibl. 100 (Hamburg). Es ist zulässig, daß eine Partei den Erlaß des Vollstreckungsurteils nur für den ihr günstigen Teil des Schiedsspruchs beantragt. (AM. OLG. **13** 250 (KG.).

2. *Fischer, BuschZ. **43** 87. Über die Zulässigkeit von Einwendungen und Widerklagen im Verfahren auf Gewährung der Vollstreckbarkeit vgl. oben zu §§ 722, 767 ZPO.

3. **RG.** JW. **12** 358, WarnE. **12** 154, SeuffA. **67** 426, R. **12** Nr. 781. Zu einem ausländischen Schiedsspruche kann ein Vollstreckungsurteil nicht erwirkt werden, wenn den zwingenden deutschen Vorschriften, insbesondere dem § 1039 nicht genügt ist. Dadurch wird aber eine Klage auf Erfüllung des Schiedsspruches nicht ausgeschlossen. Ein Schiedsvertrag enthält naturgemäß immer die Vereinbarung und Verpflichtung, das zu leisten und zu erfüllen, was der Partei durch den Spruch (dessen Zustandekommen gemäß den dafür maßgebenden Abmachungen vorausgesetzt) auferlegt wird.

§ 1045. OLG. **25** 244 (Naumburg). Wenn auch im Verfahren gemäß §§ 1029, 1045 das Gericht die Gültigkeit des Schiedsvertrags zu prüfen hat, so bezieht sich diese Prüfung doch nur auf die formale Gültigkeit. Zwecks Feststellung der materiellen Gültigkeit ist deshalb daneben eine Feststellungsklage zulässig.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Das Sammelergebnis des Jahres 1912 war wieder reichlich. Unter anderem hat man sich viel mit den Ansprüchen auf Befriedigung (§ 10), den Zuschlags-Kosten und -Steuern (§ 58), dem Erlöschen der Rechte (§ 91), mit Verteilungsstreitigkeiten (§ 115), mit der Zwangsverwaltung und den Schwierigkeiten, womit diese zu kämpfen hat, beschäftigt. S. auch die Vorbem. vor §§ 49, 115, 146 — 2. Von den unten mitgeteilten Entscheidungen, die mit ➳ ... Red. ⟵ bezeichnet sind, liegen, soviel bekannt, bisher Veröffentlichungen nicht vor. — 3. Auf die schon in früheren Bänden dieses Jahrbuchs erwähnten Entscheidungen, die neuerdings in Zeitschriften angegeben sind, war unten nur ausnahmsweise zurückzukommen. — 4. Die Abkürzung „ZwV." bedeutet unten überall: „Zwangsversteigerung", dagegen „ZwVerw.": „Zwangsverwaltung" und „TV.": „Teilungsversteigerung". — 5. Die unten vorkommenden Paragraphen ohne Beisatz sind solche des ZVG. — 6. Ortsnamen ohne Beisatz bedeuten die dortigen Oberlandesgerichte. — 7. Bei einzelnen angeführten Entscheidungen des RG. ist deren in den Zeitschriften nur teilweise abgedruckter Inhalt aus den Urschriften ergänzt.

Literatur: Dietz, Rechtsfälle mit Lösungen zum Studium des Grundbuchrechts und der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Ansbach 1912. — Jäckel-Güthe, Reichsgesetz über die ZwV. und die ZwVerw. (4). Berlin 1912. — Marcus, Reichsgesetze, Preußische Gesetze und Ausführungsvorschriften betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Textausgabe mit Inhaltsübersicht, Rechtsquellenverzeichnis und Sachregister. Leipzig 1912. — Samter, Handbuch zum Verfahren der ZwV. und ZwVerw. mit Selbstexaminatorium (2). Berlin 1912. — Wenz und Wagner, Handbuch für die ZwV. und ZwVerw. (4). Cöln 1912. — Wiener und Samolewitz, Die Rechtsunsicherheit des Hypothekengläubigers und Vorschläge zur Besserung. Berlin 1912.

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. **RG.** R. **12** Nr. 547. Die Bedeutung des Wortes „Grundstück" ist nicht überall die gleiche. Die preuß. Abgabengesetzgebung versteht darunter jede in den Steuerkarten und -büchern mit besonderer Nummer aufgeführte Grundfläche, das Liegenschaftsrecht des BGB. und der GBO. dagegen nur eine Grundfläche, die eine besondere Stelle im Grundbuche hat, mag sie auch aus einer ganzen Reihe

von katastermäßig selbständigen Grundstücken bestehen (vgl. PrJMBl. **99** 349). Der gewöhnliche Verkehr endlich sieht vornehmlich auf die selbständige wirtschaftliche Benutzung einer Grundfläche.

2. Grundstückseinheit § 63 Ziff. 1. Windmühle in Erbzins § 148 Ziff. 2.

§ 3. 1. DRZ. **12** 746 (Redaktion) empfiehlt namentlich den größeren ZwV.-gerichten, den Akten eine Nachweisung, enthaltend die Beteiligten, deren Bevollmächtigte und die betreffenden Seiten der Akten, zum Zwecke größerer Sicherheit der Zustellungen und Arbeitsersparnis vorzuheften.

2. Zustellungsfehler § 27 Ziff. 1. Zustellung bei Gütertrennung § 41 Ziff. 1. Doppelzustellung § 88 Ziff. 1.

§ 9. 1. *Krafft, BayRpflZ. **12** 271. Der Ehemann einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau, für die ein Recht im Grundbuch eingetragen oder durch Eintragung gesichert ist, ist nicht Beteiligter im Sinne des § 9, er kann es auch nicht durch Anmeldung seiner ehemännlichen Rechte werden. Er ist jedoch mit Rücksicht auf seine materielle Stellung, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß ZwV.-bedingungen in Frage kommen können, die eine Verfügung über das Recht der Frau enthalten oder daß in der Zustimmung zu solchen anderweit beantragten Bedingungen eine Verfügung über jenes Recht liegt, im ZwV.verfahren zuzuziehen. Gleiches gilt aus gleichem Grunde im Verteilungsverfahren, in dem insbesondere Vereinbarungen nach § 91 Abs. 2 und die Empfangnahme des auf das Recht der Frau treffenden Erlöses den Charakter von Verfügungen über das Recht der Frau haben. — Leben die Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft, in Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft und gehört das Recht der Frau zum Gesamtgute, was vermutet wird, so kann der Mann durch Anmeldung seines Rechtes die Stellung eines Beteiligten erlangen. Unterläßt er die Anmeldung, so muß seine Zuziehung aus Gründen des materiellen Rechtes in ähnlicher Weise wie beim gesetzlichen Güterstand erfolgen (s. auch § 96 Ziff. 1!).

2. Gutmann, DNotV. **12** 839. Der nach § 928 Abs. 2 BGB. aneignungsbefugte Fiskus kann durch Anmeldung dieser Befugnis nicht Beteiligter werden. Ein der ZwV. entgegenstehendes Recht steht ihm nicht zu.

3. Berechtigte bei Amortisationshypotheken § 12 Ziff. 1, 2. Rangvorbehalt § 20 Ziff. 1. Zustellung an den Ehemann § 41 Ziff. 1. Vormerkungen § 48. Anmeldung § 43 Ziff. 2. ZwV.schuldner im Konkurse § 96 Ziff. 3. Grundschuldverpfändung § 115 Ziff. 2. ZwV.schuldner § 115 Ziff. 16, 19. Feuerversicherungsbeiträge § 148 Ziff. 3. Duldung des Ehemanns § 132 Ziff. 1.

§ 10. 1. Busch, Das Recht der Hypothekenschuldurkunde, ZBlFG. **12** 693, erklärt 710 ff. die Eintragung der Hypothekenzinstermine in das Grundbuch als bedeutungsvoll für die ZwV. und führt weiter aus: Die Bestimmungen in Ziff. 4 und 8 des § 10 dienen zum Schutze der nacheingetragenen Berechtigten gegen unvorherzusehendes Vorgehen großer unverjährter Zinsrückstände. Unter laufenden Zinsen versteht man nach § 13 die, welche von dem letzten Fälligkeitstermine vor der Beschlagnahme zu entrichten sind. Die rückständigen werden von demselben Zeitpunkte zurückgerechnet. Eine Einschränkung enthält auch § 37 Ziff. 4 dahingehend, daß nicht angemeldete Zinsrückstände endgültig unberücksichtigt bleiben, also auch nicht mittels nachträglicher Bereicherungsklage gefordert werden können (**RG. 76** 379). Das KG. hat, seine Ansicht ändernd, entschieden, daß der Eigentümer ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehend Berechtigten die Verzinsung (mit der rechtlich gezogenen Grenze des § 10) bis zu 5 vom Hundert erhöhen könne (ZBlFG. **10** 501). Die dabei unentschieden gelassene Frage, ob diese Befugnis des Eigentümers auch für solche Zinsen besteht, die für eine bereits vergangene Zeit versprochen werden, dürfte zu verneinen sein. (821): Zu den Kosten im Sinne des § 1118 BGB. (§ 10 ZVG.) gehören: die der Kündigung der Hypothek, auch wenn sie durch

einen Rechtsanwalt geschieht, die Kosten der dinglichen Klage, der Einleitung und des Beitritts bei ZwV., der Teilnahme eines nicht betreibenden Gläubigers am Versteigerungstermine. Zweifelhaft ist, ob Kosten einer ergebnislosen Zwangsvollstreckung und der Zwangsvollstreckungsprozesse hierher gehören. Nicht unter § 1118 fallen: Aufwendungen für Registerauszüge, Kosten des Darlehnsgeschäfts ferner in bezug auf Versicherungsprämien, für anwaltschaftliche Vertretung in einem Verfahren, in dem der Gläubiger nicht der betreibende ist, Sicherungskosten nach § 1134 BGB., endlich Kosten des Rechtsstreits über den persönlichen Anspruch. →→ Über Zinsfußerhöhung s. ähnliche Ansichten des OLG. Hamburg in JDR. **10** § 10 Ziff. 3 und des LG. Leipzig in ZBlFG. **12** 726! Red. ←←

2. RJA. **11** 248, ZBlFG. **13** 123, R. **12** Nr. 1620 (KG.). Die Eintragung nachträglich vereinbarter Amortisationsleistungen bedarf nach § 1119 Abs. 2 BGB. nicht der Zustimmung der im Grundbuche nachstehenden Berechtigten. Dem steht auch § 10 Ziff. 4 nicht entgegen. Diese Vorschrift bezieht sich vielmehr allein auf den Fall der Zwangsvollstreckung. Sie kann möglicherweise die Wirksamkeit einer solchen Abmachung im ZwV.verfahren insofern beeinträchtigen, als die länger als zwei Jahre rückständigen Amortisationsraten nicht mit dem Range des Kapitals berücksichtigt und daher nicht in das Bargebot eingestellt werden. Über dieses Gebiet hinaus aber wirkt jene Sonderbestimmung nicht.

3. Ebbecke, Die Eigentümerhypothek, R. **12** 467. Das Recht des Eigentümerhypothekars wird bei ZwV. wegen des Hauptgeldes, bei ZwVerw. wegen der Zinsen seit Einleitung dieses Verfahrens (§ 1197 BGB.), um nicht den nachfolgenden oder gleichstehenden dinglichen Gläubigern einen ungerechtfertigten Vorteil zuteil werden zu lassen, wie eine ordentliche Hypothek behandelt. Trotz der Beschlagnahme darf er über die Eigentümerhypothek mit Zinsen von der Abtretung an verfügen. Nur den Zinsfuß darf er zum Nachteil anderer Realgläubiger nicht erhöhen. Auch der Erwerb einer Eigentümerhypothek wird durch das ZwV.verfahren nicht ausgeschlossen und wird erst durch ihr Erlöschen mittels Zuschlags unmöglich (aM. bei Verzicht auf den Hebungsbetrag Predari, GruchotsBeitr. **55** 839). Gegen sich selbst kann der Eigentümerhypothekar weder ZwV. noch ZwVerw. betreiben.

4. DJZ. **12** 1192 (Kiel). Streitig ist, ob durch ein auf Grund des § 15 PrFluchtlG. erlassenes Ortsstatut die Fälligkeit von Straßenanliegerbeiträgen unbeschadet des Ranges des § 10 Ziff. 3 dadurch hinausgeschoben werden kann, daß den Schuldnern Ratenzahlungen bewilligt werden. Es kann die Bejahung dieser Frage für den Fall dahingestellt bleiben, daß das Recht der Ratenzahlungen unmittelbar und ausschließlich aus dem Statut entspringt. Zu verneinen ist sie, wenn die Ratenzahlungen durch privatrechtliche Abmachungen vereinbart sind, mögen diese Abmachungen auch nach Maßgabe des Statuts erfolgt sein.

5. PrVerwBl. **33** 769 (OVG.). Allerdings haftet der Ersteher nicht für nicht angemeldete Lasten und Abgaben. Dies trifft aber für die geforderten Straßenbaukosten nicht zu. Denn die Beitragsforderung gehört selbstverständlich nicht zu den laufenden Abgaben und war damals (zur Zeit der ZwV.) noch nicht rückständig.

6. Krug, PrVerwBl. **33** 495. Eine sich in einer einmaligen Leistung erschöpfende öffentliche Last wird „rückständig", auch wenn sie wegen Stundung noch nicht fällig ist. Anders, wenn verschiedene Jahresraten, fällig an genau bestimmten Terminen, veranlagt werden.

7. Plank, WürttZ. **12** 102, bekämpft ein Urteil des OLG. Stuttgart vom 25. 11. 09, wonach in Württemberg Grund- und Gebäudesteuern, sowie der Brandschaden öffentliche Lasten im Sinne des § 10 Ziff. 3 nur dann sein sollen, wenn der Grundstückseigentümer zugleich ihr persönlicher Schuldner ist. Letztere Einschränkung sei unhaltbar.

8. Lüttich, Gemeindeabgaben in der ZwV. und ZwVerw., ABürgR. **37** 399 ff., behandelt diesen Stoff für Preußen eingehend und führt unter anderem folgendes aus: Zu den gemeinen Lasten gehören: die Grund- und Gebäudesteuer, die Anliegerbeiträge nach § 15 FluchtlG., die Beiträge nach § 9 KAG., die Gebühren aus § 6 (nicht aber aus § 4) KAG., nicht auch Umsatz- und Wertzuwachssteuern. — Die privatrechtliche Dinglichkeit besteht nicht für die gemeine Last als solche, sondern gemäß § 10 Ziff. 3, 7 nur wegen der laufenden und rückständigen Beträge. Entscheidend ist die Fälligkeit. Hierzu gehört Gültigkeit des Ortsstatuts oder Beschlusses, rechtsgültige Heranziehung und Beziehung des Abgabenbetrags zum Grundstücke. Eine in einmaliger Leistung bestehende Abgabe haftet dinglich auf dem Grundstücke, wenn dieses vor ihrer Zahlung, aber nach ihrer Fälligkeit veräußert wurde. Regelmäßig wiederkehrende Leistungen, wenn bereits veranlagt und entstanden, belasten ebenfalls das veräußerte Grundstück weiter, während der bisherige Eigentümer öffentlich-rechtlich persönlich weiter haftet. Ist aber Heranziehung des früheren Eigentümers unterblieben, so kann Dinglichkeit für die auf seine Eigentumszeit entfallenden Beträge nicht mehr begründet werden. Nach § 10 Abs. 2 erstreckt sich das Recht der Befriedigung aus dem Grundstück auch auf die nach freiem Ermessen des Richters zu beurteilenden Kosten, zum Teil auch die eines früheren fruchtlosen Vollstreckungsverfahrens und auf Kostenvorschüsse (§§ 109, 155). Die Rangordnung ist im § 10 Ziff. 3 u. 7 bestimmt (vgl. **RG. 22** 139). Wie die „letzten zwei Jahre" zu berechnen sind, sagt § 13 mit § 22. Für die ZwVerw. gilt nach § 146 unter Berücksichtigung des § 151 dasselbe. Für die einmaligen Leistungen fehlt eine entsprechende Vorschrift, hier werden die zwei Jahre von dem Zeitpunkte der Beschlagnahme zurückgerechnet. Stundungen sind für § 10 Ziff. 3 ohne Bedeutung. — Die Deichlasten und die im Art. 3 AGZVG. angegebenen Renten, Kosten und Vorschüsse gehen den Gemeindeabgaben vor. — Die Gemeinde kann entweder an einem von anderen betriebenen ZwV.verfahren teilnehmen oder ein solches wegen ihrer dinglichen oder persönlichen Abgabenforderungen nach § 90 KAG. mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Art. 80 AusfAnw. vom 28. November 1899) selbst betreiben. (Über Inhalt des Antrags, Beschwerden, Beitritt usw. wird Näheres ausgeführt, ebenso über Anmeldung und Glaubhaftmachung, geringstes Gebot mit Zahlenbeispielen, ZwV.bedingungen, Selbstbieten der Gemeindevertreter, wozu formgerechte Vollmacht nötig, und Zuschlag.) — Im Verteilungsverfahren sind die Kosten dem Erlöse vorweg zu entnehmen. Deren Gläubigerin ist in der Regel die Gerichtskasse, hat aber die Gemeinde als betreibende Gläubigerin Vorschüsse auf die Kosten geleistet, so tritt sie insoweit ganz in die rechtliche Stellung der Gerichtskasse ein, rangiert aber mit ihrem Betrage hinter dieser. — Gegen formelle Mängel des Teilungsplans ist sofortige Beschwerde, im übrigen als wichtigster Rechtsbehelf der Widerspruch gegeben (worüber Näheres ebenso wie über die Ausführung des Teilungsplans dargelegt wird). Ein Widerspruch des Abgabenpflichtigen gegen die Gemeinde, der sich lediglich auf die Unrichtigkeit der Heranziehung stützt, ist, falls der Widersprechende den Grund seines Widerspruchs angibt, auf die Ausführung des Planes ohne jeden Einfluß. — Betreibt ein anderer Gläubiger die Zwangsverwaltung, so bedarf es nur, wenn es zur Verteilung kommt, einer Benachrichtigung der Gemeinde durch den Zwangsverwalter, der sonst von selbst für die Abgabenberichtigung zu sorgen hat (§ 156 Abs. 1). Zum eigenen Betriebe bedarf die Gemeinde in der Rheinprovinz und in Westfalen keiner Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Nach §§ 155 Abs. 2, 10, 156 Abs. 1 werden alle rückständigen und die laufenden Beträge einmaliger Abgaben als nicht zu den Ausgaben der Verwaltung gehörig, in der ZwVerw. überhaupt nicht berichtigt. Dies betrifft aber nur die dinglichen Abgaben. Dagegen werden ein großer Teil der Benutzungsgebühren aus § 4 KAG. (für Wasser usw.), ferner Gewerbesteuern für den Gewerbebetrieb

des Zwangsverwalters, nicht dingliche Verwaltungsgebühren (§ 6 KAG.) und indirekte Steuern, unter Umständen zu den „Ausgaben der Verwaltung" zu rechnen sein. Deren „Veranlagung" ist dem Verwalter gegenüber vorzunehmen. (Es folgen noch Ausführungen über die Berichtigung laufender Beträge der öffentlichen Lasten durch den Zwangsverwalter, über das Verteilungsverfahren in der ZwVerw. und die Rechtsbehelfe der Gemeinde in diesem, insbesondere auch über die Klage auf Änderung des Teilungsplans nach § 159 Abs. 1.)

9. RheinARV. **30** 110 (Celle). In der im Grundbuch in Bezug genommenen Schuldurkunde ist bestimmt, daß die Zahlungen an die Widerspruchsklägerin an ihrer Kasse zu Breslau zu geschehen haben. Die Kosten der Übersendung des Geldes gehörten also zu den Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung, aber nur die für die Übersendung wirklich aufgewendeten Kosten, nicht die durch Mitwirkung eines Rechtsanwalts etwa entstandenen Gebührenschulden der Klägerin.

10. SchlHolstAnz. **12** 93 (Kiel). Nur zur Hebung gestellte, fällige Straßenanliegerbeiträge (nach § 15 PrStruBauflG. vom 2. Juli 1875) genießen den Vorrang des § 10 Ziff. 3. Dies gilt nicht für Ratenzahlungen, die durch privatrechtliche Abmachungen vereinbart sind, mögen diese Abmachungen auch nach Maßgabe des Statuts erfolgt sein.

11. SächsOLG. **33** 131. Die gemeindliche Wertzuwachssteuer ist keine öffentliche Grundstückslast im Sinne des § 10 Ziff. 5.

12. BadRpr. **12** 257 (VerwGH.). Nach §§ 22 Ziff. 7, 25 BadOrtsstrG. haftet der Erwerber des Grundstücks für rückständige Straßenkostenbeiträge und zwar der Ersteher auch dann, wenn diese Beiträge zur ZwV. nicht angemeldet worden waren.

13. HessRspr. **13** 249 (LG. Mainz). Mehrere Gläubiger, die ZwV. beantragen, haften weder nach ZVG., noch nach GKG. (§ 91), noch nach HessGKG. als Gesamtschuldner für die Gerichtskosten.

14. Amortisationshypothek § 12 Ziff. 1, 2. Rangvorbehalt § 20 Ziff. 1. Anmeldung § 43 Ziff. 2. Vormerkungen § 48. Preußische Grundsteuer § 56 Ziff. 2. Verwendungen § 59 Ziff. 1. Zuschlagskosten usw. § 58. Verfahrenskosten § 109. Fall der Doppelbefriedigung § 75 Ziff. 3. Feuerversicherung § 148 Ziff. 3. Recht auf Mietzinsen § 155 Ziff. 1.

§ 11. 1. **RG. 79** 170, JW. **12** 587, R. **12** Nr. 1308. Es bestanden die zum Teil unter sich wieder mit verschiedenem Range zerlegten Hypotheken: Nr. 8 zu 23 700 M., Nr. 9 zu 35 000 M., Nr. 10 zu 280 000 M. und Nr. 11 zu 10 000 M. Nr. 8 hat zuerst der Nr. 9, dann Nr. 9 den Posten 10 und 11, zuletzt Nr. 8 der Post 10 den Vorrang eingeräumt. Diese Nr. 10 wurde später bis auf 18 026 M. wegen Verzichts gelöscht. Im Teilungsstreit erkannte das RG. zugunsten des Vorranges von 5987 M. eines klagenden Gläubigers unter Nr. 9 gegenüber einem Gläubiger von Nr. 8 und sprach dabei aus: Zwischenrechte werden nach § 880 Abs. 5 BGB. durch Rangänderungen nicht berührt und dürfen davon weder Nachteil noch Vorteil haben. Es ist rechtsirrtümlich und verstößt gegen § 880 Abs. 5 BGB., wenn die Vorderrichter aus der früheren Vorrangseinräumung von Nr. 9 (an Nr. 10), die Nr. 8 gar nichts angeht und ihr keinen Vorteil bringen darf, herleiten wollen, daß Nr. 8 nur noch dem Reste von 245 000 M. (280 000—35 000 M.) den Vorrang eingeräumt habe. In der Tat war den ganzen 280 000 M. der Vorrang gewährt und es standen der Nr. 8 demnach, auch ohne daß es auf die vom Kläger behauptete besondere Vereinbarung ankam, 35 000 M. + 28 00000 M. und nach dem teilweisen Verzicht von Nr. 10 noch 35 000 M. und 18 424,25 M. (mit Anhang berechnet) vor. Vgl. hierzu das nämliche Ergebnis in **RG. 64** 100! (S. a. § 115 Ziff. 1.)

2. R. **12** Nr. 2669 (KG.). Das bestehende Rangverhältnis unter den Hypotheken, die gleichzeitig einer nachstehenden Hypothek den Vorrang eingeräumt haben, bleibt unverändert.

3. Voigt, Rangrücktritt und Löschungsvormerkung, BayRpflZ. **12** 412, bespricht den Interessenwiderstreit, der dadurch entsteht, daß einerseits nach § 880 Abs. 4 BGB. das vorgetretene Recht seinen besseren Rang trotz rechtsgeschäftlichen Unterganges des zurückgetretenen Rechtes behält und daß andererseits das zurücktretende Recht eine mit einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. belastete Hypothek ist. Er hält — jedoch unter Einschränkungen — das Recht des aus der Löschungsvormerkung Berechtigten für das stärkere und zeigt an verschiedenen Zahlenbeispielen und unter Bezugnahme auf **RG. 52** 8 die Lösung. Er schließt mit dem Satze: Nach der ZwV. kann der Löschungsanspruch nur mehr soweit geltend gemacht werden, als es zur Befriedigung des begünstigten Rechtes aus dem ZwV.erlös erforderlich ist und nur insoweit kann demgemäß auch eine Änderung der durch den Rangrücktritt geschaffenen Lage verlangt werden.

4. Rangrücktritte § 115 Ziff. 1.

§ 12. 1. Busch, Das Recht der Hypothekenschuldurkunden, ZBlFG. **12** 693 ff., führt unter anderem über Hypotheken mit Tilgungszinsen (Amortisation) 735 ff. folgendes aus: Die Tilgungszuschläge gelten nach jetziger Rechtsprechung nicht als Nebenleistungen nach § 1115 BGB., sondern als Kapitaltilgungsbeträge (**RG. 54** 88). Folge hiervon ist das Entstehen der Eigentümergrundschuld für jeden einzelnen abgezahlten Betrag (GruchotsBeitr. **49** 766). Anders dagegen, wenn nach dem Darlehnsvertrage die Tilgungsbeiträge nicht zur alsbaldigen Tilgung der Hypothek dienen, sondern als besonderes Guthaben des Schuldners eine Zeitlang aufgesammelt werden. Hier tritt die Tilgung der Hypothek (nicht sofort, sondern) erst mit der Zeit der nachmaligen Aufrechnung ein. — Für die Amortisationsbeiträge der Landschaften und ritterschaftlichen Kreditinstitute gilt aber nach ihren gemäß Art. 167 EGBGB. zugelassenen Satzungen Sonderrecht, wonach ein (durch Dritte nicht angreifbarer) Amortisationsfonds geschaffen, die Zahlungswirkung der Tilgungsbeiträge ausgeschlossen, die Aufrechnung bis zum Schlusse aufgeschoben werden kann und der Anteil des Eigentümers am Tilgungsfonds sein selbständiges Aktivum bildet. Dies Aktivum ist ein Bestandteil des Grundstücks nach § 96 BGB. Andere Kreditinstitute, insbesondere Sparkassen und Hypothekenbanken können derartiges nicht bestimmen. — Ob das Guthaben des Eigentümers am landschaftlichen Amortisationsfonds zur Teilungsmasse bei ZwV. gehört, also zur Befriedigung der Hypothekengläubiger zu verwenden ist, richtet sich nach den Bestimmungen der Landschaft (**RG. 27** 219, **24** 317). Wenn die Satzungen darüber nichts enthalten, geht regelmäßig jener Anteil auf den Ersteher in der ZwV. über (§§ 20, 55 Abs. 2). Dann ist bei Feststellung des geringsten Gebots die Pfandbriefhypothek voll anzusetzen, und liegt dem Ersteher eine Zuzahlungspflicht nach § 50 ob. — Die Tilgungsraten einer gewöhnlichen Amortisationshypothek werden, soweit sie bezahlt sind, bei der ZwV. entsprechend ihrer rechtlichen Natur als Kapitalzahlungen behandelt. Die durch sie entstandenen Eigentümerhypotheken sind entweder in das geringste Gebot mit aufzunehmen oder durch Barzahlung mit zu decken. Die noch nicht gezahlten Tilgungsbeträge werden dagegen gleich Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen behandelt (§§ 10 Ziff. 4, 12 Nr. 2 u. 47). Bei Feststellung des geringsten Gebots sind ihre laufenden Beträge von Amts wegen, ihre rückständigen nur auf Anmeldung (§ 45) und in den Grenzen des § 10 Ziff. 4 zu berücksichtigen. Sie bilden einen Teil des Bargebots (§ 49). Wird insoweit der Gläubiger befriedigt, so erlischt der entsprechende Teil seiner Hypothek gemäß § 1181 BGB.

2. OLG. **24** 247, R. **12** Nr. 2136 (Marienwerder). Amortisationsfonds sind nur bei land(ritter-)schaftlichen Kreditanstalten Zubehör des Grundstücks. Bei den übrigen

Amortisationshypotheken erwirbt der Eigentümer, soweit die Tilgung reicht, Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld.

3. Nachträglich vereinbarte Amortisation § 10 Ziff. 2.

§ 13. Laufende und rückständige Zinsen § 10 Ziff. 1. Amortisationshypotheken § 10 Ziff. 2, § 12. Gemeindeabgaben § 10 Ziff. 8.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§ 15. 1. BuschsZ. **42** 379 (AG. Paderborn). Ein Rechtsanwalt beantragte als Prozeßbevollmächtigter des Stadtmagistrats P. wegen eines festgesetzten Straßenbaubeitrags die ZwV. eines Grundstücks. Der Antrag wurde nach § 51 PrVO. vom 15. November 1899 abgewiesen, weil ihm ein unterschriebenes und mit Siegel oder Stempel versehenes Ersuchen des Magistrats nicht beilag.

2. Kein Antragsrecht des Eigentümerhypothekars § 10 Ziff. 3. Zwangsvollstreckung nach Anfechtung der Anteilsveräußerung § 180 Ziff. 4. Preuß. Kreditanstalten § 10 Ziff. 1 EG.

§ 16. Busch, ZBlFG. **12** 807, bespricht die von ihm und in **RG. 76** 116 verneinte Frage, ob der persönliche Vollstreckungstitel dem dinglichen gleichsteht, wenn er sich ersichtlich auf denselben Anspruch bezieht. Er ist der Ansicht, daß die Feststellung der Verpflichtung, „Hypothekenzinsen" zu zahlen, auf eine persönliche Leistung gerichtet ist und ein Verlangen des Gläubigers, Befriedigung aus der Hypothek zu suchen, nicht erkennen läßt (ZBlFG. **5** 720 [Dresden]).

§ 17. Aufgabe des Eigentums § 107 Ziff. 1, § 152 Ziff. 8.

§ 18. ZwV. in zwei Hälften, dann in das Ganze § 27 Ziff. 2.

§ 19. 1. Josef, Beschwerderecht der Beteiligten gegen die Ablehnung des von einer Behörde gestellten Eintragungsantrags, SächsRpflA. **12** 457 ff., gelangt 461 zu folgenden Schlußsätzen: Wenn eine Behörde am Verfahren formell beteiligt ist, d. h. nicht als persönlicher Vertreter, sondern im eigenen Namen das Interesse der Beteiligten wahrnimmt, und das Gericht den Eintragungsantrag der Behörde ablehnt, so steht nicht nur ihr, sondern auch dem materiell Beteiligten die Beschwerde zu, selbst wenn dieser nicht selbst zur Antragstellung berechtigt war, wie z. B. der Vollstreckungsgläubiger oder der Ersteher in den Fällen der §§ 19, 130. Denn beeinträchtigt ist auch hier durch die Ablehnung das Recht des materiell Beteiligten, und daraus, daß diesem das Antragsrecht entzogen ist, folgt nicht, daß er auch das grundsätzlich jedem Beeinträchtigten zustehende Beschwerderecht nicht hat.

2. Baumann, BadNotZ. **12** 146. Wenn neben der Eintragung einer früher beantragten Hypothek auch die Eintragung des ZwV.vermerkes auf ein zeitlich späteres Ersuchen des Vollstreckungsgerichts am gleichen Tage bewirkt werden soll, so darf bei diesen Einträgen ein „Rangvermerk" nach § 46 Abs. 2 GBO. nicht gemacht werden (dagegen OLG. Karlsruhe aaO. 166).

§ 20. 1. Fraeb, ZBlFG. **12** 613, bespricht die Rechtsfolgen einer gegen §§ 135, 136 BGB. verstoßenden Verfügung, insbesondere die zahlreichen voneinander abweichenden Meinungen darüber und gelangt selbst zu folgenden Sätzen: Die verbotswidrige Verfügung ist, solange das Recht des Geschützten noch besteht und kein Verzicht auf dasselbe oder eine Genehmigung des Geschützten vorliegt, als nichtig zu behandeln. Diese resolutiv bedingte Nichtigkeit begründet aber ebenso wie das resolutiv bedingte Rechtsgeschäft bereits eine gesicherte Aussicht auf die bei Eintritt der Bedingung zu erwartenden Rechtswirkungen (vgl. § 10 Ziff. 6 und Eccius, GruchotsBeitr. **50** 485). Besondere Schwierigkeiten bietet hier der Rangvorbehalt, der eine dingliche Befugnis begründet. Wenn z. B. bei einer Hypothek von 10 000 M. des B. eingetragen ist, daß sich der Eigentümer vorbehalte, eine Belastung von 10 000 M. im Vorrang eintragen zu lassen, nahm man bisher an, daß diese Befugnis durch einmalige

Anwendung verbraucht werde und der Grundbuchrichter würde es daher abzulehnen haben, nach der Beschlagnahme auf Antrag des A. für D. ohne Genehmigung des betreibenden Gläubigers C. 10 000 M. mit dem Range vor B. einzutragen. Aber jetzt ist jene Lehre vom Verbrauch aufgegeben und angenommen, daß der Rangvorbehalt erst durch rechtsgeschäftliche Aufhebung und Löschung seiner selbst oder des Vorbehaltsrechts (der Vorhypothek) oder durch den Zuschlag erlösche (vgl. KGJ. **40** A 239, RJA. **8** 55, R. **07** Nr. 2738). Zweckmäßig wird daher jetzt der Grundbuchrichter die Hypothek eintragen mit dem Beisatze (gemäß § 10 Ziff. 6), daß sie infolge der Beschlagnahme dem C. gegenüber unwirksam sei. Nur dadurch wird bona fides nach Eccius ausgeschlossen. AM. KG. RJA. 8 52. Im Falle der Eintragung des beschränkenden Beisatzes ist D. bei Berechnung des geringsten Gebots unzweifelhaft nicht zu berücksichtigen, wohl aber B., was auch als billig erscheint.

2. v. Ziegler, BayRpflZ. **12** 169 (171). Aus §§ 37 Ziff. 5 ZVG., 771 ZPO., wodurch auch das Miteigentum geschützt ist, folgt, daß die ZwV. sich nicht auf die im Miteigentume stehenden Zubehörstücke erstreckt, wenn der nicht schuldnerische Miteigentümer die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich dieser Stücke erwirkt hat. Daraus muß aber weiter gefolgert werden, daß sich auch die Hypothek selbst nicht auf im Miteigentume stehende Zubehörstücke erstrecken kann; denn es fehlt dem Hypothekengläubiger die Möglichkeit, diese Pfandhaftung durch ZwV. zu verwirklichen. Dem tut es keinen Eintrag, daß der Gläubiger die Anteilrechte seines Schuldners an diesen Zubehörstücken pfänden kann. Diese Vollstreckung geschieht nicht im ZwV.verfahren, sondern in einem gesonderten Verfahren gemäß § 857 ZPO. Die §§ 865 und 864 das. stehen dem Gesagten nicht entgegen, bei dem nur Bruchteilseigentum (§ 1008 BGB.) behandelt wurde. Beim Miteigentume zur gesamten Hand wird die Frage noch einfacher. Selbst wenn man hier die Hypothek auch auf das Miteigentum an Zubehörstücken erstrecken würde, könnte sie nur auf dem Anteile des Miteigentümers, nicht auf einem körperlichen Teile der Sache ruhen. Eine Verfügung über den Anteil selbst ist aber ausgeschlossen. Es kann daher auch der Anteil nicht belastet sein und demzufolge sich die Hypothek hier auf gar keinen Fall auf die im Gesamthandmiteigentume des Nichtschuldners stehenden Zubehörstücke erstrecken. Daß sie gegebenenfalls nach § 55, wenn der Miteigentümer Einstellung nicht erwirkt, mit versteigert werden können, ist eine Sache für sich. ➽ Vgl. JDR. **4** § 20 Ziff. 7, **7** § 180 Ziff. 1! Red. ⬅

3. OLG. **24** 248, R. **12** Nr. 2251 (Hamburg). Die Beschlagnahme umfaßt nur diejenigen Gegenstände, die noch bei ihrem Eintritte Zubehör sind oder es später werden, nicht auch solche, die es früher einmal waren.

4. ➽ **RG.** 30. 12. 12. Die Maschinen der in Konkurs verfallenen offenen Handelsgesellschaft P. u. L. befanden sich mit der Fabrik selbst auf einem im Alleineigentume des Gesellschafters P. stehenden Grundstücke. Der Konkursverwalter K. klagte gegen den die ZwV. betreibenden Hypothekgläubiger B. auf Unzulässigkeit der ZwV. in sie usw., weil sie nicht ins Eigentum des P. gelangt seien. LG. und OLG. gaben der Klage im wesentlichen statt; das RG. verwies die Sache aus folgenden Gründen zurück: Daß P., wie für das Grundstück, so auch für die Maschinen Treuhänder gewesen sei, hat sich nicht feststellen lassen. Übirgens kommt es — Zubehör angenommen — nach §§ 20, 55 auf P.s Eigentumserwerb an den Maschinen an. Mit Unrecht nimmt das OLG. Einbringung der Maschinen nur zu einem vorübergehenden Zweck an (§ 95 BGB.). Es muß noch untersucht werden, ob sie zu wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks geworden sind. Red. ⬅

5. OldenbZ. **12** 130 (Oldenburg). Mit Recht hat der Konkursverwalter die vom Beklagten auf Grund seiner vollstreckbaren Bauforderung betriebenen ZwV. gemäß § 30 Ziff. 2 KO. angefochten, weil der Beklagte zwar Sicherungsrecht nach § 648 BGB., aber nicht den unmittelbaren Weg zur Befriedigung mittels Beschlagnahme nach § 20 hatte.

6. Amortisationsfonds § 12 Ziff. 1, 2. Apotheke § 21 Ziff. 3. Ausgenommene Sachen § 91 Ziff. 3, 14. Fideikommißzubehör § 148 Ziff. 9. S. im allgemeinen auch §§ 37, 55, 90 unten und § 93 ff. BGB.!

§ 21. 1. JW. **12** 558, ZBlFG. **13** 25, BayNotZ. **12** 324. Mittels Eingabe vom 15. April 1912 haben die Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin unter ausführlicher Darlegung der durch §§ 1124 Abs. 1 BGB., 21 Abs. 2, 57 ZVG. für die Hypothekensicherheit und die ZwV.ergebnisse hervorgerufener großen Mißstände beantragt, den § 1124 Abs. 1 zit. auf die bis zur Beschlagnahme fällig werdenden Miet- und Pachtzinsen zu beschränken, den § 865 Abs. 2 ZPO. auf noch nicht fällige derartige Zinsen auszudehnen, den § 21 Abs. 2 ganz zu streichen und dem § 57 einen Zusatz beizufügen, wonach der Ersteher an Vorausverfügungen über jene Zinsen nicht gebunden, Zahlung und Aufrechnung für das zur Zeit des Zuschlags laufende und das folgende Kalendervierteljahr jedoch zulässig ist.

2. H a g e l b e r g, DJZ. **12** 746, billigt im allgemeinen das vorerwähnte Vorgehen, hält es aber im einzelnen für zu weitgehend und empfiehlt, den § 1047 BGB. dahin zu verschärfen, daß der Nießbraucher auch den Hypothekengläubigern für Zahlung ihrer Zinsforderungen haften muß. Auch E. in BayRpflZ. **12** 279 billigt jene Vorschläge nicht unbedingt, am meisten noch den auf Streichung des Abs. 2 § 21 gerichteten.

3. BayOLG. **13** 154. Die Einrichtung der Apotheke ist Zubehör des Apothekenanwesens; Beschlagnahme, ZwV. und Zuschlag erstrecken sich daher darauf; der Geschäftswert der Apotheke ist dagegen weder Bestandteil noch Zubehör, sondern nur eine wertsteigernde Eigenschaft des Apothekenanwesens, die das rechtliche Schicksal desselben ohne weiteres teilt. Der Subhastat kann daher nicht von dem Ersteher des Apothekenanwesens den Geschäftswert der Apotheke besonders ersetzt verlangen.

4. Sicherung gegen Abs. 2 s. § 54. Mietzinsen §§ 57, 148, 155 Ziff. 1.

§ 22. Gemeindeabgaben § 10 Ziff. 8. Zustellungsfehler § 27 Ziff. 1. Rangvermerk § 19 Ziff. 2.

§ 23. 1. D i t t e n b e r g e r, ABürgR. **36** 343, bespricht im ganzen zustimmend R a a p e s Buch „Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB." (Berlin 1908), insbesondere auch dessen Lehre vom „relativen" Veräußerungsverbote des § 23, das zwar den Eigentumsübergang auf den Erwerber nicht hindert, aber doch mit Hilfe des § 26, der das ZwV.verfahren weiter gehen läßt, den betreibenden Gläubiger schützt. ➠ Der betreibende p e r s ö n l i c h e Gläubiger ist allerdings vor Eintragung des ZwV.vermerks nicht geschützt. Red. ⟵

2. ➠ **RG.** 2. 10. 12. Wenn mehrere v o r der Beschlagnahme mit dem (noch nicht als Eigetnümer eingetragenen) Käufer des Gutes zu dessen Entblößung von Zubehör (Kaltabbrennen) zusammenwirken oder ihm auch nur Beihilfe leisten und dabei bewußt und gewollt handeln, so haften sie dem dadurch geschädigten Hypothekgläubiger nach §§ 830, 840 BGB. als Gesamtschuldner auch dann, wenn ein Teilnehmer oder Gehilfe von der Tätigkeit des anderen keine Kenntnis hatte. Nur mit dem Haupttäter müssen sie zusammengewirkt haben. Dabei muß aber genau festgestellt werden, daß und in welcher Höhe sie sich der Gefährdung der Hypotheken bewußt gewesen sind und zu welchem Betrag durch jene Gesamttätigkeit der Hypothekausfall in der ZwV. verursacht worden ist. Red. ⟵

3. SächsOLG. **33** 237. Der § 865 ZPO. hindert nur die Pfändung von Zubehör für G e l d forderungen, nicht die Vollstreckung eines Titels auf Herausgabe von Sachen. Auf das Veräußerungsverbot infolge ZwV.beschlagnahme kann sich der Beschwerdegegner nicht stützen, weil er nicht betreibender Gläubiger ist.

4. Rangvorbehalt § 20 Ziff. 1. Verfügungen über die Eigentümerhypothek § 10 Ziff. 3. Auflassungsvormerkung § 48 Ziff. 5. Klage aus dem Veräußerungsverbote § 148 Ziff. 6.

§ 25. Vorschußpflicht § 153 Ziff. 1. Armenrecht des Gläubigers § 165.

§ 26. § 26 unterstützt den § 23 s. das. Ziff. 1!

§ 27. 1. Gutmann, DNotV. 12 838. Bei mehrfachen Verfahren nebeneinander machen Zustellungsfehler in einem Verfahren nicht immer das Ganze hinfällig und die Durchführung auf Grund des Beitritts nicht immer unmöglich. Der Anordnungsbeschluß bleibt unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 wirksam.

2. R. 12 Nr. 3502 (Düsseldorf). Ist die ZwV. in die zwei ungeteilten Hälften eines Grundstücks in getrenntem Verfahren angeordnet, so hat das Gericht, wenn nachher die ZwV. wegen einer auf dem ganzen Grundstücke ruhenden Hypothek beantragt wird, nicht einen weiteren Versteigerungsbeschluß gegen das ganze Grundstück zu erlassen, sondern die Zulassung des Beitritts zu den vorhandenen beiden Verfahren auszusprechen; es kann alsdann auch die Verbindung der beiden Verfahren beschließen. Gegen den Verbindungsbeschluß ist Beschwerde zulässig.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28. 1. SchlHolstAnz. 12 59 (Kiel). Die Beschwerde gegen den Beschluß des LG. Kiel (JDR. **10** § 28 Ziff. 4), wonach eine Auflassungsvormerkung der ZwV. bei späterer Entstehung des Anspruchs des betreibenden Gläubigers entgegensteht, war zu verwerfen.

2. SächsOLG. 12 249. Das AG. durfte auf Antrag eines Miterben in den Nachlaß des Miteigentümers B. die TV. nicht zum Zwecke der Beibringung der Legitimation der Erben des B. einstellen, denn diese ergibt sich aus den Nachlaßakten. Zwar sind die letztwilligen Verfügungen des B. angefochten, aber derhalb können die Intestaterben beigezogen und kann der Erlös, wenn die Erbfolge bestritten bleibt, hinterlegt werden. Ungünstige Wirkung der TV. ist kein Einstellungsgrund. Etwaige Gründe gegen Aufhebung der Gemeinschaft müßte der Antragsteller im Klagewege geltend machen.

3. Aneignungsrecht des Fiskus § 9 Ziff. 2. Vormerkungen § 148. Württemb. statut. Nutznießung § 91 Ziff. 13. Widerspruch gegen TV. §§ 180, 181.

§ 29. Freigabe durch den Konkursverwalter § 172 Ziff. 2. Entscheidung des Notars § 13 EG. Ziff. 3, 4.

§ 33. 1. Gutmann, DNotV. 12 840. Sind die Gegenstände, wegen deren ein Grund zur Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens vorliegt, nach Ermessen des ZwV.richters ohne Interesse für den Meistbietenden, so ist der Zuschlag nicht im ganzen zu versagen. Der Ersteher mag allenfalls Beschwerde einlegen.

2. Zuständigkeit des Notars § 13 EG. Ziff. 3, 4.

§ 34. Löschung im Falle des § 76 s. dort Ziff. 1!

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 36. Anwendbarkeit bei Wiederversteigerung? § 133 Ziff. 1.

§ 37. 1. HessRspr. 12 351 (LG. Gießen). Kleine Abweichungen von Ort und Zeit der ZwV., wie sie in der Terminsbestimmung angegeben sind, mögen bei Anwendung entsprechender Vorsichtsmaßregeln zulässig sein. Eine ZwV., die mehrere Stunden über den bekannt gemachten Termin hinaus verschoben wurde, kann selbst dann als gesetzmäßig nicht anerkannt werden, wenn die Verschiebung einige Tage zuvor bekannt gemacht worden war.

2. *Struckberg, KGBl. 12 16 ff. Die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens wird herbeigeführt durch Erhebung der Klage aus § 771 ZPO. und Erwirkung einer Anordnung des Prozeßgerichts in Gemäßheit der Vorschrift des § 769 das. Diese Anordnung des Prozeßgerichts ist für den Vollstreckungs-

richter bindend. Es ist jedoch zur Herbeiführung der Ausschließung eines Zubehörstücks von der ZwV. neben dem Einstellungsbeschlusse des Prozeßgerichts noch ein gleicher Beschluß des Vollstreckungsgerichts erforderlich. Eine Klage aus § 771 ZPO. ist nicht stets nötig. Es genügt, wenn der Gläubiger erklärt, er gebe das Zubehörstück frei. Zu dieser Erklärung muß noch der Beschluß des Vollstreckungsgerichts treten, durch den das Verfahren in Ansehung des Zubehörstücks aufgehoben wird. Eine bloße richterliche Verkündung der Freigabeerklärung im ZwV.termine reicht nicht aus. Die Freigabeerklärung ist eine rein prozessuale Erklärung, sie ist bei Nachweis ihrer objektiven Unrichtigkeit widerruflich.

3. Anmeldung von Zinsen § 10 Ziff. 1; von Straßenkosten § 10 Ziff. 5. Anmeldung späterer Einträge § 43 Ziff. 2. Feuerversicherung § 148 Ziff. 3. S. im allgemeinen §§ 20, 55, 90!

§ 41. 1. R. 12 Nr. 516 (BayOLG.). Nachträgliche Gütertrennung berechtigt nicht ohne weiteres zur Unterlassung der Zustellung an den Ehemann der beteiligten Ehefrau.

2. **RG.** WarnE. **12** 97, BayNotZ. **12** 40, R. **12** Nr. 2252. Der § 1166 BGB. ist weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden, wenn der Gläubiger verpflichtet sein soll, den Bürgen von einer gegen den Hypothekschuldner eingeleiteten ZwV. zu unterrichten.

3. ElsLothNotZ. **12** 272 (Colmar). Die Mitteilung gemäß Abs. 2 des § 41 ist nicht mit der Zustellung nach Abs. 1 das. zu verbinden. Für jede dieser beiden Zustellungen können daher (in Elsaß-Lothringen) gesonderte Kosten berechnet werden. Die Mitteilung nach Abs. 2 braucht jedoch nicht förmlich zugestellt zu werden.

4. Zustellung an den Ehemann § 9 Ziff. 1. Später eingetragene Berechtigte § 43 Ziff. 2.

§ 43. 1. R. **12** Nr. 1720 (Colmar). Auch bei Verlegung des ZwV.termins ist die Frist des § 43 bei Vermeidung der Nichtigkeit des Verfahrens und der Versagung des Zuschlags (§ 83 Nr. 7) zu beobachten. Der Mangel der Rechtzeitigkeit der Bekanntmachung ist im Beschwerdeverfahren, auch wenn die Beschwerde auf ihn nicht gestützt ist, zu berücksichtigen (§ 100 Abs. 3).

2. Gutmann, DNotV. **12** 840. Die erst nach grundbuchamtlichem Vollzuge des Beschlagnahmevermerks eingetragenen dinglich Berechtigten haben ihre Rechte anzumelden und glaubhaft zu machen, wenn sie berücksichtigt und andern nicht nachgesetzt werden wollen (§§ 9 Nr. 2, 37 Nr. 4, 10 Nr. 6). Der ZwV.richter hat keinen Anlaß zur Grundbucheinsicht.

3. OLG. **25** 262, KGBl. **12** 98 (KG.). Enthält die nach § 43 Abs. 2 erlassene Bekanntmachung vom Bietungstermin eine falsche Bezeichnung des Terminszimmers, so ist der in diesem Termin erlassene Zuschlagsbeschluß als nichtig aufzuheben und der Zuschlag zu versagen.

4. Zustellungsfehler § 27 Ziff. 1. Keine stundenlange Terminsverschiebung! § 37 Ziff. 1.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. 1. *Koban, Eigentümerdienstbarkeit usw., in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischen BGB. (1911) II, 568 ff. Wenn zwei Grundstücke des gleichen Eigentümers getrennt versteigert werden (§ 63 Abs. 1), kann in den Versteigerungsbedingungen dem einen Gute eine Servitut zugunsten des andern auferlegt werden.

2. Dinglicher und persönlicher Titel § 16. Rangvorbehalt § 20 Ziff. 1. Unzulässige Einsetzung von Verwendungen § 59 Ziff. 1. Irrtum über Fortbestand von Hypotheken § 71 Ziff. 1, 2. Württemb. statut. Nutznießung § 91 Ziff. 13. Meist-

gebotsabtretung § 81 Ziff. 3. Umwandelung einer Arresthypothek in eine Eigentümergrundschuld § 182 Ziff. 1.

§ 45. Amortisationsbeiträge § 12 Ziff. 1. Nichtvalutierte Grundschuld § 50 Ziff. 3, §§ 114, 115 Ziff. 10, 13, 15. Vormerkungen § 48.

§ 47. Amortisationsbeiträge § 12 Ziff. 1.

§ 48. 1. **RG.** R. **12** Nr. 2093, 2456, 2457. Auf dem Grundstücke der Th. stand in Abteilung II Auflassungsvormerkung für den Käufer und jetzigen Kläger St. und in Abteilung III eine Sicherungshypothek von 16 000 M. für den Beklagten M., die als angeblich in Höhe von 8000 M. bezahlt für den mitbeklagten S. gepfändet war. Nach dem Kaufvertrage war die Verkäuferin Th. verpflichtet, die ganzen 16 000 M. zur Löschung zu bringen. Die Widerspruchsklage des St. gegen die im Teilungsplane vor ihm eingesetzten M. u. S. wurde vom OLG. abgewiesen, vom RG. wurde aber aus folgenden Gründen die Sache zurückverwiesen: Wegen seiner Auflassungsvormerkung war St. Beteiligter nach § 9 und er durfte nach deren Erlöschen gemäß § 92 einen Wertsersatzanspruch von 32 975 M. zur ZwV. anmelden. Wenn das OLG. den Rechtssatz (**RG. 62** 171 usw.), daß der Widerspruch nicht auf bloßen Legitimationsmangel des Vorhergehenden gegründet werden könne, anwendet, so verkennt es die Bedeutung der Verpflichtung der Th., die 16 000 M. löschen zu lassen. Der gegenüber der Th. unzweifelhafte Löschungsanspruch des St. hindert hier die Anwendung des erwähnten Rechtssatzes. Der Beklagte M. muß nach § 1184 BGB. die von ihm behauptete teilweise Ausfüllung seiner Sicherungshypothek beweisen. Dessen enthebt ihn das von ihm gegen die Th. erwirkte Versäumnisurteil auf 6430 M. nicht ohne weiteres (§ 325 ZPO.). Auch gegenüber dem Vollstreckungspfandrecht des Beklagten S. ist nach dem Ausgeführten das Berufungsurteil nicht haltbar.

2. ➸ **RG.** 22. 5. 12. Der Rechtsvorgänger des Klägers A. hatte an Sch. Eheleute eine diesen notwendige, 64 qm große, sog. Baumaske für 10 000 M. verkauft und sich dafür Eigentumsvorbehalt nach hessischem, gemäß Art. 189 EGBGB. jetzt noch anwendbarem, Ingrossationsgesetz eintragen lassen. Dieser Eigentumsvorbehalt ruhte noch auf 13 qm, die bei Erbauung eines Wohnhauses mit verwendet wurden, auf den Rest der Maske war er gelöscht. Für diese 13 qm wies der ZwV.richter und das LG. dem A. 390 M., das OLG. aber 2031 M. zu. Er verlangte aber die vollen 10 000 M. auch noch mittels Revision, die jedoch wegen Irrevisibilität der Sache zurückgewiesen wurde. Red. ⟵

3. **RG. 78** 75. Die für den Kläger eingetragene Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek, auf Grund deren der Kläger gemäß § 24 KO. auch vom Konkursverwalter Befriedigung des gesicherten Anspruchs verlangen konnte, gewährte dem Kläger, wie sich aus § 10 Nr. 4 in Verbindung mit § 48 ergibt, ein, allerdings durch das Bestehen des gesicherten Anspruchs bedingtes, Recht auf Befriedigung aus dem mit der Hypothekvormerkung belasteten Grundstück und somit ein Absonderungsrecht.

4. **RG.** R. **12** Nr. 1625. Die Löschungsvormerkung (nach § 1179 BGB.) verpflichtete die Eigentümerin T., das Recht aus der Grundschuld aufzugeben und den von der Ersteherin auf die Post Nr. 23 zu zahlenden Betrag den Gläubigern der Post 21 zu überlassen. Die Vormerkung gab auch diesem Anspruche der letzteren die Wirksamkeit gegenüber D r i t t e n, sodaß selbst der Vollstreckungsrichter bei der Erlösverteilung darauf Rücksicht zu nehmen hatte.

5. SeuffA. **67** 272 (Kiel). Zwar hat derjenige, für den eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragen ist, an sich nicht das Recht Aufhebung des ZwV.verfahrens zu verlangen. Geht die Vormerkung dem betreibenden Gläubiger vor, so fällt sie in das geringste Gebot, geht sie ihm nach, so gibt sie nur einen Erlösanspruch. Ebensowenig ist an sich der nach Eintragung des ZwV. vermerks als Eigentümer Eingetragene widerspruchsberechtigt. H i e r aber war

die der Beschlagnahme zeitlich nachfolgende Eigentumsübertragung bereits durch eine dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehende Vormerkung gesichert, sie ist daher nach § 883 Abs. 3 BGB. vorzudatieren. § 23 ZVG., §§ 135, 136 BGB. kommen hiergegen nicht in Betracht, da ihnen wieder § 883 Abs. 3 BGB. entgegensteht. Der neue Eigentümer hat daher hier ein unmittelbares Widerspruchsrecht gegen die ZwV. nach § 28 und kann nicht auf den zwecklosen Umweg des § 771 ZPO. verwiesen werden.

6. BadRpr. **12** 174 (LG. Karlsruhe). Nach Eintrag der Vormerkung gemäß § 35 BadEnteignG., aber vor Übergang des Eigentums an den Unternehmer wurde ZwV. eingeleitet. Die Vormerkung wurde aber vom Notariat und AG. absichtlich nicht beachtet. Auf Beschwerde ordnete das LG. die Aufnahme der Vormerkung in den Zuschlagsbeschluß wegen ihrer fortdauernden Geltung aus folgenden Gründen an: Die Beschwerde ist nicht nur gemäß §§ 13 EGZVG., 96—100 ZVG. zulässig, sondern auch begründet. Die Enteignungsvormerkung beruht auf öffentlichem Rechte, ist nicht nach § 883 BGB. zu beurteilen und geht nach Art. 109, 3 EGBGB., § 2 EGZVG. dem Reichsrechte vor. Ihre Löschung, die das ZwV.gericht herbeiführen will, ist unzulässig; es erscheint daher geboten, sie nachträglich in den Zuschlagsbeschluß aufzunehmen.

7. du Chesne, PosMSchr. **12** 23. Auch der Ersteher eines Grundstücks muß, wie mit der herrschenden Meinung anzunehmen ist, dulden, daß das Grundstück an den durch Auflassungsvormerkung Gesicherten übertragen wird, falls die Voraussetzungen hierfür eintreten. Er wird daher vor dem Zuschlag diese Möglichkeit im Vertragswege zu beseitigen suchen oder sein Gebot danach einrichten müssen.

8. Wolff, PosMSchr. **12** 69. Die Verpflichtung des preußischen Ansiedlers, das Grundstück ohne Genehmigung der Ansiedelungskommission nicht zu veräußern, kann mit dinglicher Wirkung nicht begründet werden. AM. KGJ. **26** A 123 und wiederholte Gerichtsbeschlüsse, wodurch infolge Widerspruchs der Ansiedelungskommission sogar der Zuschlag versagt wurde.

9. Verfügungsbeschränkung bei einer Hypothek § 91 Ziff. 5. Desgl. bei einer Grundschuld § 115 Ziff. 2. Löschungsvormerkung § 11 Ziff. 2, § 115 Ziff. 5, 15. Nacherbenrecht § 115 Ziff. 7.

Vorbemerkung: Die Hoffnung, daß sich die Kenntnis von der Bedeutung des Bargebots bald allgemein verbreiten werde, hat sich bisher nicht erfüllt. Es kommen immer noch Irrtumsfälle vor, — vgl § 71 Ziff. 1 und 2, — und es wäre Aufklärung der Bietenden und Ausbieten mit doppelten Zahlen: a) des Bargebots, b) des Bargebots mit Hinzurechnung der stehenbleibenden Hypotheken oder doch steter Hinweis auf diese dringend erwünscht.

§ 49. Amortisationsbeiträge § 10 Ziff. 2, § 12 Ziff. 1.

§ 50. 1. **RG.** ZBlFG. **13** 33, WarnE. **12** 298. Die Klägerin und die Beklagte gehörten zu der W.schen Erbengemeinschaft, der das Eigentum an den Grundstücken I und II zustand. Auf diesen Grundstücken steht eine Gesamtgrundschuld von 90 000 M. für neun Vermächtnisnehmerinnen. Bei der ZV. des Grundstücks I übernahm der Ersteher M. die Grundschuld im geringsten Gebot und erlegte sodann angeblich 60 000 M. für deren Gläubigerinnen oder einzelne derselben bei einer Bank. Bei der späteren ZV. des Grundstücks II übernahm die Beklagte die 90 000 M. im geringsten Gebot, es wurde aber zugleich eine Sicherungshypothek von 90 000 M. den W.schen Erben für den Fall des Erlöschens der Grundschuld eingetragen. Die Klägerin erhob sodann wegen Erlöschens von 60 000 M. an der Grundschuld Klage auf Hinterlegung von 60 000 M. für die W.sche Erbengemeinschaft und hatte auch in den beiden ersten Rechtszügen vollen Erfolg. Das RG. verwies aber die Sache aus folgenden Gründen zurück: Vor allem müsse erst genau festgestellt werden, an wen und für wen die

von M. hinterlegten 60 000 M. gezahlt und ob dadurch an der Grundschuld wirklich 60 000 M. getilgt worden seien. Wenn letzteres der Fall, so trete zwar gemäß § 1173 BGB. das Erlöschen der 60 000 M. auf II, die Erfüllung der Bedingung für die Sicherungshypothek (§ 125) in gleicher Höhe, sowie die Zuzahlungspflicht der Beklagten nach § 50 von selbst ein, nichts destoweniger könne aber der Beklagten, solange die Grundschuld auf ihrem Grundstücke nicht auch gelöscht sei, die Zahlung der 60 000 M. nicht zugemutet werden, ohne daß ihr das Erlöschen der Grundschuld in dieser Höhe so nachgewiesen werde, daß sie den Grundschuldgläubigerinnen gegenüber gesichert sei. Dies könne nur dadurch geschehen, daß ihr Zug um Zug gegen Zahlung, wie sie auch verlange, die zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des betreffenden Grundschuldbetrags erforderlichen Urkunden eingehändigt würden. Zur Beschaffung dieser Urkunde seien die W.schen Erben sowohl verpflichtet als befähigt (vgl. § 894 BGB. Mot. z. ZVG. 303 und Literatur). Überdies verlange die Beklagte mit Recht gegen Hinterlegung der 60 000 M. gemäß § 1144 BGB. auch eine von den W.schen Erben ausgestellte Quittung über den Teilbetrag von 60 000 M. an der bedingten Sicherungshypothek. Auf § 373 BGB. brauche sie sich nicht verweisen zu lassen.

2. R. **12** Nr. 2643 (KG.). Wird der Gläubiger einer Gesamthypothek aus einem mitverhafteten Grundstücke, dessen Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, befriedigt, so erlischt die Gesamthypothek an diesem Grudstücke. Die persönliche Forderung und die auf dem mitbelasteten Grundstück eingetragene Gesamthypothek gehen auf den Eigentümer des Grundstücks über, aus dem die Befriedigung erfolgt ist. Es folgt dies aus dem zwar nicht unmittelbar, aber entsprechend anwendbaren § 1143 Abs. 1 Satz 1 BGB. Denn soweit die persönliche Forderung in Frage kommt, besteht zwischen der freiwilligen und der im Wege der ZwV. bewirkten Befriedigung des Gläubigers kein Unterschied. Dafür spricht auch der § 1247 BGB.

3. *S t i l l s c h w e i g , JW. **12** 713 ff. Da nach **RG. 78** 60 ff. die sog. nichtvalutierte Grundschuld (richtiger die zur Sicherung einer nicht valutierten, d. h. durch Zahlung nicht zur Entstehung gelangten Forderung bestellte Grundschuld) dem Grundschuldgläubiger zusteht, ist die Voraussetzung für die Anwendung des § 50 und somit der §§ 125, 128 nicht gegeben. Vgl. auch zu § 1179 BGB.! ➸ S. ferner auch §§ 114 Ziff. 1, 115 Ziff. 10, 13, 15! Red. ⬅

4. *M a r c u s , GruchotsBeitr. **56** 778 ff. Die Vorschrift des § 50 Abs. 2 Ziff. 2 ist gemäß § 51 auch auf eine an mehreren Grundstücken bestehende Reallast entsprechend anzuwenden, was dazu führt, daß in folgenden Fällen den Ersteher eine Zuzahlungspflicht trifft. a) Wenn der Eigentümer eines mitbelasteten Grundstücks die Reallast durch Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger ablöst, ohne einen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer des versteigerten Grundstücks zu haben. b) Wenn der Schuldner einer der Reallast etwa zugrunde liegenden persönlichen Forderung die Ablösungssumme an den Gläubiger zahlt und einen Ersatzanspruch nicht gegen den Eigentümer des versteigerten, sondern nur gegen den eines anderen Grundstücks hat. c) Wenn der Gläubiger wegen der Reallast aus dem mitverhafteten Grundstücke befriedigt wird, ohne daß der Eigentümer dieses Grundstücks gegen den Eigentümer des versteigerten Grundstücks einen Ersatzanspruch hat. d) Wenn der Gläubiger auf die Reallast an dem versteigerten Grundstücke verzichtet oder mit seinem Rechte an diesem Grundstücke ausgeschlossen wird. Die Fälle zu a und b kommen nur bei ablösbaren, die übrigen auch bei nicht ablösbaren Reallasten in Betracht.

5. Amortisationshypotheken § 12 Ziff. 1, 2. Auflassungsvormerkungen § 48 Ziff. 5, 7.

§ 51. Gesamtreallast § 50 Ziff. 4.

§ 52. Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 3. Erbbaurecht § 91 Ziff. 8.

§ 53. 1. BayRpflZ. **12** 363, R. **12** Nr. 2951 (Zweibrücken). Wird eine Hypothek in das geringste Gebot aufgenommen, bei welcher der Eigentümer nicht per-

sönlicher Schuldner ist, so ist damit allein der Gläubiger nicht im Sinne des § 1143 BGB. befriedigt; eine spätere Vereinbarung zwischen Gläubiger und Ersteher, wonach der Gläubiger den Ersteher als persönlichen Schuldner annimmt, wirkt aber ebenso wie eine Vereinbarung nach § 91 oder die Übertragung gemäß § 118 gleich der Befriedigung aus dem Grundstücke.

2. RG. **80** 350. Eine nicht ausgefüllte und daher zur Eigentümergrundschuld gewordene Sicherungshypothek von 9000 M. blieb nach den ZwV.bedingungen bestehen. Gegen den Ersteher wurde das Grundstück abermals zwangsversteigert, wobei die 9000 M. fast gänzlich ausfielen. Der Verwalter im Konkurse der ersten ZwV.schuldner klagte nun gegen den ersten Ersteher als vermeintlichen persönlichen Schuldner den Ausfall teilweise ein. Die Klage wurde in drei Rechtszügen abgewiesen, vom RG. aus den Gründen, weil die Frage nicht nach Kaufgrundsätzen, wie sie JW. **96** 61 aufstellt, beurteilt werden könne (**RG. 60** 54, **67** 382) und weil hier die Übernahme einer „Schuld" im Sinne des § 53 nicht in Frage komme.

3. **RG.** WarnE. **12** 223. Vertraglich ist die Schuld nicht übernommen. Der Vorderrichter meint, durch den Zuschlag sei die Schuldübernahme zustande gekommen, dies ist aber unzutreffend. Nach § 53 ist § 416 BGB. entsprechend anzuwenden. Es entsteht mithin durch den Zuschlag zwischen dem ZwV.schuldner und dem Ersteher kraft des Gesetzes die gleiche Rechtslage, wie sie zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer eines Grundstücks dann vorhanden ist, wenn der erstere durch Vertrag eine Hypothekschuld des Veräußerers übernommen hat, d. h. der Ersteher ist dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen; letzterer aber erlangt zunächst noch keinen persönlichen Anspruch gegen den Ersteher (§ 415 Abs. 3 BGB.). Hierzu ist vielmehr das Verfahren des § 416 BGB. nötig. Nach dieser Richtung enthält aber das Berufungsurteil keine Feststellung. Daß die Beklagte ihr Kapital hat stehen lassen, reicht nach dem Gesagten zur Begründung der Haftung der Klägerin für die persönliche Schuld nicht aus.

4. ➳ **RG.** 7. 12. 12. Eine Gesamthypothek des O. von 9000 M. haftete auf vier verschiedenen Grundstücken, die teils dem Ehemanne M., teils seiner Frau gehörten. Eins dieser Grundstücke, dem Ehemanne M. gehörig, erstand Frau F. in der ZwV., wobei sie die 9000 M. im geringsten Gebot übernahm. Eine Mitteilung nach § 416 BGB. fand ebensowenig statt, wie eine Genehmigung der Schuldübernahme durch O. Dieser übertrug, nachdem ihm der Geldgeber V. die Hypothek bezahlt hatte, diese nach Pfandentlassung des zw.versteigerten Grundstücks an die Ersteherin F., von der sie alsbald an V. weiter zediert worden ist. V. erhob hierauf dingliche Klage gegen die Eheleute M. auf die 9000 M. und drang damit beim OLG. und RG. durch. Das RG. nahm an, daß V. an O. nicht tilgungshalber, sondern zum Zwecke des Erwerbes der Gesamthypothek die 9000 M. bezahlt habe, daß daher die Gesamthypothek auf den nicht zwangsversteigerten Grundstücken nicht gemäß § 1173 BGB. erloschen sei und daß der Ehemann M. den ihm an sich gegen die Ersteherin F. zustehenden Schuldbefreiungsanspruch einredeweise gegen V. wegen dessen Gutgläubigkeit nicht geltend machen könne (§ 1157 BGB.). Red. ⇜

§ 54. Busch, ZBlFG. **12** 778. In der Anmeldung der Fälligkeit einer Hypothek, die vom Gericht im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zum Bieten nach § 66 bekannt zu geben ist, muß der Grund der Fälligkeit (z. B. die Kündigung) angegeben werden (SächsOLG. **24** 87). — (788): Die Vereinbarung sofortiger Fälligkeit der Hypothek im Falle der ZwV. hat für die in das geringste Gebot aufzunehmenden Gläubiger deshalb hohe Bedeutung, weil sie dann selbst mittels zu erlangenden vollstreckbaren Titels die ZwV. weiter betreiben und sich Vorzugsrechte auf die Miet- und Pachtzinsen verschaffen können.

§ 55. 1. *Strucksberg, KGBl. **12** 16. Der § 55 gibt nicht dem Dritten ein unbedingtes Recht, die ihm gehörigen Zubehörstücke nach Maßgabe des § 37

Nr. 5 der ZwV. zu entziehen. Die Bestimmung des § 55 versteht sich nur unter der Beschränkung der Vorschriften der §§ 1120 ff. BGB. Nur insoweit diese keine Pfandhaftung der fremden Zubehörstücke normieren, vermag der dritte Eigentümer sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 geltend zu machen. Das kann er beispielsweise nicht, wenn das zur Zeit in seinem Eigentume stehende Zubehörstück zwar an ihn vom Eigentümer des Grundstücks veräußert, aber nicht vom Grundstück entfernt ist, oder diese Entfernung nicht im ursächlichen Zusammenhange zur Veräußerung stand.

2. **RG. 80** 62. Die Ehefrau G. war Alleineigentümerin von zwei Grundstücken und betrieb darauf als Handelsfrau einen Gasthof. 1908 wurden die Grundstücke in der ZwV. den Beklagten 1—4 zugeschlagen, die sie an den Beklagten 5 verpachteten. Der Kläger verlangt Herausgabe verschiedener im Gasthofe befindlicher Sachen, die er 1906 von deren Eigentümer, Ehemann G., zur Sicherheit wegen einer Forderung gekauft habe. Die Beklagten bestreiten den Eigentumserwerb des G. und des Klägers und stützen sich gemäß §§ 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 auch auf den Zuschlag. Vom OLG. wurde die landgerichtliche Klagabweisung unter Nichtanwendung des § 1362 Abs. 1 und unter Anwendung des § 1006 BGB. bestätigt. Das RG. hob aber auf und verwies die Sache zurück, weil der Kläger als durch Sicherheitsübereignung gedeckter Gläubiger allerdings die Vermutung des § 1362 Abs. 1 BGB. für sich geltend machen könne und überdies Beweis für das ursprüngliche Alleineigentum des Ehemanns G. an den Sachen angetreten habe. ➛ Über die Frage des Zuschlags (§§ 55, 37) ist in diesem Urteile nicht entschieden. Red. ⬅

3. SeuffA. **67** 479 (KG.). Das Zubehör muß sich nicht gerade auf dem zwangsversteigerten Grundstücke befinden, sondern nur in entsprechender räumlicher Beziehung zu ihm stehen. Wenn die ZwV. nur in eine oder in einzelne von mehreren zu einem Gute gehörigen Parzellen betrieben oder wenn nach § 76 die ZwV. von Amts wegen auf einzelne Parzellen beschränkt wird, so darf nicht ohne weiteres angenommen werden, daß das für das ganze Gut bestimmte gesamte Inventar als Zubehör der versteigerten Grundstücke zu gelten habe. Nach §§ 97, 98 BGB. sind als Zubehör die vom Eigentümer dazu bestimmten Sachen anzusehen. Aus den Umständen ist dies nötigenfalls festzustellen. War ein unteilbares Zubehörstück sowohl für die versteigerten als auch für die nicht versteigerten Grundstücke nötig, so muß es ungeteilt als mitversteigert gelten. Was aber für die versteigerten Grundstücke nicht erforderlich war, hat der Besitzer nicht für diese Grundstücke bestimmt. Der objektive Maßstab muß jedoch dann außer Betracht bleiben, wenn die *tatsächliche* Nichtbenutzung der Sachen für die betreffenden Grundstücke erwiesen ist. Ein Kutschwagen z. B. ist anders zu beurteilen, wenn er bloß zu Handelszwecken, als wenn er zur Fortbringung der Grundstücksfrüchte benutzt wurde.

4. Amortisationsfonds § 12 Ziff. 1, 2. Fortbestand der Hypothek an Zubehör § 91 Ziff. 3. Vgl. im allg. §§ 20, 37, 90!

§ 56. 1. OLG. **24** 326 (KG.). Dadurch, daß § 56 dem *Ersteher* keinen Gewährleistungsanspruch einräumt, ist keineswegs gesagt, daß auch dem Erwerber der Rechte aus dem Meistgebote seinem Vertragsgenossen gegenüber ein solcher Anspruch nicht zusteht, der sich wohl begründen läßt, mag man die Meistgebotsabtretung als Grundstücksverkauf oder Rechtsübertragung auffassen.

2. *Terberger*, DJZ. **12** 1407. Trotz des § 60 PrKommAbgG. vom 14. Juli 1893 können in Preußen Grundsteuern im ZwV.verfahren nur bis zum Tage des Zuschlags (nicht bis zum Ende des Zuschlagsmonats) gefordert werden.

3. Ädilizische Mängel § 66 Ziff. 2.

§ 57. 1. SeuffA. **67** 376 (Rostock). Die ZwV. eines aufgegebenen Grundstücks hat keinen Einfluß auf Verfügungen des früheren Eigentümers über Mietforderungen.

2. BadRpr. 12 163 (Karlsruhe). Ein vom Ersteher mit den Mietern zur Beseitigung der Mietzinspfändungen geschlossener neuer Vertrag ist als sittenwidrig nichtig.

3. Eckstein, SeuffBl. 12 571. Der Nießbraucher tritt nicht in die Mietverträge des Nießbrauchbestellers ein. Sein durch § 57 beschränktes Recht, den Mieter aus dem Besitze zu verdrängen, steht dem nicht entgegen. Wenn sogar der Ersteher eines zwangsversteigerten Grundstücks, der in die Mietverträge des Subhastaten nicht eintritt, doch bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermine diese Verträge respektieren muß, dann muß der Nießbrauchserwerber dies erst recht. ➝ Jedenfalls tritt der Ersteher nach §§ 571 BGB., 57 ZVG. in die bestehenden Mietverträge ein. Für den Nießbraucher bestimmt § 57 nichts. Vgl. hierzu § 148 Ziff. 11. Red. ←

4. Vorschlag eines Zusatzes § 21 Ziff. 1. Mittel für Mietzinssicherung § 54. Verpachtung § 152 Ziff. 1. S. im allg. § 148!

§ 58. 1. Hertel, Zur Auslegung des § 65 ZuwachssteuerG. vom 14. Februar 1911, R. 12 339. Nach § 7 Ziff. 3 und 4 dieses G. wird die Zuwachssteuer unter anderem auch bei Zuschlag des Grundstücks an einen Erben oder Gemeinschaftsteilnehmer nicht erhoben. Diese Befreiung ist aber nach § 17 ZuwachssteuerG. nicht endgültig. Bei Weiterveräußerung des steuerfrei gebliebenen Grundstücks wird nämlich auf den letzten steuerpflichtigen Akt zurückgegangen. Es erscheint nun schon für die Zukunft fraglich, ob es auch nur im allgemeinen dem Erwerber gelingen wird, bereits beim steuerfreien Erwerbe die erst später fällig werdende Steuer anteilig (auf die Miterben usw.) abzuwälzen. Zweifellos bleibt sie ihm vollständig zur Last, wenn sich der steuerfreie Rechtsvorgang schon vor Bekanntwerden des Gesetzes abgespielt hat. Diese Härte will § 65 dadurch ausgleichen, daß er die Steuerpflicht für die Zeit vor der Auseinandersetzung auf den Anteil des Erwerbers beschränkt. Aber diese Vorschrift, unentwegt angewendet, erreicht dann das Gegenteil, wenn zwischen der Erwerbung durch den Erblasser usw. und der Übernahme durch den Erben usw. kein Wertzuwachs oder sogar eine Preisminderung eingetreten ist. Aber nach seiner Absicht muß das Gesetz dahin ausgelegt werden, daß in solchen Fällen die allgemeinen Vorschriften des § 7 Ziff. 3 und 4 ZuwachssteuerG. Platz greifen. (Der Verf. gibt Zahlenbeispiele und S. 414 eine strenge Auslegung des § 65 aaO. durch das Reichsschatzamt und eine die Frage nicht treffende Entscheidung des Bad. VerwGH. bekannt.)

2. **RG. 79** 140. Nach einem Zuschlage zu 420 000 M. hatte der Gerichtsschreiber unter Zugrundelegung eines Wertes von 520 000 M. den preuß. Landesstempel mit 5200 M. und den Reichsstempel mit 3466,70 M. erfordert. Die Erinnerungen dagegen wurden durch amtsgerichtlichen Beschluß vom 31. Oktober 1910 zurückgewiesen. Inzwischen, am 29. Oktober 1910, hatte der Kläger die Stempelbeträge an die Gerichtskasse bezahlt, klagte aber dann auf Rückzahlung des Zuvielentrichteten. Er hatte damit teilweisen Erfolg, insbesondere ist die Einrede des Fiskus, daß kein wirksamer Vorbehalt nach § 94 RStempG. bei der Zahlung gemacht worden sei, verworfen worden.

3. JW. 12 1112 (PrOVG.). Unter den in einer Umsatzsteuerordnung enthaltenen Worten „übernommenen anderen Hypotheken" sind nur solche gemeint, deren Übernahme neben dem zu zahlenden Barbetrag einen Teil der Gegenleistung für den Zuschlag gebildet hat. — „Eigene Hypotheken" des Erwerbers sind solche nicht, für die er sich bloß verbürgt hat.

4. JW. 12 1112 (PrOVG.). Spricht eine Wertzuwachssteuerordnung von „investiertem Kapitale", so sind darunter auch Hypothekenforderungen zu verstehen, die dem Steuerpflichtigen bei der ZwV. ausgefallen waren. Zinsen hiervon sind dem gemeinen Werte des Grundstücks hinzuzurechnen. Zweifelhaft kann nur sein,

wie hoch die ausgefallenen Hypotheken zu veranschlagen sind. ➾ Andere Fälle s. PrVerwBl. **33** 412, 509, 519, 702. Red. ⇠

5. PrVerwBl. **33** 113 (OVG.). In der ZwV. kann begrifflich von einem Erwerbspreise nicht die Rede sein. Soll trotzdem nach einer Steuerordnung mit einem solchen bei Bemessung der Wertzuwachssteuer gerechnet werden, so muß die Steuerordnung bestimmen, was als Erwerbspreis in der ZwV. zu gelten hat (vgl. § 9 RZuwachssteuerG.!).

6. PrVerwBl. **33** 218 (OVG.). Widerspruchsvolle Bestimmungen eines Ortsstatuts über den Wertzuwachs für den Fall, daß das in der ZwV. umsatzsteuerfrei erworbene Grundstück weiterveräußert wird, bilden keine Grundlage für Steuerauflage.

7. PrJMBl. **12** 284, DNotV. **12** 788 gibt Auszüge aus den Auslegungsgrundsätzen des Bundesrats zum RStempG. insbesondere auch bei ZwV.

8. DNotV. **12** 546 gibt unter Hinweis auf Beschlüsse des KG. (vgl. JDR. **10** § 58 Ziff. 4, 5, 6) Anleitung zur Berechnung des Stempels für den Zuschlagsbeschluß bei der ZwV., falls ein Hypothekengläubiger usw. Ersteher ist (PrStStG.).

9. PrOVG. **60** 136. Die in einer Steuerordnung bestimmte Steuerbefreiung eines in der ZwV. erstehenden Hypothek- usw. Gläubigers kann dieser nicht geltend machen, wenn er das Grundstück nach Einleitung der ZwV. kauft.

10. PrOVG. **60** 139. Wenn die Steuerordnung denjenigen, der die Hypothek erst kurz vor der Beschlagnahme erworben hat und das Grundstück dann ersteht, nicht von der Umsatz- und Wertzuwachssteuer befreit, so gilt dies auch gegen den Wiedererwerber der Hypothek, der sie zuvor, wenn auch nur fiduziarisch, abgetreten hatte.

11. R. **12** 773 (KG.). Die Rechtsbehelfe, mit denen auf einen richtigen Ansatz der Gebühr und des Landesstempels (namentlich auch für den Zuschlagsbeschluß in der ZwV.) hinzuwirken ist, sind verschiedenen Behörden zur Entscheidung überwiesen. Hinsichtlich der Gebühr entscheiden die gerichtlichen Instanzen (§§ 25, 27 PrGKG. vom 25. Juli 1910), hinsichtlich des Landesstempels zunächst der Richter der Sache und über die Beschwerde der Landgerichtspräsident im Aufsichtswege (§ 30 das.). Von der Kostenlast (für Beweisaufnahme) wird der Kostenschuldner erst frei, wenn sowohl die Zivilkammer (für die Gebühren) als der Landgerichtspräsident (für den Landesstempel) die Kostenlastentscheidung aufhebt. Irrig ist die Ansicht, daß die Kostenlast zu Bruchteilen auf das Gebühren- und auf das Stempelverfahren verteilt werden müsse. (Der Landgerichtspräsident ist jetzt auch für den Reichsstempel nach PrJMBl. **12** 11 zuständig.)

12. RheinARV. **29** 155 (LG. Cöln). Infolge Meistgebotsabtretung an die enteignungsberechtigte Stadtgemeinde hatte diese den Zuschlag erhalten. Die Gebührenfreiheit bei Eigentumsübertragung im Enteignungsverfahren findet beim Eigentumserwerb im ZwV.verfahren entsprechende Anwendung, soweit die Voraussetzungen des Enteignungsverfahrens gegeben sind (§§ 7 Satz 3 PrGKG., 43, 17 PrEnteignG.).

13. Amtl. Mitt. über die ZuwSt. **12** 7, BayNotZ. **12** 470 (SächsOVG.). Nach § 14 Ziff. 1 ZuwStG. sind nur solche Kosten dem Erwerbspreise zuzurechnen, die in unmittelbarem Zusammenhange mit der Veräußerung und Übertragung des Grundstücks notwendig geworden sind, nicht aber mittelbare Aufwendungen, insofern sie die Erstehung des Grundstücks in der ZwV. um ein niedrigeres Gebot ermöglicht haben (Versprechen der Deckung des Ausfalls z. B.).

14. KGJ. **42** 338. Bei der Berechnung des Gesamtbetrags der Forderungen des Erstehers und der diesen vorangehenden Forderungen (Faktor c der Entsch. KGJ. **40** 377 [JDR. **10** § 58 Ziff. 4]) sind unvalutierte Teile einer durch Rangabtretung vorgetretenen Baugeldpost dann nicht zu berücksichtigen, wenn sich die Rangabtretung auf die wirklich valutierten Teile der Baugeldhypothek beschränkte.

15. PosMSchr. **12** 46 (Königsberg). Der ZwV.schuldner muß dem Ersteher in der Regel nicht die Kosten des Zuschlags erstatten, wenn der Ersteher betreibender Gläubiger war.

16. ElsLothNotZ. **12** 279 (ElsLoth. Ministerium). Der Meistbietende W. hatte rechtzeitig und rechtsförmig erklärt, für R. gesteigert zu haben. Es wurde zweimal der Reichsstempel erhoben und dies vom Direktor der Verkehrssteuern gebilligt. Vom Ministerium aber wurde entschieden, daß auf den Fall die Tarifst. 11 a Abs. 2 RStempG. ebenfalls Anwendung zu finden habe und der Reichsstempel daher nur einmal zu erheben sei. ➾ Ebenso 334 aaO., Verfügung des els.-loth. Oberstaatsanwalts vom 30. September 1912 mit dem Beisatze, daß die Notare dem Verkehrssteueramt urkundlichen Nachweis über das Auftragsverhältnis vorzulegen haben. Red. ⇽ —

17. Straßenbaukosten § 10 Ziff. 5. Sonstige Kosten § 10 Ziff. 1, 9. Verfahrenskosten § 109. Gebühren, Stempel, Steuern bei Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 1, 4, 7, 8. Zuwachssteuer § 91 Ziff. 10. Schreibgebühren, Auslagen des bayer. Notars § 13 Ziff. 1 EG., desgl. des elsloth. Notars das. Ziff. 5, 6.

§ 59. 1. ZBlFG. **13** 412 (Jena). Der dem L. erteilte Zuschlag war aufgehoben worden, und das ZwV.verfahren nahm seinen Fortgang. Im neuen ZwV.termine meldete L. 35 000 M. Aufwand, den er inzwischen auf das Grundstück gemacht habe, an, und es wurde als Versteigerungsbedingung ein Doppelausgebot: a) mit den 35 000 M. im geringsten Gebote, b) ohne die 35 000 M. gesetzt. L. bot nach a: 560 000 M., Kl. nach b: 526 000 M., letzterer also im Endergebnisse 1000 M. mehr. L. ließ nun von seiner Aufwandforderung über 3000 M. fallen und hätte somit tatsächlich 2155 M. günstiger geboten, weshalb ihm auch das AG. den Zuschlag erteilte. Das LG. hob auf Beschwerde des Kl. den Zuschlag auf, ohne ihn dem Kl. zu erteilen. Kl. und L. erhoben neue Beschwerde. Jeder begehrte den Zuschlag; beide Beschwerden wurden aber vom OLG. als unbegründet zurückgewiesen in der Erwägung, daß ein Doppelausgebot, wie das obige, auch nicht nach § 59 zulässig gewesen sei, daß das Meistgebot absolut bestimmt sein müsse, daß L., obschon auch Pächter, nach §§ 93, 10 ZVG. trotz des § 1003 BGB. keinen dinglichen Ersatzanspruch für seinen Aufwand habe, und daß wegen Nichtigkeit des ganzen Verfahrens weder dem L. noch dem Kl. der Zuschlag erteilt werden könne.

2. Mitwirkung des Ehemanns § 9 Ziff. 1. Servitutbegründung § 44 Ziff. 1, Bedingung der Herausgabe wesentlicher Bestandteile § 90 Ziff. 5. Nichtaufnahme einer Bedingung in den Zuschlagsbeschluß § 96 Ziff. 2. Anwendungsfall § 9 Ziff. 1 EG.

§ 63. 1. BayObLG. **12** 543, ZBlFG. **12** 536. Mehrere Grundstücke, die auf einem gemeinschaftlichen Blatte des Hypothekenbuchs eingetragen worden sind, können nicht deshalb allein als Grundstückseinheit im Sinne des Grundbuchrechts angesehen werden.

2. *Koban über zulässige Begründung einer Dienstbarkeit durch die ZwV.-bedingungen s. § 44 Ziff. 1.

3. Gutmann, DNotV. **12** 841. Das Verlangen nach Gruppenausgebot gemäß Abs. 1 Satz 2 — im Gegensatze zu dem nach Abs. 2 Satz 2 nach freiem richterlichen Ermessen angeordneten — ist nur zulässig, sofern einige von den zu versteigernden Grundstücken mit dem nämlichen Rechte belastet sind. Falls sämtliche Versteigerungsobjekte mit demselben Gesamtrechte belastet sind, ist kein Raum dafür. Dieses Verlangen ist bis zum Schlusse der Versteigerung zulässig und bis dahin auch widerruflich.

4. OLG. **25** 258, MecklZ. **12** 47 (Rostock). Zwar läßt sich nicht verkennen, daß das Recht des § 63 Abs. 2 Satz 1, das Gesamtausgebot zu verlangen, illusorisch gemacht wird, wenn das Verfahren in Ansehung der übrigen Grundstücke, ohne daß es dem gestellten Antrage gemäß zum Bieten auf die Gesamtheit der Grundstücke

kommt, eingestellt werden kann, sobald auf ein Einzelausgebot ein den betreibenden Gläubiger deckendes Gebot abgegeben ist. Aber das Gesetz macht keine Ausnahme, und es muß daher mindestens für zulässig gehalten werden, auch gegenüber einem Antrag aus § 63 Abs. 2 Satz 1 die Einstellung schon vor Schluß der Versteigerung anzuordnen, womit im Ergebnis alle Schriftsteller außer Wolff übereinstimmen. Über den Zuschlag waren nach § 74 die Beteiligten zu hören, aber nicht vor dem Einstellungsbeschlusse.

5. Gesamt- oder Einzelhypothek? § 115 Ziff. 14. S. auch § 123 Ziff. 1!

§ 64. Anwendung für die Zuwachssteuer § 91 Ziff. 10.

§ 65. Ausgenommene Sachen § 91 Ziff. 3.

V. Versteigerung.

§ 66. 1. **RG.** R. **12** 102. Ein Ausbietungsversprechen einem Hypothekengläubiger gegenüber ist nicht mit dem Schuldverschreibungsstempel (Tarifst. 58 Pr. StStG.), sondern mit dem Sicherstellungsstempel (Tarifst. 59 das.) zu besteuern.

2. **RG.** BayRpflZ. **12** 95, R. **12** Nr. 364, 365. Daß bei einer Grundstücksversteigerung der Ersteher sich für sein Gebot auf die (verlesene) unrichtige Schätzung eines Ortsgerichts verlassen hat, begründet keine Irrtumsanfechtung. Diese greift auch wegen ädilizischer Mängel nicht Platz.

3. ➸ **RG.** 24. 4. 12. Das OLG. Marienwerder hat die Hypothekausfallklage auf 7170 M. deshalb abgewiesen, weil der Kläger bei Erstehung des Pfandgrundstücks in der ZwV. einen anderen Hypothekar in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise durch das Versprechen, ihn bar zu zahlen, vom Mitbieten abgehalten und den Beklagten dadurch geschädigt habe. Vom RG. wurde dem Kläger das Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit der von ihm beabsichtigten Revision verweigert. Red. ⇜

4. ➸ **RG.** 9. 10. 12. Auf dem Grundstücke des W. standen: I. 120 000 M. für H., II. 10 000 M. des Beklagten M., III. eine Hypothek des K. Die Schwiegermutter X. des W. gab dem M. zunächst ein Sparkassenbuch über 5700 M. zur Abwendung der ZwV., damit er daraus 1656 M. Zinsen an H. zahle und 4043 M. an seiner eigenen Forderung tilge. Bei erneutem Betriebe der ZwV. soll er der X. versprochen haben, die Hypothek zu II auszubieten und ihr die 5700 M. zurückzuzahlen. Statt dies zu tun, vereinbarte er mit K., nur die Hypothek I auszubieten und den Gewinn mit K. zu teilen. Die zweite Hypothek fiel demgemäß aus. W. als Zessionar der X. klagte gegen M. auf Zahlung von 5700 M., wurde jedoch vom LG. und OLG. abgewiesen. Zum Betrage von 4093 M. verwies aber das RG. die Sache aus folgenden Gründen zurück: Wegen der mit der Hypothek II und dem angeblichen Ausbietungsversprechen schwerlich zusammenhängenden 1656 M. verbleibt es bei der Klagabweisung. Durch Zahlung von 4043 M. aber hat insoweit die X. die Hypothek II erworben. Wenn sie auch angeblich nur fiduziarische Gläubigerin des Sparkassenguthabens gewesen ist, so kann doch von ihrer Beschenkung oder rechtlosen Bereicherung durch das Ausbietungsversprechen des M. keine Rede sein. Mag auch das nachträgliche Nichtbietungsabkommen des M. mit K. gegen § 270 PrStGB. verstoßen und M. schon bei der Bietungsvereinbarung mit der X. unlautere Absichten gehabt haben, so kann doch nach **RG. 60** 273 die Unwirksamkeit des letzteren für die X. nicht angenommen werden, und für widersittliches Verhalten der X. liegt nichts vor. Red. ⇜

5. SächsRpflA. **12** 141 (SächsGenDir.). Die unbeschränkte Vollmacht zum Bieten ist nach dem Grundstückswerte, die Vollmacht zum Ausbieten einer bestimmten Forderung nach deren Höhe, die Vollmacht zur Vereinbarung des Stehenbleibens einer Hypothek wie eine Vertragsvollmacht dem SächsStStG. gemäß zu verstempeln.

6. RG. (Strafs.) JW. 12 963. In der Erklärung der Angeklagten, daß sie bei Nichtannahme des K.schen Vorschlags mitbieten, „es teuer machen" würden, liegt nicht notwendig eine vom Mitbieten abhaltende Drohung im Sinne des § 270 PrStGB.; es hätte daher die Willensrichtung der Angeklagten besonderer Prüfung bedurft.

7. ➠ RG. 30. 10. 12. Vor der ZwV. des Grundstücks des B., worauf für seine in getrennten Gütern mit ihm lebende Frau eine Darlehnshypothek von 37 500 M. hinter 521 000 M. Bankgeld stand, verpflichtet sich H. a) dem B. gegenüber, falls er das Grundstück erstehe, es ihm bis 1. Oktober 1911 für 626 000 M. oder bei größeren Auslagen für einen höheren Pries, wovon der Rest für H. einzutragen sei, zu verkaufen, b) der Frau B. gegenüber, ihre 37 500 M. auszubieten, und zwar nicht auszuzahlen, aber als 10 Jahre lang unverzinsliche und unkündbare Grundschuld hinter seinem eigenen künftigen Kaufpreisrest eintragen zu lassen. Da H., der das Grundstück für 646 000 M. erstand, die 37 500 M. wegen seiner viel höheren Auslagen nur hinter 851 000 M. eintragen lassen wollte, trat Frau B. nach vergeblicher Nachfristsetzung vom Vertrage b zurück und klagte gegen H. auf Barzahlung. Der Klage wurde vom LG. und KG. stattgegeben, vom RG. wurde sie aus folgenden Gründen abgewiesen: Wucher verneinen mit Recht auch die Vorderrichter. Durch Ausbieten hat H. den Vertrag größtenteils erfüllt. Es ist unerwiesen, daß er kein Interesse mehr für Frau B. hat (§§ 326, 325 BGB.). Auch müßte Frau B., wenn sie zurücktreten will, nach § 346 das. zurückgewähren, und dies könnte — da Ehemann B. das Grundstück nicht gekauft hat — nur durch Verzicht auf ihre Hypothek- und Grundschuldrechte geschehen. Red. ⟵

8. Bietungs-Zimmer und -Termin § 43 Ziff. 3, § 37 Ziff. 1. Bekanntgabe der Fälligkeit § 54 Ziff. 1. Irrtum beim Gebote § 71 Ziff. 1, 2. Ausbietungsverträge § 85 Ziff. 1, 2, § 118 Ziff. 1.

§ 67. Sicherheitsverlangen nicht sittenwidrig § 69 Ziff. 2.

§ 69. 1. SächsRpflA. 12 259 (SächsGenDir.). Nach dem gemäß § 133 BGB. erforschten wahren Willen der Beteiligten war das ZwV.protokoll trotz seines scheinbar weitergehenden Inhalts dahin auszulegen, daß der Beschwerdeführer nicht für die ganzen Meistgebote, sondern nur zur Sicherheitsleistung nach § 69 ($^1/_{10}$ des Bargebots) sich verbürgt hat. Es war ihm daher ein entsprechender Betrag des ihm nach Tarifst. 9 abgeforderten Stempels zurückzuerstatten.

2. ➠ RG. 16. 11. 12. Eine Gesamthypothek von 7000 M. war in der ZwV. des Grundstücks I erloschen. Deren Gläubiger, die minderjährigen Kinder A., klagten gegen B. als persönlichen und dinglichen Schuldner auf Zahlung der 7000 M., insbesondere auch auf ihre Zahlung aus dem dafür noch haftenden Grundstücke II. Vom OLG. Dresden wurden B.s Einwendungen zurückgewiesen, daß C. die 7000 M. auf Grundstück I ausgeboten haben würde, wenn er nicht durch das zögernde und sittenwidrige Sicherheitsverlangen des Rechtsanwalts D. der Kinder A. und durch die Zurückweisung der von C. angebotenen Sparkassenbücher und Scheine über Bankeinlagen daran verhindert worden wäre. Das OLG. erachtete diese Urkunden als nicht geeignet zur Sicherheitsleistung nach § 69 und das Verfahren des D. nicht als sittenwidrig, obschon er für die Hypothekengläubiger A. selbst das auf 50 000 M. angeschlagene Grundstück I sehr billig erstanden hatte. Vom Beklagten B. wurde beim RG. vergeblich das Armenrecht gegen diese Entscheidung nachgesucht. Red. ⟵

§ 71. 1. SeuffBl. 12 175 (Dresden). Für ein auf 18 217 M. geschätztes Grundstück war das Bestehenbleiben von 13 916 M. Hypotheken und daneben ein Bargebot von 1337 M. festgesetzt worden. K. bot sofort 17 000 M. und soll den Hinweis des ZwV.richters, daß er wohl die Hypotheken nicht berücksichtige, dahin beantwortet haben, daß er außer 17 000 M. keine Ansprüche zu gewärtigen habe. Er erhielt am 28. März 1911 den Zuschlag, focht diesen aber am 30. März 1911 wegen

seines Irrtums an. Das LG. hob den Zuschlag auf, und das OLG. wies die Beschwerde des Gläubigers Z. aus folgenden Gründen zurück: Mit Rücksicht auf den Irrtum, bei dem K. offensichtlich im Termine beharrte, hätte das AG. sein Gebot als unwirksam zurückweisen müssen. Zum Widerspruche gegen den Zuschlag und zu einem Aussetzungsantrage hatte K. wegen seines Irrtums im Termine keinen Anlaß. Seine Anfechtung des Zuschlags war jedenfalls rechtzeitig.

2. HessRspr. **12** 123 (LG. Gießen). In richtiger Weise hat der ZwV.richter ein Gebot (wegen augenscheinlicher Nichtberücksichtigung der stehenbleibenden Rechte) als irrtümlich behandelt. Er hätte es zwar ausdrücklich zurückweisen sollen, hat aber doch sofort ein neues Gebot veranlaßt. Das zurückgewiesene Gebot blieb aber infolge des Einspruchs eines Beteiligten noch in Wirksamkeit und unterliegt nunmehr gemäß § 97 der Beurteilung des Beschwerdegerichts. Dies muß sich gleichfalls dafür entscheiden, daß es irrtümlich abgegeben und rechtmäßig angefochten worden ist (§ 119 BGB.). Denn es ist bekannt, daß sich besonders die ländliche Bevölkerung an die Ausbietungsart des ZVG. noch nicht gewöhnt hat.

3. S. Vorbemerkung vor § 49! Falsche Schätzung § 66 Ziff. 2.

§ 73. BadRpr. **12** 86 (Karlsruhe). Das Notariat schlug 5 auf 61 000 M. geschätzte Grundstücke für 26 000 M. (einschließlich der stehenbleibenden Hypothek von 20 000 M.) dem F. zu. Das AG. hob den Beschluß auf, das LG. stellte ihn wieder her. Das OLG. versagte aus folgenden Gründen auf Beschwerde des A. den Zuschlag: Für den Rechtszug gilt der amtsgerichtliche Beschluß als erste Entscheidung. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist bei Vorliegen zweier voneinander abweichender Vorentscheidungen gegeben. Die weitere Beschwerde ist auch sachlich begründet. Die Wahrung der einstündigen Bietungszeit (§ 73 Abs. 1) geht aus dem Protokolle nicht hervor. Nach diesem hat der Notar um 9 Uhr 10 Minuten zur Gebotsabgabe aufgefordert und um 10 Uhr 10 Minuten den Schluß der Versteigerung verkündet. Es ist nicht zu erkennen, ob die für diese beiden Erklärungen selbst nötige Zeit von der Gesamtdauer des Geschäfts, wie vorgeschrieben, abgerechnet wurde. Letztere war um so strenger zu wahren, als das Meistgebot so niedrig ist und die Rückkehr eines augenblicklich abwesenden Anwalts möglich war.

§ 74. Anhörung der Beteiligten § 63 Ziff. 4.

§ 75. 1. ➠ **RG.** 27. 4. 12. Auf den Grundstücken I der R. und II des S. stand eine Gesamthypothek von 10 000 M. des Beklagten W. Dahinter ließ auf Grundstück II der Kläger K. Zwangshypotheken von 4009 M. und 2600 M. eintragen und beabsichtigte, diesen den ersten Rang dadurch zu verschaffen, daß er sich die 10 000 M. mit Zinsen seit 1. April 1908 von W. übertragen ließ und sich dafür mittels ZwV. des (wertvolleren) Grundstücks I Befriedigung suchte. W. verpflichtete sich auch zu jener Übertragung, trat aber dann die 10 000 M. mit Zinsen seit 14. August 1907 an X. ab. Dieser ließ für einen vollstreckbaren Zins r ü c k s t a n d von 87 M. das Grundstück II zwangsversteigern, wobei (wegen eines Meistgebots von nur 1000 M.) Klägers Zwangshypotheken ausfielen. Gleichwohl wurde seine Schadensersatzklage gegen W. auf 8585 M. in der Hauptsache vom OLG. und RG. abgewiesen. Das OLG. nahm an, daß K. die Möglichkeit der Erreichung seines angegebenen Zweckes nicht beweisen könne, da die Schuldner R. u. S. mit Hilfe des X. die 10 000 M. gezahlt und Eigentümergrundschuld erworben haben würden. Das RG. erklärte diese Frage für unerheblich, weil für die 87 M. Zinsrückstand, auf dessen Übertragung K. kein Recht hatte, mit Fug und Recht ZwV. betrieben werden durfte, weil daher keine Schadensersatzpflicht des W. vorliegt, überdies sich K. durch Zahlung der 87 M. nebst ZwV.kosten nach §§ 268, 1150 BGB. (§ 75 ZVG.) gegen den Ausfall seiner Zwangshypotheken hätte schützen können. Red. ⬅

2. BayRpflZ. **12** 286, SeuffBl. **12** 483, R. **12** Nr. 1888 (BayObLG.). Wer lediglich die Mietzinsen eines Hauses abgetreten erhalten hat, besitzt kein Recht am

Grundstück und damit kein Einstandsrecht (nach § 268 BGB., § 75 ZVG.) gegenüber einem die ZwV. betreibenden Gläubiger.

3. Böhmer, Trennung von Hypothek und Forderung, ABürgR. **37** 205 ff., behandelt 228 den schwierigen Fall, daß der auf Grund einer nichtigen Zession oder eines ungültigen Testaments eingetragene Gläubiger die Hypothek an einen Gutgläubigen weiterüberträgt, wodurch dieser nur das Grundpfandrecht, nicht aber die Forderung erwirbt. Er will im allgemeinen durch ausdehnende Anwendung des § 409 BGB. abhelfen, fährt aber dann fort: „Freilich versagt dies dann, wenn der Grundpfandgläubiger die ZwV. betreibt und seinen Erlösanteil hebt, wodurch die weiter fortbestehende Forderung nicht berührt wird. Es wäre sogar möglich, daß auch der persönliche Gläubiger seine Forderung anmeldet und neben dem dinglichen Gläubiger aus dem Erlöse befriedigt wird. Ich sehe keinen Ausweg, als daß der Grundstückseigentümer der Zwangsvollstreckung durch freiwillige Zahlung vorbeugt und daß man diese Zahlung nach § 409 BGB. auch für die persönliche Forderung wirken läßt, ein Ausweg freilich, der bei Zahlungsunfähigkeit des Eigentümers unmöglich ist." ➼ Doppelbefriedigung ist wohl nur dann denkbar, wenn der persönliche Gläubiger die ZwV. selbst betreibt. Red. ⟵

§ 76. 1. OLG. **25** 260, ElsLothNotZ. **12** 327 (Colmar). Das Gericht, nicht der Notar, stellt nach § 76 das Verfahren hinsichtlich der übrigen Grundstücke ein und ersucht um Löschung des ZwV.vermerkes auf Grund des § 34 (nicht des § 130).

2. Wie ist Zubehör zu behandeln? § 55 Ziff. 3.

§ 78. Über Protokoll s. § 80!

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 80. 1. BadRpr. **12** 73 (Karlsruhe). Die weitere Beschwerde, womit ein höheres Gebot als das protokollierte geltend gemacht wird, ist zwar zulässig, aber nicht begründet. Soweit es sich um die Entscheidung über den Zuschlag und die Beschwerdeinstanz handelt, ist ein Nachweis, daß das Protokoll unvollständig sei und Wesentliches nicht beurkundet habe, nicht zulässig. Denn die übergangenen Vorgänge, wenn auch nachgewiesen, wären immer noch keine „aus dem Protokoll ersichtlichen". Mit Wolf und v. d. Pfordten muß aber weiter gegen Jaeckel-Güthe angenommen werden, daß die protokollierten Vorgänge nur so gelten, wie sie protokollarisch festgestellt sind und daß nur Fälschungsnachweis zulässig ist. Auslegung eines dunkeln Protokollinhalts ist natürlich nicht ausgeschlossen. Vgl. BadRpr. **04** 269 (Karlsruhe).

2. Genehmigung des Verfahrens § 83 Ziff. 1. Auslegung des Protokolls § 69 Ziff. 1, § 83 Ziff. 1. Hypothekübernahme § 91 Ziff. 11. Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 5.

§ 81. 1. KGJ. **41** 323, R. **12** 67. Auch wenn die Meistgebotsabtretung in einem zwischen ZwV.termin und Verkündungstermin aufgenommenen Protokoll des ZwV.gerichts beurkundet wurde, ist sie nach § 125 PrGKG. gebührenfrei.

2. **RG.** R. **12** Nr. 1453. Mit dem OLG. darf davon ausgegangen werden, daß infolge der festgestellten Willensrichtung der Vertragschließenden, als eigentlichen Kaufgegenstand die Liegenschaften selbst, also Sachen, gelten zu lassen, die beim Sachkaufe geltenden Gewährleistungsgrundsätze — hier der § 434 BGB. über einen Mangel im Rechte — auf die Meistgebotsabtretung anwendbar sind. Aber nach den tatsächlich einwandfrei festgestellten Umständen hat der Kläger das von ihm bekämpfte Wegerecht des Dritten bei Empfang jener Abtretung genügend im Sinne des § 439 BGB. gekannt und auf Gewährleistung deswegen verzichtet.

3. ➼ **RG.** 31. 1. 12. Wer die Abtretung des Meistgebots annimmt, tritt hierdurch ohne weiteres in die nämliche Rechtsstellung (auch hinsichtlich der im geringsten Gebote stehenden Hypotheken) ein, die zuvor der Abtretende infolge seines Meistgebots

einnahm. Eine Übertragung der Rechte aus dem Meistgebot ohne Übernahme jener Hypotheken hätte überhaupt nicht berücksichtigt werden können. Möglich war allerdings ein nebenher gehendes Übereinkommen, daß der Kläger, der das Meistgebot abgetreten hat, die Hypotheken auf eigene Rechnung decken müsse, aber ein solches Abkommen ist vom Berufungsrichter einwandfrei verneint worden. Red. ←

4. SächsRpflA. **12** 258 (SächsOVG.). Wird das Recht aus dem Meistgebot einem anderen abgetreten und diesem der Zuschlag erteilt, so ist die Abgabe der (sächs.) Tarifst. 38 sowohl für die Abtretung wie für den Zuschlag zu erheben, dafern nicht nachgewiesen wird, daß der Meistbietende im Auftrage des anderen gehandelt hat.

5. *Hagemann, ZBlFG. **12** 591 ff. Der Umfang der Haftung des Meistbietenden beschränkt sich auf die Erfüllung des Meistgebots: dessen Weiterhaft dient auch als Ersatz der dem Zessionare nicht obliegenden Sicherheitsleistung der §§ 60—70. Unter die gesetzlichen und vereinbarten Versteigerungsbedingungen, deren Erfüllung die obengenannte Sicherheit und die sie ersetzende Weiterhaft des Meistbietenden sichern sollen, lassen sich aber nicht persönliche Ansprüche bringen, die nach Beendigung des Verfahrens den Zessionar nicht als Ersteher des Grundstücks im Verfahren, sondern auf Grund seines Eigentums wie jeden anderen Eigentümer treffen. (594): Die Verpflichtung zur Abtretung des Rechtes aus dem Meistgebot ist als völlig formfrei zu erachten (aaO. ist eine eingehende Begründung dieser Ansicht gegeben). (597): Zum Abschlusse des dinglichen Abtretungs- und Übernahmevertrags genügt es, wenn dieser durch Abgabe der Abtretungs- und Übernahmeerklärungen im Termine zu Protokoll des ZwV.richters getätigt wird, oder wenn er erst nach dem ZwV.-termin und vor Verkündung des Zuschlags bei Fertigung der öffentlich beglaubigten Urkunden des § 81 Abs. 2 zustandekommt. Zur Mitwirkung bei der Herstellung der damit genannten beiden Formen sind die Parteien außer durch § 403 BGB. einander auch um deswillen verpflichtet, weil sie eine kontraktliche Fahrlässigkeit im Vollzug ihrer Pflichten begehen, wenn sie ihre jedesmaligen Erklärungen im Termin oder in einer öffentlich beglaubigten Urkunde abzugeben sich weigern. (S. auch § 115 Ziff. 11!)

6. R. **12** Nr. 3341 (Stuttgart). Die Meistgebotsabtretung kann schon vor dem ZwV.termin unter genügender Bestimmung des Vertragsinhalts gültig vereinbart werden (§ 413 BGB.).

7. Terfloth, DNotV. **12** 277, mahnt zur Vorsicht gegenüber §§ 29, 32 ZuwStG., da sonst der Meistbietende, der sein Recht nach § 81 überträgt, ohne dem Erwerber die Zuwachssteuerverpflichtung aufzulegen, diese ganze Last in der Regel für den bisherigen Eigentümer zu zahlen haben würde. → Dem tritt Mach t 315 aaO. entgegen, indem er den Meistbietenden nur für steuerpflichtig erklärt, wenn er zugleich Subhastat ist. Red. ←

8. BadRpr. **12** 102 (BadVerwGH.). Die Verkehrssteuer ist nach §§ 1, 4 Bad. VerkStG., bei Meistgebotsabtretung nach der Gegenleistung einschließlich der im geringsten Gebote stehenden Hypothek zu berechnen. Auf Grund gemeinderätlicher Schätzung kann aber der wahre Wert des Grundstücks zugrunde gelegt werden.

9. Gewährleistung bei Meistgebotsabtretung § 56 Ziff. 1. Gebührenfreiheit bei Enteignung § 58 Ziff. 12. Reichsstempel beim Bieten für andere § 58 Ziff. 16. Bestimmtes Meistgebot § 59 Ziff. 1. Irrtümliches Gebot § 71 Ziff. 1, 2.

§ 83. 1. R. **12** Nr. 3294 (Darmstadt). Der Zuschlag ist wegen Verletzung einer der Vorschriften über die Feststellung der ZwV.bedingungen zu versagen, wenn nicht der Beteiligte das Verfahren genehmigt. Die Genehmigung kann auch eine stillschweigende sein. — Zwar wird die Beurkundung im Protokoll insoweit außer Kraft gesetzt, als der Nachweis reicht, daß die Vorgänge andere gewesen sind. Aber an Stelle des ausgeschalteten Vorganges tritt nicht der nachgewiesene wirkliche

Vorgang, wenn er nicht seinerseits aus dem Protokolle hervorgeht. Wenn sich jedoch der Beteiligte im Termine nicht auf die Unterlassung des Widerspruchs beschränkt, sondern auch durch sein sonstiges Verhalten sein Einverständnis an den Tag gelegt hat, so muß er als zustimmend behandelt und seine Genehmigung angenommen werden. Der § 84, der eine nicht vor dem ZwV.gericht erteilte Genehmigung im Auge hat, steht dem nicht entgegen. ➝ Vgl. § 80 Ziff. 1! Red. ←

2. Beschwerderecht des Ehemanns § 9 Ziff. 1. Verspätete Terminsbekanntmachung § 43 Ziff. 1. Angabe des ZwV.zimmers § 43 Ziff. 3. Unzulässige ZwV.-bedingung § 59 Ziff. 1. Unterlassung des Gesamtausgebots § 63 Ziff. 4. Anfechtung des Zuschlags § 66 Ziff. 2. Irrtümliches Gebot § 71 Ziff. 1, 2. Einstündige Bietungszeit § 73 Ziff. 1. Angeblich höheres Gebot § 80 Ziff. 1. Über Beschwerde s. §§ 95 ff.

§ 84. Genehmigung im Protokolle § 83 Ziff. 1.

§ 85. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 902, JW. **12** 791, ZBlFrG. **13** 626, DJZ. **12** 921, R. **12** Nr. 2514. Der Kläger will seine Einbuße deswegen erlitten haben, weil der Beklagte seine, des Klägers, Hypotheken nicht (wie vereinbart) herausgeboten hat. Eben dieser Umstand aber hat den Kläger veranlaßt und zugleich in die Möglichkeit versetzt, das Grundstück selbst zu erstehen; hierdurch ist auch nicht die Tatsache beseitigt worden, daß die Hypothek des Klägers in Höhe von 41 312 M. ausgefallen ist, so hat der Kläger andererseits durch die Grundstückserstehung unter Wert einen Vorteil erlangt, der die Einbuße wieder ausgleicht. Daß dies tatsächlich der Fall ist, steht durch die Sachverständigengutachten fest.

2. **RG.** ZBlFrG. **13** 629. A. versprach der B., wenn sie nicht mitbiete, ihre dadurch ausfallende Hypothek nach Erstehung des Grundstücks größtenteils wieder neu eintragen zu lassen. Er erstand hierauf das Grundstück nicht für sich, sondern für die Eheleute C. Erst als diese die ZwV.bedingungen nicht erfüllten, wurde er bei der Wiederversteigerung selbst Ersteher. Er ist vom LG., OLG. und RG., von diesem aus nachfolgenden Gründen verurteilt worden, die Hypothek der B., wie versprochen, neu eintragen zu lassen: Daran, daß derartige Bietungsverträge wegen § 270 PrStGB. nicht ungültig sind (**RG. 60** 274) und daß sie nur unter besonderen, hier nicht vorliegenden Umständen wider die guten Sitten verstoßen (**RG.** v. 22. 9. u. 22. 11. 06), ist festzuhalten. Die PrVO. vom 14. Juli 1797 gilt nur im Gebiete des PrALR. Das Vorbringen des Beklagten A., daß er die Neueintragung der Hypothek nicht allgemein und unbedingt auch für seine Person versprochen habe, ist nach den einwandfreien Feststellungen des OLG. widerlegt.

3. **RG.** R. **12** Nr. 3045. A. verkaufte sein Grundstück an B., dieser verkaufte es an C., dem es zwangsversteigert wurde. Weil er selbst ebenso wie B. noch für die Hypotheken haftete, ersteigerte A. das Grundstück für 136 000 M. und verlangte sodann seine Erstehungskosten von 4114 M. (für Gerichtsgebühr, Stempel und Steuern) von B. ersetzt, weil dieser ihn nicht rechtzeitig von der Schuld befreit habe. Seine Klage wurde aber in drei Rechtszügen abgewiesen, weil er bei einem wahren Grundstückswert von 148 000 M. keinen Schaden erlitten habe (vgl. JW. **09** 46). Der Fall, daß der ausfallende Hypothekgläubiger das Grundstück selbst ersteht, ist ein anderer.

4. Schneider, DJZ. **12** 1109, verneint im wesentlichen die von der Tagesordnung des 31. Juristentags wieder abgesetzte Frage, ob sich gesetzgeberische Maßnahmen zur Beschränkung der persönlichen Schuldhaftung bei Grundstückserstehung des Gläubigers weit unter Wert empfehlen. Er hält Ausbeutungsfälle für im ganzen selten und wirtschaftliche Verhütungsmaßregeln (Bemühungen des Schuldners um hohes Steiggebot mit Hilfe von Genossenschaften usw.) im allgemeinen für ausreichend. Auch rechtliche Bedenken erhebt er gegen gesetzliche Maßnahmen und weist noch darauf hin, daß man vielleicht die nach Tarifst. 32 Abs. 2 Nr. 2 PrStempG. u. §§ 127 Abs. 2 u. 124 Abs. 1 PrGKG. vorzunehmende Schätzung des zwangsver-

steigerten Grundstücks auch zur endgültigen Abschreibung der in Wahrheit gedeckten Forderung benutzen könnte. ➵ Der letzte Vorschlag geht auf eine sehr einschneidende gesetzliche Maßregel, im übrigen ist auf die früheren sehr zahlreichen Erörterungen der Frage (s. die früheren Bände JDR.), die teilweise vorhandenen Statistiken, die leider fast regelmäßigen preisdrückenden Bietungsabkommen sowie darauf hinzuweisen, daß der augenblicklich nicht verfolgte persönliche Schuldner doch lebenslang Klage zu gewärtigen hat und daß außer ihm auch seine Bürgen und Interzedenten, die Zedenten der ausgefallenen Hypothek usw. in Betracht kommen können. Red. ⇠

5. **RG. 80** 155, JW. **13** 25, R. **12** Nr. 3328, 3329. Ist ein Hypothekgläubiger, der sein Geld in einer sicheren Hypothek anlegen wollte, gegen seinen Willen genötigt, das Grundstück zwecks Vermeidung größeren Schadens zu erstehen, so kann man, wenn ein Dritter schadensersatzpflichtig ist, nicht ohne weiteres den Mehrwert des Hauses als Gewinn ansehen, den sich der Gläubiger als einen durch die Schadenshandlung verursachten Vorteil auf seine Ersatzforderung anrechnen lassen müßte. Der Erwerb des Grundstücks setzt hier einen selbständigen Entschluß des vom Verluste bedrohten Hypothekengläubigers voraus, er stellt ein spekulatives Geschäft dar, das durch das schädigende Handeln des Ersatzpflichtigen zwar veranlaßt, aber nicht auf diese Handlung, als auf die Ursache im Rechtssinne, zurückzuführen ist. — Im allgemeinen ist für die Schadensermittelung und Vorteilsausgleichung die Zeit der Urteilsfällung maßgebend. Unter Umständen ist aber Zurückgreifen auf einen frühreren Zustand oder Rücksicht auf voraussichtliche künftige Gestaltung der Dinge nicht ausgeschlossen.

6. **RG. 80** 153, R. **12** Nr. 3186. Macht ein Gläubigerersteher seinen Hypothekausfall geltend, so kann ihm seine Deckung durch den Mehrwert des Grundstücks nicht entgegengehalten werden. Die Grundsätze über Vorteilsausgleichung können nicht auf die Befriedigung eines Darlehnsgläubigers entsprechend angewendet werden. Auch kann in der Geltendmachung eines vollstreckbaren Urteils an sich nicht der Fall des § 826 BGB. gefunden werden, obschon der Kläger behauptet, daß der Beklagte dadurch, daß er das Landhaus im Werte von 50 000—60 000 M. für 29 500 M. erstand, wegen seiner Hypothekforderung von 19 258 M. befriedigt sei.

7. SächsstatistLandesAmtZtschr. **12** 134 f. In den letztvergangenen drei Jahren konnte reichlich der dritte Teil aller beteiligten Hypotheken aus dem verganteten Grundbesitze keine Deckung finden; auf Besserung ist in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. Dagegen hat sich das Verhältnis der ZwV.erlöse zu den amtlichen Schätzungswerten in den letzten Jahren so gebessert, daß erstere in manchen Bezirken 84,7, ja sogar 91,6 pCt. der Schätzungswerte erreichten.

8. Bietungsabkommen § 66 Ziff. 3, 4, 6, 7; § 118 Ziff. 1. Gründe für niedrige Gebote § 21 Ziff. 1; § 69 Ziff. 2. Ausfallsversprechen, Zuwachssteuer § 58 Ziff. 13. Niedriger Erlös § 73 Ziff. 1.

§ 87. OLG. **25** 261, JustSekrZ. **12** 97, R. **12** Nr. 699 (Colmar). Dem § 87 ist genügt, wenn die Verkündung des Zuschlagsbeschlusses in demjenigen Termin erfolgt, der zu der vom ZwV.beamten festgesetzten Stunde begonnen hat. Kurze Aufschiebung der Verkündung *in diesem* Termine zum Zwecke des Abwartens einer Zahlung an den betreibenden Gläubiger ist nicht unzulässig, wohl aber Anberaumung eines ganz neuen Termins zu diesem Behufe, sofern dies nicht wegen neuer Tatsachen notwendig wurde.

§ 88. *Gutmann*, DNotV. **12** 841. Die Zustellung des Zuschlagsbeschlusses erfolgt nur an den Prozeßbevollmächtigten eines Beteiligten, wenn dieser weder im ZwV.- noch im Verkündungstermine selbst erschienen oder durch seinen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (Prüfung der Vertretungsvollmacht bei landgerichtlichem Vertreter!). Die Kosten der entbehrlichen Zustellung an die Partei selbst kann der ZwV.beamte vom Kostenschuldner nicht verlangen (BayOLG. **12** 797). Bei

Doppelstellung eines Beteiligten, der nur in einer Stellung vertreten ist, kann Doppelzustellung nötig werden.

§ 90. 1. Tücking, R. **12** 411, bekämpft die Entscheidungen **RG. 70** 201, **65** 363, wonach, wenn der Eigentümer zweier Grundstücke über deren Grenze gebaut hat, bei dem späteren gesonderten ZwV.zuschlage der Grundstücke jeder Ersteher immer nur den Gebäudeteil, der auf der ihm zugeschlagenen Katasterfläche steht, erwerben soll. Er gibt dem zuwiderlaufende Beispiele und bedauert, daß § 97 BGB. nicht auch unbewegliches Zubehör zu kennen scheint.

2. Meisner, Die Bedeutung der geometrischen Vermessung für die Ermittelung der Grenzen, SeuffBl. **12** 251 (280). Nach § 90 erwirbt der Ansteigerer das Eigentum mit den im Katasterplan angegebenen Grenzen selbst dann, wenn sich in Wahrheit das Eigentum des Schuldners nicht soweit erstreckt, wobei es auf seine Grenzenkenntnis, ja sogar auf seinen Erwerbswillen nicht ankommt. Ähnlich war es nach BaySubhO., jedoch war Voraussetzung hierbei, daß das versteigerte Grundstück mit einer gutgläubig erworbenen Hypothek belastet war und nach der BayNov. vom 20. Dezember 1903 mußte dieser Erwerb durch Rechtsgeschäft erfolgt sein.

3. Henle, DJZ. **12** 771. Nach **RG. 77** 33 ist für gutgläubigen Eigentumserwerb gemäß § 892 BGB. kein Raum, wenn der Veräußerer und der Erwerber als Gegenstand der Auflassung übereinstimmend nicht das gesamte, durch das Bestandsverzeichnis ausgewiesene Grundstück, sondern nur einen bestimmten Teil desselben angesehen haben. Die Gründe dieser Entscheidung sollten auch in den Fällen nicht außer acht bleiben, in denen es sich um die Bestimmung des Gegenstandes des Zuschlags in der ZwV. durch Versteigerungsbedingung handelt.

4. SeuffA. **67** 367 (München). Geht man von dem vom RG. (**RG. 65** 361, **70** 200, JW. **11** 212, 366) festgehaltenen Grundsatz aus, so war im vorliegenden Falle die Grenzmauer wesentlicher Bestandteil der Grundstücke PlNr. 10 451 und 10454 insoweit, als sie auf deren Grund und Boden stand. Ein Ausnahmefall nach § 95 BGB. oder nach **RG. 61** 192 liegt nicht vor. Der auf PlNr. 10451 stehende Teil der Grenzmauer ging mit dem Erwerbe derselben auf Firma B. u. H. über. Der von dieser bezahlte ZwV.erlös war das Entgelt für das Grundstück einschließlich des darauf stehenden Mauerteils. Sie ist nicht ungerechtfertigt bereichert auf Kosten der Klägerin, als Ersteherin von PlNr. 10454. Der später von der Firma zum Anbauen benutzte Teil der Grenzmauer war niemals im Vermögen der Klägerin, die also nicht schuldhaft geschädigt ist. Ebensowenig bestand in Ansehung der Grenzmauer jemals eine Gemeinschaft zwischen der Klägerin und der Firma B. u. H.

5. SchlHolstAnz. **12** 274 (Kiel). Die bestrittene Dynamomaschine ist nur Zubehör. In zweiter Reihe wird aber der Klaganspruch auf sie auch als obligatorischer durch die ZwV.bedingungen gerechtfertigt. Diese können zwar nicht die Eigenschaft eines wesentlichen Bestandteils aufheben, aber die persönliche Verpflichtung begründen, die vom Zuschlag ausgenommenen Gegenstände herauszugeben. Auf §§ 93, 94 BGB. kann sich demgegenüber der Beklagte nicht stützen. Der obligatorische Herausgabeanspruch steht der Klägerin zu, weil auf ihren Antrag und zu ihren Gunsten die ZwV.bedingung aufgestellt worden ist.

6. Amortisationsfonds § 12 Ziff. 1, 2. Apotheke § 21 Ziff. 3. Keine Kaufgrundsätze § 53 Ziff. 2. Grundsteuerübergang § 56 Ziff. 2. S. im allgemeinen auch §§ 20, 37, 55!

§ 91. 1. **RG.** R. **12** Nr. 997. Der Kläger verlangt wegen Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrags vom beklagten Käufer die diesem in Zahlung gegebene, demnächst in der ZwV. ausgefallene Hypothek zurück, jetzt Geldersatz dafür. Dieser hat ihm das OLG. dem Grunde nach zugesprochen und dies ist nicht zu beanstanden. Der Beklagte kann nicht nur den persönlichen Anspruch, sondern als Ersteher, wenn

auch nicht dieselbe Hypothek, so doch eine ganz gleichartige zurückgewähren, was nach § 812 BGB. (**RG. 63** 425) genügen muß. Für den Fall, daß so zu entscheiden sei, haben die Streitsteile sofortigen Geldersatz vereinbart. Unter diesen Umständen braucht nicht untersucht zu werden, ob der Beklagte die erlangte Bereicherung durch Ausfall der Hypothek nachträglich wieder verloren hat.

2. ➠ **RG.** 19. 6. 12. Der Hypothekengläubiger A. klagte gegen den Verwalter im Konkurse des Eigentümers B. auf Ermächtigung zur Zwangsvollstreckung wegen seiner angeblich durch unterbliebene Teil- und Zinszahlungen fällig gewordenen Hypothek, und das LG. verurteilte, obschon der Konkursverwalter die Hypothek überhaupt bestritt. Im Berufungsrechtszuge wurden, nachdem die Hypothek in der ZwV. an A. teils bezahlt worden, teils nach § 91 ausgefallen war, von den Streitsteilen verschiedene Haupt- und Hilfsanträge gestellt, der Berufungsrichter wies die Klage kostenpflichtig ab. Das RG. wies die Revision des A. insoweit zurück, als sie wiederholt Zurückweisung der Berufung beantragte, es legte dem Kläger 4/5 der Kosten des II. u. III. Rechtszugs auf. Wegen der von A. vor dem OLG. und RG. gestellten Hilfsanträge verwies es ebenso wie wegen der übrigen Prozeßkosten die Sache zurück, weil zur Entscheidung über diese vorerst noch geprüft werden müsse, ob die inzwischen erledigte Klage anfänglich begründet gewesen sei oder nicht. Red. ⟵

3. OLG. **24** 247 (249), HansGZ. **12** Beibl. 65 (Hamburg). Zwar ist nach § 91 die Hypothek des Erstehers, weil nicht aus dem Kaufpreise gedeckt, mit dem Zuschlag erloschen, aber nur wegen derjenigen Gegenstände, auf die sich der Zuschlag erstreckte. Wegen der von der ZwV. ausgenommenen oder ihr von vornherein nicht unterworfenen, aber von der hypothekarischen Haftung nicht befreiten Gegenstände besteht sie fort (**RG. 55** 417).

4. **RG.** R. **12** Nr. 3069. Der Beklagte soll sich verpflichtet haben, zur Fertigstellung des Neubaues des Klägers alle erforderlichen Mittel herzugeben und die Handwerker und Lieferanten zu zahlen, worauf schließlich das Grundstück verkauft und der Gewinn geteilt werden sollte. Als dann das Grundstück auf Betreiben einer Hypothekgläubigerin zwangsversteigert und dabei dem Beklagten und zwei Genossen zugeschlagen worden war, verlangte der Kläger, daß ihn der Beklagte: a) von der persönlichen Haftung für die ausgefallenen Hypotheken, b) von den Ansprüchen der unbefriedigten Bauhandwerker befreie. Zu a wurde die Klage durch Beibringung der erforderlichen Schuldentlassungen erledigt, zu b war sie abzuweisen, weil die ZwV. das Gesellschaftsverhältnis nach § 726 BGB. oder auch das Vorschuß- und Auftragsverhältnis, wenn man solches annehmen wolle, nach §§ 610, 671 das. gelöst hat.

5. SeuffA. **67** 385 (Dresden). Ein durch einstweilige Verfügung gegen den Hypothekgläubiger erlassenes (im Grundbuch eingetragenes) Veräußerungsverbot ergreift auch den Versteigerungserlös. Die Beschwerde war gegen eine hiergegen verstoßende Verteilung der ausschließlich zulässige Rechtsbehelf, da es sich um eine bloße Frage der Legitimation handelte.

6. Knoke, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme, JheringsJ. **24** 407, wendet sich hauptsächlich gegen Strohals Bekämpfung der „Sukzessionstheorie" (aaO. **21** 231, JDR. **9** § 53 Ziff. 2) und führt unter anderem 441 ff. folgendes aus: Weder § 417 noch § 418 BGB. sind auf den Fall des § 91 Abs. 2 anwendbar. Der Gläubiger muß seine Hypothek behalten, auch wenn der frühere Eigentümer in die Abmachung nach § 91 nicht einwilligt. Wenn außer dem zwangsversteigerten Grundstücke A. noch ein Grundstück des B. für die Hypothek haftet, so entsteht an sich durch den Zuschlag ein der Gesamthypothek ähnliches Verhältnis zwischen dem Pfandrecht an dem ZwV.erlös und der Hypothek auf dem Grundstücke des B. Übernimmt der Ersteher X. die Hypothek mit B.s Einwilligung, dann erlischt das Pfandrecht des Gläubigers am Versteigerungserlöse zugunsten

seiner Nachmänner gemäß §§ 418 Abs. 1 Satz 2, 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB., die Hypothek an B.s Grundstück bleibt bestehen. Wird dagegen nach § 91 Abs. 2 verfahren, so rücken die Nachmänner auf dem zwangsversteigerten Grundstücke nicht auf, andererseits verliert der Gläubiger die Hypothek am Grundstücke des B., selbst wenn dieser einwilligt. Aus diesem (und einem anderen) Beispiele folgt, daß die Vereinbarung des § 91 keine Schuldübernahme ist. Deshalb müssen die neben der Hypothek haftenden Pfänder und Bürgen durch jene Vereinbarung frei werden, wenn sie sich nicht formgerecht zur Forthaftung verpflichten. Die entgegenstehende Entsch. **RG. 70** 415 ist auch wirtschaftlich nicht angemessen. Ist die Vereinbarung des § 91 getroffen, so besteht die Hypothek als Grundschuld fort. Allein es wird auch ohne die Form des § 1180 BGB. die Vereinbarung auch dahin gehen können, daß gleichzeitig eine persönliche Forderung des Gläubigers gegen den Ersteher begründet und mit ihr die Hypothek verbunden wird.

7. OLG. **25** 261, MecklZ. **12** 50 (Rostock). Der Beklagte hat mit dem Ersteher vereinbart, daß seine Grundschuld bestehen bleiben solle, und beide haben dies dem Grundbuchamte gemäß § 91 Abs. 2 erklärt. Diese Vereinbarung hatte nach dem Gesetze dieselbe Wirkung wie die Befriedigung und beendigte die Haftung des von der ZwV. ausgeschiedenen Inventars für die Grundschuld. Die bestrittene Frage, ob sich § 91 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 auch auf nicht zur Hebung kommende Rechte beziehen, ist zu bejahen. Zwar kann Abs. 3 Satz 2 durch besondere Abrede ausgeschlossen oder geändert werden, das darf aber Rechte Dritter nicht beeinträchtigen. Hier hat der Kläger in Forthaftung des Inventars nicht eingewilligt.

8. von Gagern, Das Erbbaurecht, RheinA. **109** 3, erwähnt (25) als weiteren Erlöschungsgrund für dieses Recht den Zuschlag in der ZwV., wenn das Recht nicht als Teil des geringsten Gebots bestehen bleibt. Er erklärt den Erbauer für berechtigt, nach Beendigung seines Rechtes das Gebäude abzubrechen und die Baustoffe für dessen Eigentum und hält es für notwendig, daß die Gesetzgebung (von ihm vorgeschlagene) Grundsätze darüber aufstellt, in welcher Weise der Eigentümer nach Beendigung des Erbbaurechts die Gebäude ablösen darf.

9. KGJ. **42** 207, R. **12** 771. Die Wiederkaufsrechte bei einem Rentengute sind durch Art. 29 AGBGB. erschöpfend geregelt. Mangels einer Spezialbestimmung wie z. B. nach § 5 AnerbG. vom 8. Juni 1896 sind für die Aufhebung des Wiederkaufsrechts die allgemeinen Bestimmungen maßgebend. Das Wiederkaufsrecht bei Rentengütern ist ein privatrechtliches dingliches Recht. Es kann durch den Zuschlag erlöschen, auch wenn der preußische Staat der Berechtigte ist, und dann ist das ZwV.gericht berechtigt, das Grundbuchamt um die Löschung des Rechtes zu ersuchen. Die Beschwerde der Generalkommission, welche seine Wiedereintragung verlangt, ist unbegründet. (Dem Staate bleibt nur die Möglichkeit, sich das wünschenswerte Bestehenbleiben des Wiederkaufsrechts durch Verschaffung einer bevorzugten Rangstelle zu sichern.)

10. AmtlMittüberdZuwSt. **12** 50, BayNotZ. **12** 395, BadRpr. **12** 246 (Bad. VerwGH.). An sich findet nach § 9 ZuwStG. eine Hinzurechnung der auf privaten Bietungsabkommen (Versprechen der Neueintragung) beruhenden Leistungen zum Meistgebote nicht statt. Aber im Sinne des § 9 aaO. muß das gemäß § 91 Abs. 2 ZVG. vereinbarte Bestehenbleiben einer Hypothek in gleicher Weise als eine übernommene Leistung gelten, wie wenn die Hypothek nach den ZwV.bedingungen zu übernehmen gewesen wäre. War sie eine Gesamthypothek, die zugleich auf anderen, für die Zuwachssteuer nicht in Betracht kommenden Grundstücken stehen blieb, so kann nicht ihr ganzer Betrag, sondern nur der nach § 64 ZVG. berechnete Teil zugrunde gelegt werden.

11. Josef, BayNotZ. **12** 421. Der § 91 Abs. 2 verleiht dem Vollstreckungsgericht die Zuständigkeit zur Beurkundung des Bestehenbleibens der Hypothek, also

der Vereinbarung mit allen ihren die Hypothek betreffenden Bestandteilen. Dazu gehören die Abreden über Zins- und Zahlungsbedingungen, ja sogar die Haftungserklärung (Bürgschaft) eines Dritten für den Ersteher. Alle diese Erklärungen stellen einen mit dem Verteilungsverfahren zusammenhängenden einheitlichen Akt dar, ihre Beurkundung erfolgt sonach in der Form des zivilprozessualen (der Unterzeichnung nicht bedürftigen) Protokolls, und nicht nach Vorschrift der §§ 168 ff. FGG. Dagegen sind die letzteren anzuwenden, wenn der ZwV.beamte jene Vereinbarung außerhalb des Teilungsverfahrens bewirkt (aM. du Chesne, ZBlFG. **11** 14, [JDR. **9** § 130 Ziff. 3]).

12. KGJ. **42** 202, DJZ. **12** 284). Der Beschluß des KG., Nichterlöschen der Anerbengutseigenschaft durch den Zuschlag betreffend (JDR. **10** § 52 Ziff. 4), ist nun auch an vorstehenden Stellen abgedruckt.

13. *Leibfried, WürttZ. **12** 231. Das Recht der (in Württemberg dem überlebenden Gatten gebührenden) statutarischen Nutznießung am hinterfälligen Vermögen, [s. auch ZPO. § 746], muß bei der Bildung des geringsten Gebots berücksichtigt werden, wenn es angemeldet ist, auch wenn es im Grundbuche nicht eingetragen ist. — Wird es nicht angemeldet, so erlischt es mit dem Zuschlag. →→ Vgl. Weegmann aaO. **01** 327 (JDR. **4** § 9 Ziff. 2 EGZVG.) Red. ←←

14. **RG.** LeipzZ. **12** 697. Der persönliche Bereicherungsanspruch des Hypothekengläubigers wegen zu Unrecht erfolgter Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter bleibt unabhängig davon bestehen, daß später im ZwV.verfahren die Hypothek infolge des Zuschlags (nicht infolge Befriedigung) gelöscht wird.

15. Mitwirkung des Ehemanns § 9 Ziff. 1. Ausfall wegen Zubehörverschleuderung § 23 Ziff. 2. Bad. Enteignungsvormerkung § 48 Ziff. 6. Vereinbarung bei geringstem Gebote § 53 Ziff. 1. Löschungsvormerkung § 115 Ziff. 5. Hypothekübernahme nach Meistgebotsabtretung § 115 Ziff. 11. Urteilsherausgabe § 130 Ziff. 2. Gesamthypothek § 123 Ziff. 1. Erlöschen bay. Hypothek alten Rechtes § 15 Ziff. 3 EG.

§ 92. 1. **RG. 79** 392, JW. **12** 924, R. **12** Nr. 2458. Eine Hypothek, die nach preußischem Rechte ein Miterbe an dem seinem Erbteil entsprechenden Anteil an dem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstücke bestellt und die auf den Anteil des als Miterben eingetragenen Bestellers ins Grundbuch eingetragen wurde, war nicht schlechthin unwirksam, formell bestand sie vielmehr, konnte von dem bestellenden Miterben selbst nicht als ungültig angefochten werden und konnte sich zu einem materiell gültigen Hypothekenrechte gestalten, wenn der Miterbe das Grundstück ganz oder teilweise zum Eigentume zugeteilt erhielt. Trat diese Bedingung nicht ein, so wurde sie gegenstandslos. Dies ist hier der Fall, wo das Grundstück durch TV. auf einen Dritten übergegangen, die Bedingung somit endgültig ausgefallen ist. Der Grundsatz (§ 92), daß der Erlös an die Stelle des Grundstücks tritt, kann hier nicht Platz greifen. Der Zessionar des Gläubigers, dem von Miterben die nun hinfällige Hypothek bestellt war, kann sich auch nicht auf seinen guten Glauben berufen und muß verurteilt werden, die Auszahlung des hinterlegten Betrags an die Testamentsvollstrecker als Widerspruchskläger zu bewilligen.

2. Tosetti, ABürgR. **37** 138. Lastet das Erbbaurecht auf dem ganzen Grundstücke, so ergreift es in einer etwaigen ZwV., falls das Grundstück frei von dem Erbbaurechte versteigert wird, den gesamten Erlös, nicht bloß wie bei der Sonderbelastung eines Grundstücksteils lediglich den aus diesem Teile erzielten Erlös (150). Ähnlich wie nach §§ 1026, 876 BGB. wird man ohne Rücksicht auf Schädigung durch ZwV. auch hinsichtlich des Erbbaurechts die Bewilligung zu lastenfreier Abschreibung nicht genutzter veräußerter Grundstücksteile für entbehrlich erachten.

3. Auflassungsvormerkung § 48 Ziff. 1. Der Richter hat nicht materiell zu prüfen § 114 Ziff. 2. Löschungsvormerkung § 115 Ziff. 5.

§ 93. Verwendungen des Pächters und Erstehers § 59 Ziff. 1.

VII. Beschwerde.

§ 95. Beschwerde gegen Verbindung § 27 Ziff. 2. Beschwerde gegen den Zuschlag usw. §§ 83, 96.

§ 96. 1. *Krafft, BayRpflZ. **12** 271. Legt im ZwV.verfahren die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau, für die ein Recht im Grundbuch eingetragen oder gesichert ist, gegen die Erteilung des Zuschlags sofortige Beschwerde ein und erreicht sie hierdurch die Aufhebung des Zuschlags, so ist die Entscheidung auch für den Mann unanfechtbar. Wird dagegen die sofortige Beschwerde der Frau gegen die Erteilung des Zuschlags zurückgewiesen, so kann der Mann — aber nur innerhalb der für die Frau in Lauf gesetzten Frist — selbständig Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß einlegen, sofern durch den Zuschlag die Rechtslage des zum eingebrachten Gute gehörigen Rechtes berührt wird. — Leben die Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft und gehört das Recht zum Gesamtgut, was vermutet wird, so kann der Mann durch Anmeldung seines Rechtes die Stellung eines Beteiligten erlangen, wodurch er als solcher das Recht zur Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen den Zuschlag erhält. Mangels der Anmeldung gilt für seine Beschwerde das in Abs. 1 Gesagte. Hier muß indessen schon die Tatsache, daß das Recht des Mannes zur Verfügung über das Gesamtgut verletzt ist, zur Aufhebung des Zuschlags genügen, wenn die ZwV.bedingungen bzw. die Zustimmung zu ihnen eine solche Verfügung enthalten (s. auch § 9 Ziff. 1!).

2. R. **12** 67 (KG.). Bezweckt die Beschwerde nicht die Versagung des Zuschlags, sondern nur die Aufnahme einer im ZwV.protokoll enthaltenen, im Zuschlagsbeschluß aber weggelassenen Bedingung, so ist die Beschwerdegebühr nach dem Werte dieser Bedingung, also nicht nach dem Meistgebote, gemäß § 135 PrGKG. zu berechnen.

3. ZBlFG. **13** 412 (Jena). Der im Konkurse befindliche ZwV.schuldner bleibt zwar Beteiligter, die Beschwerde z. B. gegen den Zuschlagsbeschluß kann aber nicht er, sondern nur der Konkursverwalter einlegen (aM. Reinhard, ZVG. II, 298).

4. Beschwerde wegen Verbindung § 27 Ziff. 2. Beschwerde wegen Enteignungsvormerkung § 48 Ziff. 6. Irrtumsanfechtung § 66 Ziff. 2, § 71 Ziff. 1, 2. Im allgemeinen s. auch § 83!

§ 97. Beschwerde des Ehemanns § 9 Ziff. 1. Irrtümliches Gebot § 66 Ziff. 2, § 71 Ziff. 1, 2.

§ 98. HessRspr. **12** 350 (Darmstadt). Die Beschwerdefrist des § 98 gegen den im ZwV.- oder Verkündungstermin erschienenen Beteiligten beginnt auch dann mit der Verkündung des Zuschlags, wenn der Beteiligte sich vor Schluß des Termins entfernt hat.

§ 99. OLG. **25** 262 (KG.). In der Nichtbeachtung des die Verbindung mehrerer Beschwerden anordnenden Abs. 2 des § 99 liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel, der zur Aufhebung der Beschlüsse des LG. führt. Dieses durfte die eine Beschwerde nicht für erledigt erklären, weil es der anderen stattgab.

§ 100. Ordnungswidrige Terminsbekanntmachung § 43. Irrtümliches Gebot § 66 Ziff. 2, § 71 Ziff. 1, 2. S. auch zu §§ 81, 83—85, 95, 96!

§ 101. Einstündige Bietungszeit § 73 Ziff. 1.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 105. Zustellung an den Ehemann § 9 Ziff. 1.

§ 107. 1. Binz, BadNotZ. **12** 155. Der Übererlös für ein zwangsversteigertes Grundstück, auf den sich die Beschlagnahme nicht mehr erstreckt, gebührt dem ZwV.schuldner. Wenn dieser aber auf das Eigentum am Grundstücke verzichtet hat, so hat er damit zugleich auf das Surrogat, den Erlös und Übererlös, verzichtet.

Diese werden herrenlos. Ein freies Aneignungsrecht nach § 958 Abs. 1 BGB. besteht jedoch an dem ganzen Erlöse nicht. Der zur Befriedigung der Gläubiger nötige Betrag gebührt diesen. Auf den Übererlös hat auch der Fiskus infolge Eigentumsüberganges durch den Zuschlag kein Recht. Jeder erwirbt ihn, der ihn in Eigenbesitz nimmt. Der Ersteher braucht den Übererlös überhaupt nicht zu zahlen, zumal auch eine Übertragung nach § 118 unmöglich ist. →→ Anders wohl, wenn sich der Fiskus vor Zuschlag das Grundstück angeeignet hatte. Vgl. auch JDR. **7** § 107 Ziff. 5! Red. ←←

2. Aufrechnung des Erstehers § 118 Ziff. 1, § 144 Ziff. 1. Mietzinsen gehören nicht in die ZwV.masse § 148 Ziff. 7, § 155 Ziff. 1.

§ 109. Kosten § 10 Ziff. 1, 9. Zustellungskosten § 41 Ziff. 3. Zuschlagskosten § 58. Kosten der Notare § 13 Ziff. 1, 5, 6 EG.

§ 114. 1. Kretzschmar, Gesetzlicher Übergang der Grundschuld, ZBlFG. **13** 1, nimmt mit **RG. 78** 60 an, daß die Grundschuld zwar dann auf den Eigentümer übergeht, wenn sie als solche durch Zahlung, Verzicht oder Ausschlußurteil getilgt wird, nicht aber dann, wenn nur die ihr zugrunde zu legende oder gelegte Forderung nicht entsteht oder bezahlt wird. Abweichend von jener Entscheidung ist er der Meinung, daß, soweit Einigkeit zwischen Grundschuldgläubiger und Eigentümer über Nichtentstehung der Grundschuld besteht oder der erstere auch nur einseitig diese Nichtentstehung zugibt, der betreffende Erlösanteil nicht für den Grundschuldgläubiger zu hinterlegen, sondern dem Eigentümer zuzuteilen ist. Das sei nicht etwa aus § 1168 BGB., sondern aus der Ausgestaltung des Verteilungsverfahrens zu folgern (§§ 876, 872 ZPO., 115 Ziff. 1, 143 ZVG.). →→ Vgl. § 115 Z. 10, 13, 15 Red. ←←

2. OldenbZ. **12** 136 (Oldenburg). Die Berechtigten hatten wegen ihrer durch den Zuschlag erloschenen Grunddienstbarkeiten 9000 M. angemeldet, der ZwV.richter aber nur 3000 M., die ihm angemessen erschienen, dafür in den Teilungsplan — unbeschadet etwa erfolgreichen Widerspruchs — eingesetzt. Im Beschwerdeverfahren hiergegen wurde ausgesprochen: a) daß Beschwerde zulässig sei, b) daß dem ZwV.-richter im Verteilungsverfahren die Befugnis zu materieller Prüfung der angemeldeten Ansprüche nicht zustehe.

3. Beschwerde § 91 Ziff. 5. Altrechtliche bayerische Hypotheken § 15 Ziff. 1, 3 EG. Nicht valutierte Grundschuld s. nachfolgende Vorbemerkung vor § 115!

Vorbemerkung: Die wichtige Frage über das Verfahren bei gänzlicher oder teilweiser Nichtanmeldung von (sog. nicht valutierten) Grundschulden veranlaßt noch immer lebhafte, aber noch nicht abgeschlossene Erörterungen. S. § 50 Ziff. 3; §§ 114 Ziff. 1, 115 Ziff. 10, 13, 15. Nach dem jetzigen Stande der Rechtsprechung sind solche Grundschulden oder Grundschuldteile bei nicht erfolgender Einigung darüber dem eingetragenen Grundschuldgläubiger zuzuteilen, und es muß dem ZwV.schuldner oder seinen Rechtsnachfolgern überlassen bleiben, sie mittels Klage aus rechtloser Bereicherung in Anspruch zu nehmen. Ob die künftige Rechtsprechung aus Strohals Gründen (JDR. **10** § 115 Ziff. 19) oder aus anderen Erwägungen den gesetzlichen Übergang der „nicht valutierten" Grundschuld auf den Eigentümer anerkennen wird, ist noch sehr fraglich. Am zweckmäßigsten und einfachsten wird immer freiwillige, formgerechte Übertragung der nicht valutierten Grundschuld seitens des Inhabers, der nichts zu fordern hat, an den Eigentümer oder die von diesem benannten Rechtsnachfolger sein.

§ 115. 1. **RG. 79** 170, JW. **12** 587, R. **12** Nr. 1308. Der Hypothekenrang war zur Zeit der ZwV. infolge verschiedener Vorrangseinräumungen im wesentlichen folgender: I. 280 000 M. Bankhypothek, ursprünglich Nr. 10, der zuerst von II, dann von III der Vorrang eingeräumt worden war, die aber bis auf 18 026 M. später gelöscht wurde. II. 35000 M., ursprünglich Nr. 9, wovon 15000 M. des Klägers. III. 23700 M., ursprüng-

lich Nr. 8, wovon 15 700 M. des Beklagten. IV. 10 000 M., Nr. 11, des C., welcher Hypothek nur von II (Nr. 9) der Vorrang eingeräumt worden war. Nach dem Verteilungsplane wäre bei einem Gesamtteilungsbetrage von 67 647 M. der Kläger mit 6616 M. ausgefallen. Auf seine Widerspruchsklage hat ihm aber — jedoch nur wegen angenommener besonderer Vereinbarung — das LG. 6471 M., das OLG. bloß 483 M. zugesprochen. Vom RG. wurde auf Grund des Hypothekenstandes selbst das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt und dabei ausgeführt: Es ist rechtsirrtümlich und verstößt gegen § 880 Abs. 5 BGB., wenn die Vorderrichter aus der früheren Vorrangseinräumung von Nr. 9 (II), die Nr. 8 (III) gar nichts angeht und ihr keinen Nutzen bringen darf, herleiten wollen, daß Nr. 8 (III) nur noch dem Reste von 245 000 M. (der Bankhypothek [I] nach Abzug von 35 000 M.) den Vorrang eingeräumt habe. In der Tat war den ganzen 280 000 M. der Vorrang gewährt, und es standen daher der Nr. 8 (III) 35 000 M. + 280 000 M., nach dem teilweisen Verzicht von Nr. 10 (I) noch 35 000 + 18 026 M. je mit Zinsen und Kosten vor (vgl. **RG. 64** 100). Es sind von den 35 000 M. nebst Anhang zwar 10 000 M. nebst Anhang für Nr. 11 (IV), der Rest von 25 000 M. nebst Anhang aber für den Kläger und seinen Ranggenossen anzusetzen. Auf die vom Kläger geltend gemachte besondere Vereinbarung desselben Inhalts kommt es hiernach gar nicht an (S. a. § 11 Ziff. 1).

2. ➾ **RG.** 23. 3. 12. Die Eheleute K. hatten ihr Grundstück an die Kläger D. verkauft und übergeben, aber nicht aufgelassen, obschon sie bereits 9000 M. Anzahlung erhalten hatten. Sie ließen darauf eine Eigentümergrundschuld von 15 000 M. eintragen und verpfändeten diese dem Beklagten N. für dessen (auch durch Verpfändung einer anderen Grundschuld gesicherte) Kreditgewährung. Nachträglich erwirkten die D. die Eintragung eines Verfügungsverbots bei der Grundschuld von 15 000 M sowie ein vollstreckbares Urteil auf deren Löschung und auf Grundstücksauflassung gegen die K. Im nachfolgenden Verteilungsstreite sprachen LG. und OLG. dem N. von dem hinterlegten ZwV.erlöse 15 184 M., das RG. mit folgender Begründung nur 15 000 M. zu: Das Einziehungsrecht des beklagten Pfandgläubigers bezog sich nach der ZwV. auf den Teil des Erlöses, der auf die ihm verpfändete Grundschuld entfiel. Daß bei der Erlösverteilung auf Rechte an einem eingetragenen Rechte Rücksicht genommen werden muß, ergibt sich aus § 9 Ziff. 2 und wurde von der zweiten Kommission als selbstverständlich bezeichnet. Aber es durften für N. nicht, wie geschehen, dessen pfandgesicherte Forderungsbeträge von zusammen 16 029 M., sondern nur 15 000 M. als Betrag der Eigentümergrundschuld eingesetzt werden. Zinsen hieraus konnten die K. nach § 1197 Abs. 2 BGB. nicht berechnen. Allerdings ist das Recht des N. auch durch den Betrag seiner (bestrittenen) pfandgesicherten Forderung begrenzt, und unzutreffend ist die Annahme des OLG., daß dies die D. nichts angehe. Die Unzulässigkeit bloßer Bekämpfung der Legitimation des Vormanns (**RG. 62** 171 usw.) kann hier, wo für die Kläger Verfügungsverbot bei der Grundschuld eingetragen ist, nicht in Betracht kommen. Aber einwandfrei hat das OLG. festgestellt, daß N. mehr als 15 000 M. von den K. zu fordern hat. Deswegen, weil im anderen ZwV.verfahren für die dem K. weiter verpfändete Grundschuld 1166 M. hinterlegt sind, können hier die D. nach §§ 1222, 1252 BGB. umsoweniger Widerspruch erheben, als die gegenwärtige ZwV.teilung zuerst stattgefunden hat. Die Revision rügt, daß das OLG. den Satz seiner Gründe, wonach wegen der 1166 M. ein neues Verteilungsverfahren nach § 880 ZPO. anzuordnen sei, nicht in seinen Urteilssatz aufgenommen habe. Allein der § 880 kann nur insoweit angewendet werden, als ein Widerspruch begründet ist, was hier nicht zutrifft. Aus den Verhandlungen ist zu entnehmen, daß sich N. in erster Reihe aus den hier streitigen 16 029 M. befriedigen will. Endlich kann bei N. Verstoß wider die guten Sitten (§ 826 BGB.) selbst dann nicht angenommen werden, wenn er bei der Verpfändung die Auflassungsverpflichtung der K. gekannt hat (**RG. 62** 137, **Gruchots Beitr. 50** 972, **51** 989). Red. ⇜

3. **RG.** JW. **12** 644. Wie nach § 43 KO. (**RG. 45** 80) der Treugeber die Aussonderung eines äußerlich im Eigentume des Gemeinschuldners stehenden Gegenstandes verlangen kann, so durften im vorliegenden ZwV.teilungsstreite die Handwerker als Treugeber gegenüber dem Pfändungsgläubiger des Treuhänders die auf dessen Namen eingetragene Hypothek in Anspruch nehmen, falls ihre Behauptungen über dahingehende Abmachungen mit dem Treuhänder bei Eintragung der Hypothek richtig sind.

4. ➡ **RG.** 1. 5. 12. Die Mutter trat ihre Eigentümergrundschuld an ihr unmündiges Kind ab. Dessen in Gütertrennung mit der Mutter lebender Vater ließ sie später löschen. Im Verteilungsstreite wurde der Betrag, der nachträglich für das Kind durch Löschungswiderspruch gewahrt worden war, dem Kinde in drei Rechtszügen abgesprochen, vom RG. aus folgenden Gründen: Da es bei der Grundschuldabtretung an der nach §§ 1630 Abs. 2, 1795 Abs. 1 BGB. nötigen Annahme eines Pflegers fehlte, war die Grundschuld in der Hand der Mutter verblieben und ist sodann nach §§ 875, 1183 BGB. rechtswirksam aufgehoben worden. Nach dieser Aufhebung war eine Genehmigung der Abtretung durch den nunmehr aufgestellten Pfleger des Kindes bedeutungslos. Red. ⬅

5. **RG.** R. **12** Nr. 1794, 1802—1804. Auf dem Grundstücke der beiden A. hatte der Kläger G. mit seiner Resthypothek von 20 000 M. einer Baugelderhypothek des Mitbeklagten X. von 98 000 M. den Vorrang gegen Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. eingeräumt. Der Baugeldvertrag zwischen den A. und X. ging nur auf 46 000 M., nach und nach zu gewährende Darlehen. X. trat sofort 5000 M. von der Baugelderhypothek an K., dieser trat sie an Z. ab. Im ZwV.teilungsplane wurden vor den 20 000 M. des G. eingesetzt: 121 M. Zinsen und Kosten für K., 5069 M. für Z., 49 121 M. für X. Auf Widerspruchsklage des größtenteils ausgefallenen G. gegen K., Z., X. erkannte das OLG. durch Teilurteil, daß K. und Z. die Auszahlung der 121 M. und 5069 M. an G. bewilligen müßten. Den Streit über 1717 M. des X. ließ es einstweilen noch unentschieden. Vom RG. wurde aus nachstehenden Gründen erwähntes Teilurteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Nach der Rechtsprechung *kann* eine Löschungsvormerkung sich auch auf den Fall der Nichtentstehung der Hypothek erstrecken und auch gegen deren eingetragenen Gläubiger und Zessionar ohne Rücksicht auf deren Gutgläubigkeit wirken. (**RG. 52** 9, **63** 155, JW. **08** 275, WarnE. **11** Nr. 124, 184, 193, 379, GruchotsBeitr. **52** 1070.) Nach Hypothekerlöschen in der ZwV. (§ 91) wandelt sich das Recht auf Löschung in das Recht auf den betreffenden Erlösanteil um. Entscheidend ist daher, ob dem Kläger ein Anspruch auf Löschung der 5000 M. des K. und Z. zustand. *Sofortige* Ausfüllung der Hypothek durch den Baugeldgeber X. war nicht nötig, die Ausfüllung konnte mit Zustimmung der Grundstückseigentümer auch durch einen Zessionar geschehen (WarnE. **08** Nr. 21). Eine derartige Ausfüllung mittels Steinlieferung haben die Beklagten K. u. Z. behauptet, was aber der Berufungsrichter irrig deswegen nicht beachtet hat, weil aus der vom Kläger behaupteten Vereinbarung des X. mit den A. sich ergebe, daß die Forderung und somit die Hypothek von 98 000 M. nur in Höhe von 46 000 M., die dem Beklagten X. zuständen, zur Entstehung gelange. Allein hiervon ist die Frage des Vorranges unabhängig. Der Berufungsrichter scheint anzunehmen, daß nur 46 000 M. für X., nicht aber die im Nachrang an K. (dann an Z.) abgetretenen 5000 M. dem Kläger G. vorgehen dürften. Aber es ist zur Zeit nicht ersichtlich, warum diese 5000 M. nicht einen Teil der 46 000 M. bilden konnten. Überdies muß noch geprüft werden, ob die angeblichen Vereinbarungen zwischen A. und X. über die 46 000 M. auch den Beklagten K. und Z. gegenüber wirksam sind, insbesondere ob sie sich aus dem Grundbuch ergaben oder ihnen beim Hypothekerwerb sonst bekannt waren (**RG. 76** 376).

6. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 980. Der Beklagte war für eine erst während der

ZwV. auf ihn überschriebene Teilhypothek in den Teilungsplan eingesetzt worden. Der Zedent erhob hiergegen Feststellungsklage deswegen, weil der Hypothekenbrief behufs Bildung des Teilhypothekenbriefs in unzulässiger und wider seinen Willen verstoßender Weise vom ZwV.richter dem Grundbuchamt ausgehändigt worden sei. Die Klage wurde aber in der Hauptsache aus dem Grunde abgewiesen, weil der Kläger ursprünglich seine Zustimmung zur Bildung des Teilhypothekenbriefs nach §§ 1117, 1154 BGB. erteilt hatte und sein erst nach Eingang des Haupthypothekenbriefs beim Grundbuchamte gegen die Hypothekumschreibung erhobener Widerspruch verspätet war.

7. ➠ **RG.** 12. 4. 12. Die Witwe als befreite Vorerbin hatte entgeltlicherweise dem A. eine Grundschuld von 14 800 M. auf den Nachlaßgrundstücken bestellt. Der Grundbuchrichter hatte gleichzeitig mit dieser Grundschuld die Nacherbenrechte gemäß § 52 GBO., und zwar im Vorrang vor ihr eingetragen. A. übertrug die Grundschuld mit 13 000 M. schnell an B., ging flüchtig und zahlte den Gegenwert nicht an die Bestellerin. Auf dessen Betrag wurden in den ZwV.teilungsplan die Vorerbin und die Nacherben bedingt eingesetzt. Die Widerspruchsklage des gutgläubigen B. hatte aber beim LG. und laut Urteils des OLG. Dresden vom 2. Mai 1912 für 13 000 M. Erfolg, und den Erben wurde vom RG. das Armenrecht hiergegen wegen Aussichtslosigkeit ihrer weiteren Rechtsverfolgung versagt. Red. ⟵

8. **RG.** SeuffA. **67** 484, JW. **12** 866. Der Grundbuchrichter hatte schuldhaft die Pfändung der an Höchstbetragshypotheken bestehenden Eigentümergrundschuld eingetragen und übersehen, daß diese Höchstbetragshypotheken inzwischen in Grundschulden umgewandelt worden waren. Der Pfändungsgläubiger A. wurde zwar mit 2457 M. in den Teilungsplan eingesetzt, weil jene Grundschulden nicht voll angemeldet wurden, aber im Widerspruchsprozesse gingen die 2457 M. verloren, da nach rechtskräftigem, auf **RG. 60** 251 gestütztem Urteile die Nachhypothekarin vorrücken durfte. Der Justizfiskus wurde gemäß § 12 GBO. in drei Rechtszügen zum Schadensersatze von 2457 M. an den ausgefallenen Pfändungsgläubiger verurteilt. Das RG. führt unter anderem aus: Mag auch die Ansicht in **RG. 60** 251, jetzt in **RG. 78** 61 teilweise verlassen sein, so hätte doch A., wie feststeht, anderweitige Deckung finden können, wenn der Grundbuchrichter seinen Antrag auf Pfändungseintragung vorschriftsmäßig abgewiesen hätte. Den weiteren Ersatzanspruch des A. für 452 M., Kosten des Widerspruchsprozesses, wies das RG. dagegen ab, weil A. diesen Rechtsstreit trotz Abmahnung seines Anwalts auf eigene Gefahr geführt hatte.

9. SächsRpflA. **12** 259 (SächsGenZollDir.). Die vom Konkursverwalter für einen der Subhastaten im Verteilungstermine zu Protokoll abgegebene Erklärung, daß er die Höchstbetragshypothek des F. als mit 40 000 M. ausgefüllt anerkenne, war nur eine prozessuale, nicht zur Rechtsnachweisung oder Begründung bestimmte, und daher der (sächs.) Tarifnummer 24 nicht unterworfen.

10. *Stillschweig, JW. **12** 713 ff., behandelt die in JDR. **10** § 115 Ziff. 16 berührten Fragen sowie überhaupt das Verfahren bei nicht valutierter Grundschuld in der ZwV. (s. auch § 50 Ziff. 3 oben und zu BGB. § 1179 Ziff. V[1]).

11. *Hagemann, ZBlFG. **12** 599 ff. Ein Widerspruchsrecht gegen den Teilungsplan ist dem Meistbietenden (nach Meistgebotsabtretung) auch in folgenden Fällen einzuräumen: wenn nach § 91 Ersteher und Berechtigter das Fortbestehen eines Rechtes vereinbaren, das aus dem Versteigerungserlöse zu decken ist, oder wenn sich der Ersteher vor Ausführung des Teilungsplans mit einzelnen der Berechtigten in der Weise abfindet, daß der Ersteher den Berechtigten richtig befriedigt, dieser dem ersteren seine Schuld in der Absicht erläßt, das ganze Schuldverhältnis aufzuheben, oder daß beide eine Leistung an Erfüllungsstatt vereinbaren, und wenn der ZwV. Richter trotz genügender Kundmachung diese auch den Meistbietenden befreienden Umstände bei der Verteilung außer acht läßt. Schreitet das Gericht, trotzdem der

Ersteher nach §§ 143, 144 sich mit allen Berechtigten außergerichtlich auseinandergesetzt hat, dennoch zu einem Verteilungsverfahren, so kann diesem wiederum auch der Meistbietende widersprechen. Ist es der Meistbietende, der die eben geschilderten außergerichtlichen Abfindungshandlungen mit einzelnen oder allen Berechtigten vorgenommen hat, so kann er für sein Vorgehen nötigenfalls durch Widerspruch gegen die Ausführung des Teilungsplans gerichtliche Beachtung erzwingen. Und das Gericht muß weiter, wenn im Innenverhältnisse der beiden Gesamtschuldner des § 81 Abs. 4 der Ersteher der allein Verpflichtete ist, die Ansprüche der Berechtigten gegen diesen auf Befriedigung aus dem ZwV.erlös auf den Meistbietenden übertragen; denn auf Grund der cessio legis des § 426 BGB. hat letzterer diese Ansprüche, Ersatz aus dem Erlöse für die durch den Zuschlag erlöschenden Rechte zu verlangen, durch seine Leistungen erworben, vorausgesetzt, daß er die nötigen Erfordernisse darlegen kann. Zwecks Erfüllung der so erworbenen Ansprüche kann der Meistbietende endlich nach § 132 die persönliche und dingliche Zwangsvollstreckung gegen den Ersteher, seinen Schuldner aus dem vollstreckbaren, nach § 727 ZPO. auf seinen Namen gestellten Zuschlagsbeschlusse betreiben. [Wird näher ausgeführt.] (S. auch § 81 Ziff. 5!)

12. SeuffA. **67** 340 (Posen). Die Zuständigkeitsbestimmung des § 879 ZPO., die alle Teilungsklagen dem Verteilungsgericht oder dem übergeordneten Landgericht ausschließlich zuweist, setzt nicht voraus, daß der Rechtsstreit gerade in der durch § 878 ZPO. vorgeschriebenen Verteilung der Parteirollen geführt wird. Nach oder ohne Vereinbarung gilt sie auch, wenn der Gegner des Widersprechenden klagt.

13. v. Tuhr, DJZ. **12** 1269, billigt die Entsch. **RG. 78** 60 (JDR. **10** § 115 Ziff. 16) über die nicht ausgefüllte Grundschuld. ➠ Vgl. auch oben Ziff. 8, 10, unten Ziff. 15 und §§ 114 Ziff. 1, 50 Ziff. 3! Red. ⟵

14. **RG.** DJZ. **12** 1530. Zwischen dem Konkursverwalter L., der Nachhypothekarin N. und Sch., der obligatorische Rechte auf Hypothekerwerb geltend machte, bestand Verteilungsstreit, hauptsächlich über die Frage, ob die auf den Gütern I und II eingetragenen 35 000 M. als Einzelhypothek wegen Tilgung auf I Eigentümergrundschuld auf II geworden, oder als Gesamthypothek auf II erloschen seien. Die N. behauptete das letztere und siegte in dem in JDR. **10** § 115 Ziff. 14 erwähnten Urteile, während damals der Streit zwischen L. und Sch. zurückverwiesen wurde. Nunmehr haben OLG. und RG. die Widerspruchsklage des L. gegen Sch. für berechtigt erklärt, das RG. aus folgenden Gründen: Die Annahme des OLG., daß die 35 000 M. Einzelhypotheken auf I und II gewesen seien, worin auch L. und Sch. (im Gegensatze zu der N.) zusammenstimmen, ist nicht zu beanstanden. Vollkommen zutreffend sagt das OLG.: Der vor der Konkurseröffnung (infolge der Übertragung der Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners) begründete obligatorische Anspruch des Sch. auf Bewirkung der dinglichen Rechtsänderung bildet nach der Konkurseröffnung nur eine Konkursforderung (also kein Vorrecht in der ZwV.teilung). Dies muß gegenüber dem nur scheinbar abweichenden Urt. **RG. 65** 62 mit GruchotsBeitr. **53** 1124 und **RG. 54** 147 angenommen werden.

15. ➠ **RG.** 16. 10. 12. KG. und RG. haben den nicht angemeldeten Teil einer Grundschuld nicht dem nachfolgenden Hypothekgläubiger, sondern dem Zessionar des ZwV.schuldners aus folgenden Gründen zugesprochen. Es war der Entsch. **RG. 78** 60 gegen **RG. 60** 251 zu folgen. Danach hätte der Betrag eigentlich dem Grundschuldgläubiger zugeteilt werden müssen; daß dies nicht geschehen, berechtigt aber als bloßer Legitimationsmangel den Nachhypothekar, dem ein eigenes Recht fehlt, nicht zum Widerspruche. Ihm gab insbesondere auch die zu seinen Gunsten bestehende Löschungsvormerkung (§ 1179 BGB.) kein eigenes Recht. Diese hatte die Entstehung einer Eigentümergrundschuld zur Voraussetzung, wovon hier aber keine Rede sein kann. (Vgl. oben Ziff. 10, 13 § 114 Ziff. 1, § 50 Ziff. 3!) Red. ⟵

16. R. **12** Nr. 3205 (Hamburg). Der Eigentümer des zwangsversteigerten Grundstücks ist berechtigt, gegen die Auszahlung des auf eine nichtige Hypothek fallenden Betrags im Verteilungsverfahren selbst dann Widerspruch zu erheben, wenn er selbst den Betrag nicht beanspruchen kann. (S. Ziff. 19!)

17. ➠ **RG.** 16. 11. 12. Die GmbH. L. hatte 255 000 M. Hypothek für die Inhaber von Teilschuldverschreibungen eintragen lassen und davon 141 000 M. in Teilschuldverschreibungen der D. verpfändet. Auf diese 141 000 M. entfielen in der ZwV. 72 994 M. Der Konkursverwalter von L. erhob Teilklage auf Auszahlungsbewilligung gegen D., wurde aber abgewiesen, weil der erste Grund des OLG. zwar nicht zutreffe, daß die 141 000 M. (Eigentümergrundschuld) im Nachrange zu den anderweitig begebenen Teilschuldverschreibungen nach § 1176 BGB. stünden, von deren Inhabern die 72 994 M. übrigens nicht beansprucht würden, weil aber die Begebung und Verpfändung der 141 000 M. nach §§ 793 ff., 1205, 1293, 1187, 1274 BGB. in Ordnung sei. Red. ⟵

18. OLG. **25** 269, HansGZ. **12** Beibl. 184 (Hamburg). Über den Streitwert in ZwV.sachen kann die Landesgesetzgebung — hier § 135 LübGKG. — Vorschriften erlassen.

19. BadRpr. **12** 227 (Karlsruhe). Der ZwV.schuldner ist als Beteiligter im Sinne des § 9 zum Widerspruche gegen den Verteilungsplan auch dann berechtigt, wenn er selbst ein Recht auf Befriedigung aus dem ZwV.erlöse nicht hat, sondern nur Zuweisung eines Betrags an einen bestimmten Hypothekgläubiger begehrt. (**RG. 71** 426 behandelt einen anderen Fall.) ➠ Vgl. Ziff. 16! Red. ⟵

20. HessRspr. **13** 71 (Darmstadt). In einem Verteilungsverfahren kann gegen die durch Versäumnisurteil festgestellte Forderung eines dinglich Berechtigten (Auszüglers) von einem mitbeteiligten (Hypothek-) Gläubiger Einwendung erhoben werden. Vollständige Übereinstimmung hierüber besteht aber nicht. Vgl. Seuffert, ZPO. § 878 Anm. 1 Abs. 1 c, Gaupp-Stein § 878 Anm. II, OLG. **13** 215, JW. **06** 29, GruchotsBeitr. **50** 1170.

21. HansGZ. **12** Beibl. 46 (Hamburg). Die Bereicherungsklage des nachstehenden Zwangshypothekars gegen den in der ZwV.teilung zur Hebung gekommenen Pfändungsgläubiger einer Eigentümerteilgrundschuld war abzuweisen. Vorpfändung und Pfändung dieser Grundschuld sind in Ordnung. Die Übergabe des Hypothekenbriefs behufs Bildung eines Teilbriefs genügte.

22. Rang § 11. Befriedigungsberechtigte § 10. Vormerkungen § 48. Verfügungsbeschränkung bei der Hypothek, Beschwerde § 91 Ziff. 5. Hypothek auf ererbtem Grundstücksanteile § 92 Ziff. 1. Doppelbefriedigung § 75 Ziff. 3. Keine materielle Prüfung, Beschwerde § 114 Ziff. 2. Aufrechnung des Erstehers § 118 Ziff. 2, § 144 Ziff. 1. Grundstücksaufgabe § 107 Ziff. 1. Anerkennung eines Widerspruchs § 124 Ziff. 1. Drittschuldner des hinterlegten Betrags § 117 Ziff. 1. Überweisung von Mietzinsforderungen unzulässig § 148 Ziff. 7, § 155 Ziff. 1.

§ 117. 1. KGBl. **12** 45 (KG.). Drittschuldner des im ZwV.verfahren auf eine Hypothekforderung entfallenden und hinterlegten Erlöses ist der Subhastat.

2. Empfangsberechtigung des Ehemanns § 9 Ziff. 1. Nichtvalutierte Grundschuld s. Vorbemerkung vor § 115!

§ 118. 1. ➠ **RG.** 23. 3. 12. Vereinbarungsgemäß hatten der Ersteher und Kläger A. die Hypothek der B. zu 400 000 M. nebst deren sog. Fälligkeitsvergütung von 16 823 M. ausgeboten und diese letztere vor dem Teilungstermin an die B. bezahlt. Dies gab die B. im Teilungstermine zu Protokoll, aber zwei Nachhypothekare C. und D. erhoben Widerspruch gegen Zuteilung der 16 823 M. an die B., weshalb der ZwV.richter diesen Betrag nach §§ 118, 124 bedingt für die B. und für C. und D. eintragen ließ. Die B., welche die 16 823 M. nach erwähntem Bietungsabkommen an A. zurückvergüten mußte, hinterlegte sie zwei Tage nach dem Teilungs-

termine bei der Hinterlegungsstelle wegen Ungewißheit über den Empfangsberechtigten. C. und D. versäumten die Widerspruchsklagefrist, und die 16 823 M. wurden daher unbedingt auf die B. übertragen. C. und D. wurden nun von A. verklagt, in Auszahlung der hinterlegten 16 823 M. an ihn zu willigen. Die Klage ist aber in drei Rechtszügen abgewiesen worden, vom RG. aus folgenden Gründen: Zur Zeit der Hinterlegung stand dem C. und D. nur eine bedingte Erlösforderung zu. Eine Bereicherungsforderung für sie konnte erst nach Ablauf der Widerspruchsklagefrist entstehen. Die Hinterlegung war daher in keinem Falle nach § 372 BGB. dem C. und D. gegenüber rechtswirksam; denn die B. hat dadurch nur eine eigene Schuld tilgen wollen. Aber auch dem A. gegenüber war die Hinterlegung rechtsunwirksam, weil ohne Fahrlässigkeit die B. nicht im Zweifel darüber sein konnte, daß nur er ihr auf Grund des Bietungsabkommens als Gläubiger gegenüberstand. Allerdings wurde nach §§ 700, 328 BGB. und der PrHinterlO. zwischen B. und der Hinterlegungsstelle ein Vertrag zugunsten entweder des A. oder des C. und D. begründet. Aber ihn kann die B. wegen Nichterreichung ihres Zweckes gemäß § 812 BGB. kondizieren, und es fehlt somit und weil A. auch keine weitere Vereinbarung mit der B. behaupten kann, an jedem Rechtsgrunde dafür, daß sich der Kläger wegen seiner Forderung gerade aus dem hinterlegten Betrage befriedigen darf. Red. ←

2. SeuffA. **67** 211 (Jena). Der Ersteher kann nicht den auf eine Eigentümergrundschuld entfallenden Teil des ZwV.erlöses gegen seine ausgefallenen Forderungen aufrechnen. Ein Recht gegen den Ersteher erwerben die Bezugsberechtigten erst nach Anwendung des § 118 (**RG. 72** 346). Hieran ändert es nichts, daß der Ersteher die Forderung der beklagten Eigentümerhypothekare n a ch seiner Widerspruchserhebung pfänden ließ. Dies berechtigt ihn auch nicht zur Klage auf Einwilligung in die Zahlung durch den Drittschuldner. Denn er kann unmittelbar gegen den Drittschuldner (die Hinterlegungsstelle) auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auf Zahlung klagen.

3. Befriedigungswirkung § 53 Ziff. 1. Eigentumsaufgabe § 107 Ziff. 1. Übertragung trotz Quittung § 144 Ziff. 1. Überweisung von Mietzinsforderungen unwirksam § 155 Ziff. 1.

§ 120. Drittschuldner des hinterlegten Betrags ist der ZwV.schuldner. § 117 Ziff. 1.

§ 122. Gesamthypothek § 115 Ziff. 14, §§ 63, 123, 50 Ziff. 2.

§ 123. 1. RJA. **11** 302, ZBlFG. **13** 267 (KG.). Da U. nicht persönlicher Schuldner der (durch Gesamthypothek gesicherten) L.schen Forderung gewesen ist, so hat er diese dadurch erworben, daß die L.sche Hypothek aus seinen Grundstücken Nr. 240 und 300 im Wege der ZwV. befriedigt worden ist. Die Hypothek an den beiden versteigerten Grundstücken ist nach § 1181 Abs. 1 BGB. erloschen. Dagegen ist mit der Forderung auch die Hypothek an den beiden nicht versteigerten Grundstücken 136 und 154 auf U. übergegangen, da er eine Ersatzforderung gegen den persönlichen Schuldner hat.

2. Gesamthypothek s. auch §§ 63, 50 Ziff. 2, 115 Ziff. 14.

§ 124. 1. **RG.** ZBlFG. **13** 397, R. **12** Nr. 2919, 2949. Auf den Grundstücken I, II, III, IV stand eine Gesamthypothek der W. von 22 000 M. Nach der ZwV. von I und II beanspruchte die W. den ganzen freien Meistgebotsrest von 22 410 M., wonach sie (einschließlich ihrer Nebenforderungen) auf I und II mit 1857 M. ausgefallen wäre. O., als Nachhypothekar auf I und II zu 10 895 M., erhob aber Widerspruch in Höhe von 4292 M., indem er die W. zu ihrer teilweisen Befriedigung auf die für 6150 M. freihändig verkauften Grundstücke III und IV verweisen wollte. Die 4292 M. wurden bedingt für W. und O. hinterlegt, diese beiden einigten sich dann aber dahin, daß die W. „eine Restforderung von 6273 M. nebst allen Rechten und Hypotheken an O. abtrat". O. zahlte 6273 M. an die W.,

hob dafür die hinterlegten 4292 M. ab und ließ den Hypothekbetrag von 6273 M. auf III und IV auf sich überschreiben. Aber B. und Z., für die auf III und IV Nachhypotheken standen, klagten gegen O. auf Löschung des Mehrbetrags über 1875 M., weil insoweit die W. aus I und II befriedigt und die Hypothek erloschen sei. Das RG. hat jedoch die vom OLG. ausgesprochene Klagabweisung aus folgenden Gründen bestätigt. Nach dem zweifellosen Sachverhalte hat die W. schließlich den Widerspruch des O. anerkannt und diesen sich aus I und II mit 4292 M. befriedigen lassen, so daß sie selbst in dieser Höhe aus dem ZwV.erlöse für I und II nicht befriedigt wurde. Es stand nach § 1132 BGB. im freien Belieben der W., den — wenn auch unbegründeten — Widerspruch des O. nachträglich anzuerkennen. Die Geltendmachung einer Forderung im ZwV.verfahren ist an sich ein verzichtbares Recht, und der Verzicht ist möglich, solange die Befriedigung noch nicht eingetreten, die Forderung noch nicht erloschen ist. Die 4293 M. waren der W. wegen Widerspruchs des O. noch nicht endgültig zugeteilt. § 1181 BGB. ist nicht verletzt. — Wenn auch Übergabe oder vollzogene Überweisung des W.schen Hypothekenbriefs an O. nicht erfolgt sein sollte, so wäre doch keinesfalls der Klagegrund, das Erlöschen des Hypothekbetrags von 4293 M., erwiesen.

2. Hinterlegung für einen Sicherungshypothekar § 118 Ziff. 1. Nichtvalutierte Grundschuld s. Vorbemerkung vor § 115!

§ 125. Bedingte Sicherungshypothek für den Fall des Erlöschens einer im geringsten Gebote stehenden Grundschuld § 50 Ziff. 1. Nichtvalutierte Grundschuld s. Vorbemerkung vor § 115!

§ 126. Drittschuldner der Subhastat § 117 Ziff. 1.

§ 128. 1. SeuffA. **67** 378 (Dresden). Bei fehlerhafter Eintragung der Sicherungshypotheken gemäß § 128 gilt zwischen den ursprünglich Beteiligten das wirkliche Rangverhältnis.

2. Nicht valutierte Grundschuld § 50 Ziff. 3. Wiederversteigerung schon zuvor? § 133 Ziff. 1.

§ 130. 1. BadRpr. **12** 207 (Karlsruhe). Die Verletzung der Vorschrift des § 130 Abs. 3 hat nicht die Nichtigkeit der im Widerspruche mit ihr erfolgten Eintragung zur Folge. Ebenso KGJ. **34** A 282, Güthe, Predari, Oberneck.

2. Fromherz, BadRpr. **12** 261. In Baden darf dem Gläubiger, welcher der Grundbuchbehörde ein vollstreckbares Urteil zum Zwecke der ZwV. übergeben hat, bei der Vollstreckung aber teilweise ausgefallen ist, die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung nicht verweigert werden.

3. Beschwerderecht der Beteiligten § 19 Ziff. 1. Löschung im Falle des § 76 s. das. Ziff. 1. Wiederkaufsrecht bei Rentengütern § 91 Ziff. 9. Wiederversteigerung schon vor Grundbuchberichtigung § 133 Ziff. 1. Berichtigung bei außergerichtlicher Teilung § 144 Ziff. 1.

§ 132. 1. Kurnik, R. **12** 751, hält gegen Jaeckel-Güthe § 72 Anm. 2 und einen ungedruckten Beschluß des LG. Hirschberg vom 28. Juni 1911 einen Duldungstitel gegen den Mann für die Zwangsvollstreckung aus §§ 132, 133 nicht für nötig, wenn der Ehefrau das Grundstück zugeschlagen ist. Er begründet seine Ansicht im wesentlichen damit, daß schon bei Abgabe des Gebots durch die Frau deren ehelicher Güterstand geprüft sein muß und die Duldungspflicht des Mannes hiernach feststeht, daß § 132 ein schleuniges Verfahren will und daß eine vorgängige Duldungsklage gegen den Mann zu sinnloser Zeit- und Kostenvergeudung führen würde. Nach Meinung des Verf. geht die Zwangsvollstreckung aus §§ 132, 133 in das gesamte Vermögen der Frau; es ist eine einheitliche Rechtsprechung über diese zweifelhaften und wichtigen Fragen erwünscht, die ähnlich wie nach §§ 27 FGG., 78 GBO. erzielt werden sollte.

2. Meistgebotsabtretung § 115 Ziff. 11. Aufrechnung, Klage gegen den vollstreckbaren Titel § 144 Ziff. 1.

§ 133. 1. Gutmann, DNotV. **12** 842. Die Wiederversteigerung kann erfolgen, auch wenn der Ersteher noch nicht als Eigentümer und demgemäß auch die Sicherungshypotheken für die übertragenen Forderungen (§ 128) noch nicht eingetragen sind. Die Berichtigung des Grundbuchs (an sich nach § 36 und Jaeckel-Güthe § 133 Anm. 16 nötig) wird nicht abzuwarten sein, sonst könnte z. B. dort, wo, wie in Bayern, die Grundbuchberichtigung von Zahlung der Besitzveränderungsgebühr abhängt, der Ersteher durch deren Nichtzahlung die Wiederversteigerung beliebig hinausschieben. Die Mitteilung des Grundbuchamts wird hier durch den rechtskräftigen Teilungsplan ersetzt.

2. Duldung des Ehemanns § 132 Ziff. 1.

§ 143. Folgerung aus § 143 f. § 114 Ziff. 1. Meistgebotsabtretung § 115 Ziff. 11. Bloße Quittungsvorlage § 144 Ziff. 1. Altrechtliches bayerisches Verfahren § 15 Ziff. 3 EG.

§ 144. 1. Krafft, Über außergerichtliche Zahlung durch den Ersteher im ZwV.verfahren, BayRpflZ. **12** 409. Das nicht selten geübte Verfahren, wonach der ZwV.richter bei Vorlegung von Privatquittungen der Berechtigten durch den Ersteher von weiterem absieht und die Berichtigung des Grundbuchs herbeiführt, dürfte nicht richtig sein. Der Ersteher steht zunächst zu den Gläubigern in gar keiner Rechtsbeziehung, der Schuldner hat gegen ihn allerdings einen Anspruch, aber nur auf Zahlung behufs Verteilung an die Berechtigten, d. i. auf Hinterlegung des Erlöses bei Gericht. Seine Zahlung unmittelbar an die Gläubiger befreit den Ersteher daher nicht, abgesehen von der Ausnahme im § 144. Diesen Paragraphen verletzt das erwähnte Verfahren, selbst wenn der Nachweis der Zahlung an die Gläubiger durch öffentliche Urkunden geführt wird. Daher darf von Übertragung der Forderung gegen den Ersteher — abgesehen von § 143 — nur dann Umgang genommen werden, wenn der Berechtigte auf die Übertragung verzichtet. Erst nach der Übertragung kann der Ersteher gegenüber den Gläubigern, an die er schon gezahlt hat, aufrechnen und nötigenfalls die vollstreckbare Übertragungsurkunde im Wege der Klage nach § 767 ZPO. bekämpfen (vgl. § 132 Abs. 2; **RG. 71** 413). Aber auch dies wird von Jaeckel-Güthe § 115 Anm. 6, § 118 Anm. VI 4 bestritten. Mit dem Gesagten stimmt Reinhard, ZVG. § 144 Anm. III 12, im wesentlichen überein. Nicht ganz zutreffend legt Steiner § 145 Note 7 darauf Gewicht, ob die behauptete Gläubigerbefriedigung „unwidersprochen" bleibt. Auch teilweise Hinterlegung, teilweise Quittungsvorlage wird unbeachtet bleiben müssen. Gegen den Formalismus des Ergebnisses wird Vertagung des Teilungstermins und Aufforderung des Erstehers zur Einleitung des Verfahrens nach § 144 Abhilfe schaffen können.

2. BadRpr. **12** 68 (LG. Offenburg). Die Gebühr für das Verfahren gemäß § 144 nach BadKostG. § 139 Abs. 1 d ist unter Hinzurechnung einer nicht im geringsten Gebote stehenden, aber vom Ersteher übernommenen Hypothek zu berechnen.

§ 145. Bloße Quittungen ungenügend § 144 Ziff. 1.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

Vorbemerkung: Es mehren sich die Klagen und Abhilfe-Wünsche wegen der durch Nießbrauchsbestellung, Vorausverfügung über die Mietzinsen, deren Pfändung und neuerdings auch durch Verpachtung der Zinshäuser namentlich in Großstädten herbeigeführten Schädigungen der Zwangsverwaltungen und insbesondere der zweiten Hypotheken. Vgl. § 21 Ziff. 1 u. 2; § 148 Ziff. 5, 8, 10; § 152 Ziff. 1. Daß unter Umständen die Mietzinsen auf ein ganzes Jahr den dinglichen Gläubigern entzogen sein können, ist unbestreitbar. Beachtenswert, aber vielleicht doch schwer durchführbar und kostspielig ist der von

Lindemann § 148 Ziff. 6 vorgeschlagene Klageweg gegen Vorausverfügungen über die Mietzinsen. Erwägenswert ist die Frage, ob sich die von der ZwV. getrennte ZwVerw. überhaupt bewährt hat und ob nicht eine mit der ZwV. verbundene ZwVerw. — wobei ja das ZwV.verfahren längere Zeit ruhen könnte — vorzuziehen wäre.

§ 146. 1. OLG. **25** 264 (KG.). Zwar sind die Ausführungen des LG. richtig, daß die ZwVerw. nach §§ 146, 147 nur gegen den Eigentümer oder Eigenbesitzer, nicht aber gegen den Nießbraucher, der kein Eigenbesitzer nach § 872 BGB. sei, angeordnet werden könne. Aber der Gläubiger meint mit seinem vom LG. abgewiesenen Antrage, daß die ZwVerw. ohne Rücksicht auf den Nießbrauch durchgeführt werden solle. Dieses Verlangen ist auch berechtigt, da der Gläubiger schon vor der Stellung des Antrags dem Nießbraucher einen vollstreckbaren Duldungstitel zugestellt hatte. Ob der Notar die Klausel gegen den Nießbraucher — etwa als Rechtsnachfolger im Sinne des § 800 ZPO. — mit Recht erteilt hat, ist nicht vom ZwV.gerichte zu prüfen. Gegen einen eingetragenen Rechtsnachfolger ist Zustellung der Urkunden über die Rechtsnachfolge nach § 800 Abs. 2 ZPO. nicht erforderlich. Die Ermächtigungen nach §§ 979 Abs. 3, 733 das. brauchten dem Nießbraucher nicht zugestellt zu werden. Die notwendige Erwähnung der Anordnung des Vorsitzenden (hier der Ermächtigung des Amtsgerichts) in der Klausel ist geschehen. Hiernach ist die durch den Beschluß des AG. eingeleitete ZwVerw. ohne Rücksicht auf den Nießbrauch des X. durchzuführen.

2. RheinARV. **28** 73 (LG. Cöln). Der Nießbrauch eines Dritten am Grundstücke steht der Anordnung der ZwVerw. nicht entgegen.

3. *Boywidt, Zwangsverwaltung und Sequestration. Auch im Wege einstweiliger Verfügung des Prozeßrichters ist die Anwendung einer ZwVerw. zulässig (vgl. zu §§ 935, 938, 940 ZPO.).

4. Behandlung der Eigentümerhypothek § 10 Ziff. 3. Württ. statut. Nutzungsrecht § 91 Ziff. 13.

§ 148. 1. **RG.** SeuffBl. **12** 380, GruchotsBeitr. **56** 1099, WarnE. **12** 257. Die im ZwVerw.verfahren hinterlegten 5178 M. rühren unstreitig aus Mietzinsen her, die der Zwangsverwalter eingezogen hat. Vom Zuschlagstage (21. Juni 1909) an gebühren sie bis zum 30. Juni 1909 dem Ersteher. Insoweit ist der Anspruch der M., die den Hinterlegungsbetrag gegen den ZwV.schuldner J. hatte pfänden lassen, im voraus hinfällig. Aber auch der Rest ist an den klagenden Ersteher F., der zugleich Zessionar des erstausfallenden Hypothekgläubigers X. ist, auszuzahlen. Die Einwendung der M., daß die 5178 M. bei der Schlußverteilung absichtlich nicht mitverteilt worden seien und X. darauf verzichtet habe, ist unbegründet. Am Zuschlagstage wurde die ZwVerw. nur unter dem nach **RG. 53** 263, **59** 87 anzunehmenden stillschweigenden Vorbehalte notwendiger Nachtragsverteilungen aufgehoben. Der Hinterlegungsbetrag wurde daher nicht für J. frei, er konnte noch nachträglich verteilt werden. Die Behauptung der Beklagten M., daß X. (schenkungsweise?) auf Befriedigung aus den 5178 M. verzichtet habe, ist trotz Befragens nicht näher dargelegt worden. Mit Recht hat daher das Berufungsgericht nur Verzicht des X. auf vorläufige Verteilung der 5178 M. höchstenfalls angenommen.

2. ➠ **RG.** 17. 1. 12. Mit Recht hat das OLG. festgestellt, daß die Zwangsvollstreckung in das Grundstück — hier die vom Kläger betriebene ZwVerw. — die dazu gehörige Windmühle mitumfasse und daß diese daher Gegenstand der Mobiliarpfändung der Beklagten nicht sein könne. Das Erbzinsrecht auf die Windmühle ist im Jahre 1779 vom König von Hannover verliehen worden, es begründete im gegebenen Falle gemeinrechtliches „Untereigentum". Der Grundbucheintrag erstreckt sich auch auf das Windmühleneigentum. Daß dieses innerhalb öffentlich-rechtlichen Deichgebiets liegt, hinderte namentlich mit Rücksicht auf die königliche Verleihung den Grundbucheintrag nicht. Red. ⟵

3. Busch, ZBlFG. **12** 783. Der Gläubiger, der sich richtige Verwendung der von der Versicherungsanstalt zu zahlenden Wiederherstellungsgelder sichern will, ist darauf angewiesen, ZwVerw., sei es auch nur mittels einstweiliger Verfügung, zu erwirken (s. Mot. zu § 148). — In der ZwVerw. gemachte Aufwendungen des Hypothekgläubigers zur Aufrechterhaltung der Feuerversicherung der verpfändeten Gebäude gehen allen Ansprüchen, wofür das Grundstück haftet, im Range vor. Das Betreiben der ZwV. allein schützt ihn nicht genügend. Die Aufwendungen müssen nach § 37 Ziff. 4 angemeldet und glaubhaft gemacht werden (785 f.).

4. Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB., rechnet S. 102 die Verfügungsbeschränkung des § 148 Abs. 2 unter die rlativen Veräußerungsverbote. (Vgl. oben § 23 Ziff. 1!)

5. Budde, DJZ. **12** 1207, schildert die ungünstige, auf Vorausverfügungen über die Mietzinsen nach §§ 1123, 1124, 573 BGB. mit § 57 und **RG. 64** 415 beruhende Lage der zweiten Hypotheken (und der Zwangsverwaltungen) namentlich in Berlin. Er stellt fest, daß nach dem Ergebnis einer Umfrage in 80 bis 90 pCt. aller in Berlin eingeleiteten ZwVerw., und zwar in fast allen ZwVerw., die bis zur ZwV. durchgeführt worden sind, die Hausmieten vor der Beschlagnahme zugunsten Dritter übertragen oder gepfändet waren. Schon die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes würde nach seiner Meinung wirksame Hilfe schaffen. (Vgl. § 21 Ziff. 1 und 2!)

6. Lindemann, Hypothekengläubiger und Mietzins, R. **12** 694, stellt unter Hinweis auf **RG. 64** 415 fest, daß durch Vorausverfügungen über die Mietzinsen diese dem Hypothekgläubiger, der das Grundstück ersteht, möglicherweise auf ein ganzes Jahr entzogen werden können und daß diese Wirkung des § 1124 Abs. 2, wenn unvermeidlich, als die dingliche Sicherheit schädigend gesetzgeberische Abhilfe veranlassen müßte. Er ist aber der Meinung, daß, weil die ZwV.beschlagnahme wie ein gesetzliches, zugunsten des Hypothekgläubigers bestehendes Veräußerungsverbot wirkt (§§ 148, 23 ZVG., 36 BGB.), dem Hypothekgläubiger schon aus § 135 BGB., auch nach dem Grundsatz in §§ 12, 862, 1004 das., ein Klagerecht gegen den Dritten auf Beseitigung der Beeinträchtigung seines dinglichen Rechtes zustehe. Dieses Recht gehe im Falle verbotswidriger Übertragung der Mietzinsen auf deren Rückübertragung auf den Abtretenden, im Falle ihrer verbotswidrigen Pfändung auf Erklärung der Zwangsvollstreckung als unzuläßig, in beiden Fällen selbstverständlich nur für den Zeitraum nach Ablauf des auf die Beschlagnahme folgenden (Kalender-)Vierteljahrs.

7. KGBl. **12** 104 (KG.). Die Beschlagnahme von Mietzinsen kann nur durch den Antrag auf ZwVerw. oder durch Forderungspfändung geschehen. Im Zwangsversteigerungsverfahren sind Mietzinsen nicht mehr als Teil der Immobiliarmasse zu berücksichtigen. (Vgl. § 155 Ziff. 1!)

8. BuschsZ. **42** 378 (LG. Leipzig). Die Mietzinsen waren im November 1908 abgetreten. G. erwirkte im Juni 1909 ZwVerw., im Juli 1909 ZwV. und erhielt im September 1909 den Zuschlag. Der Klage des Mietzinszessionars gegen den Mieter auf Zahlung der Mietzinsen wurde stattgegeben, da sie G. du ch den Zuschlag nicht erworben habe.

9. BuschsZ. **42** 531 (Stettin). Der Zwangsverwalter eines preuß. Fideikommißguts hat mit Recht die Aufhebung der Pfändung von Karpfen, die sich in Allodialteichen des Fideikommißbesitzers befanden, beantragt. Diese Pfändung war nach § 865 ZPO. unzuläßig, da das Gut mit seinen 60 Teichen der Fischzucht gewidmet ist, die Fische nur vorübergehend in die angrenzenden Allodialteiche gebracht waren und daher Zubehör des Fideikommißguts geblieben sind.

10. Heilbrunn, RuW. **12** 423, empfiehlt zum Zwecke rechtlicher Sicherung der zweitstelligen Hypotheken entsprechende Abänderung des § 1124 BGB.

11. ➡ **RG.** 21. 12. 12. Außer durch Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der ZwVerw. kann der Hypothekgläubiger sein ihm im allgemeinen schon nach §§ 1113, 1123 Abs. 1 BGB. gegebenes Recht auf die Miet- und Pachtzinsen auch dadurch im Sinne der §§ 1123 Abs. 2 und 1124 das. sichern und verwirklichen, daß er sie auf Grund dinglichen Titels gemäß §§ 828 ff. ZPO. für sich pfänden läßt. Der nacheingetragene Nießbraucher kann hiergegen nicht einwenden, daß diese Pfändung ungültig sei, weil sie in der Richtung gegen den Grundeigentümer vorgenommen, aber die Mietverträge nicht von diesem, sondern von ihm, dem Nießbraucher, abgeschlossen worden seien. Wenn ihm auch ohne Rücksicht darauf, wer die Mietverträge abgeschlossen hat, äußerlich der Mietzinsenbezug und an sich eine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. zusteht, so wird diese doch durch den besseren Rang des pfändenden Hypothekgläubigers nach § 879 BGB. ausgeschlossen. Red. ⬅

12. Vorausverfügungen über Mietzinsen § 21 Ziff. 1, 2. Nießbrauch § 146 Ziff. 1, 2. Mietzinsen nicht zur ZwV.! § 155 Ziff. 1. Zinsbezug des Nießbrauchers § 154 Ziff. 1. S. im allgemeinen auch §§ 57, 152!

§ 150. *Kormann, HirthsAnn. **11** 905. Der Zwangsverwalter ist Repräsentant; vgl. zu §§ 164 ff. BGB.

§ 151. Gemeindeabgaben § 10 Ziff. 8.

§ 152. 1. Goldschmidt, JW. **12** 1016. Die neuerdings beliebte Verpachtung eines Zinshauses vor der Beschlagnahme ist geeignet, die Hypothekengläubiger schwer zu schädigen. Der Zwangsverwalter muß den Pächter als Besitzer neben sich dulden, er tritt nach § 868 BGB. nur in den mittelbaren Besitz ein und kann den Pächter nicht (wie einen Nießbraucher nach § 1047 BGB.) zur Lastentragung zwingen, sondern muß sich auf dessen Überwachung beschränken (§§ 550, 553 BGB.). Da in solchen Fällen die Pachtzinsen meist auf ein Jahr vorausbezahlt werden und zwei Vierteljahrsbeträge davon nach § 1124 BGB. geschützt sind, so geht die ZwVerw. gewöhnlich leer aus. Betreibt der Gläubiger deshalb die ZwV., so müssen dann die Zinsen statt aus den Einkünften aus dem Grundstückswerte selbst getilgt werden. Da der Ersteher nach Maßgabe von § 57 ebenfalls die Verpachtung gelten lassen muß, wird weniger geboten, zumal auch dem Ersteher der Pachtzins mindestens auf 1/4 Jahr entzogen wird. Gesetzliche Abhilfe gegen alle diese Nachteile ist geboten, und zwar auf dem allein sicheren Wege, daß gerichtliche oder notarielle Beurkundung jedes Pachtvertrags über ein Hausgrundstück und der Zustimmung der dinglichen Gläubiger hierzu angeordnet wird.

2. **RG. 80** 311, JW. **13** 136. Für den Streit über angeblich unberechtigte Einziehung von Mietzinsen in die Zwangsverwaltungsmasse ist der Zwangsverwalter der richtige Beklagte, mag er auch in der Klageschrift nicht ausdrücklich als „Zwangsverwalter" verklagt sein. Der Kläger auf Herauszahlung der Mietzinsen kann nicht auf das künftige Teilungsverfahren verwiesen werden. Die scheinbar abweichende Entsch. **RG. 68** 10 behandelt den Fall, daß die Zwangsverwaltungsmasse schon flüssig gemacht war. Es ist zweifelhaft, ob sich der Zwangsverwalter gegenüber einer derartigen Klage auf seine Fähigkeit und Bereitwilligkeit, die bestrittenen Mietzinsen zu hinterlegen, berufen kann. Die Klage muß aber abgewiesen werden, wenn sie sich bloß auf Mietzinsabtretung des Eigentümers an den Nießbraucher stützt. Solche Abtretung ist, weil auf Unmögliches gerichtet, nach § 306 BGB. nichtig. (S. Ziff. 5 unten!)

3. SächsRpflA. **12** 476 (SächsGeneralzolldirektion). Der Zwangsverwalter haftet für den Stempel der von ihm ausgestellten Vollmacht nach § 21 Abs. 1 Ziff. 7 Tarifst. 33 I SächsStStG. persönlich. Er ist nicht Vertreter von Beteiligten, die nach § 21 Abs. 2 aaO. herangezogen werden könnten, sondern öffentlich-rechtlich bestellter Träger öffentlich-rechtlicher Aufgaben.

4. ➠ RG. 30. 11. 12. Die Sachzuständigkeit des Zwangsverwalters erschöpft sich in den ihm durch § 152 zugewiesenen Aufgaben, mithin darin, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen, ferner Ansprüche, auf die sich die Beschlagnahme erstreckt, geltend zu machen und die für die Verwaltung entbehrlichen Nutzungen in Geld umzusetzen. Was jenseits dieser Zwecke der ZwVerw. liegt, ist also eine Sache, die den Zwangsverwalter nichts angeht. Nachdem in vorliegender Sache der Gläubiger, der Mietzinsen für sich hatte pfänden lassen, diese für die Dauer der ZwVerw. freigegeben hatte, war der ZwVerwalter weder äußerlich noch sachlich befugt (etwa als Vertreter des Hypothekgläubigers), gegen jenen darauf zu klagen, daß ihm, dem Beklagten, aus dem Pfändungsbeschlusse gegenüber dem Hypothekgläubiger kein Recht zustehe. Red. ⟵

5. OLG. 25 264 (KG.). Die Klage der Mietszinszessionarin gegen den Zw.verwalter auf Herauszahlung der Mietzinsen war abzuweisen, weil der nur persönlich verklagte Zw.verwalter nicht passiv legitimiert, übrigens auch imstande und bereit ist, die bestrittenen Mietszinsen zu hinterlegen. ➠ Dieses Urteil ist zwar nicht in seiner Begründung, aber in seinem Ergebnisse vom RG. bestätigt worden. S. oben Ziff. 2! Red. ⟵

6. Cohnreich, Safemieten in der ZwVerw., JW. 12 1123, gibt zwar zu, daß der Zw.verwalter auch Gewerbe des Schuldners betreiben dürfe, soweit sie in Nutzung des Grundstücks bestehen (z. B. Vermietung, Pensionat), gelangt aber zu dem Schlußsatze: Dem Zw.verwalter ist die Möglichkeit benommen, die an sich der Beschlagnahme und seiner Nutzung unterliegenden Schränke durch Fortsetzung der von dem Schuldner über die Safes abgeschlossenen Mietverträge zu nutzen. Zur Einziehung der Mietzinsen von den Gebrauchsberechtigten ist er daher nicht befugt. Die Safemieten sind keine Einkünfte der ZwVerw.

7. *Keup, LeipzZ. 12 737 ff. Die Klage auf Zahlung laufender Versicherungsprämien für ein unter ZwVerw. stehendes Grundstück ist gegen den Zw.verwalter zu richten. Zur Verwaltung gehört es auch, als Beklagter im Prozesse zu stehen gegenüber Klagen aus Verträgen, die zum Zwecke der Bewirtschaftung des Grundstücks geschlossen sind. Dem Schuldner ist die Verwaltung nach § 148 vollständig entzogen. Er ist daher solchen Klagen gegenüber nicht passiv legitimiert, vielmehr muß mit der Verwaltung auch die Passivlegitimation auf den Zw.verwalter übergegangen sein. — In zweiter Reihe erst kommt die Frage, ob dem Zw.verwalter gegenüber der Anspruch auf Prämienzahlung sachlich begründet ist. Aus der Zahlungspflicht des Schuldners folgt die gleiche Pflicht des Zw.verwalters nicht. Nach § 152 hat er Verbindlichkeiten nur zu erfüllen, wenn dies erforderlich ist, „um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten“. — Der Unkündbarkeit des Versicherungsvertrags bei ZwVerw. (§ 14 VVG.) muß billigerweise die Befugnis des Versicherers gegenüberstehen, in den Grenzen des § 152 vom Verwalter Prämienzahlung fordern zu können. Der Eintritt in laufende Versicherungsverträge unterliegt also prozeßgerichtlicher Nachprüfung, nicht bloß dem Ermessen des Verwalters und der Aufsicht des Vollstreckungsgerichts, wie das OLG. Marienwerder im Urt. vom 1. Juli 1911 meint.

8. Binz, BadNotZ. 12 148. Durch den Verzicht auf das Grundstückseigentum als solchen wird an sich der Mietvertrag in keiner Weise berührt. (Die Gestaltung der Mietverhältnisse in diesem Falle wird näher ausgeführt.) Auch dem Zw.verwalter gegenüber ist der Mietvertrag wirksam (§ 152 Abs. 2). Der Zw.verwalter hat auch bei Herrenlosigkeit des Grundstücks die Pflicht, die über die Grenzen des § 1124 BGB. hinausgehenden Verfügungen über den Mietzins anzufechten und den Mietzins einzuziehen. Ist dagegen kraft besonderer Vereinbarung gleichzeitig mit dem Eigentumsverzichte die Aufhebung des Mietvertrags erfolgt, so ist der Mieter

zur Zinszahlung überhaupt nicht mehr verpflichtet. Der Vermieter und daher auch ein Dritter und der Zw.verwalter haben keine Ansprüche mehr gegen ihn aus dem Mietvertrage, selbst wenn er im Besitz und Gebrauche des Grundstücks geblieben ist. — Der Fiskus, der sich gemäß § 928 Abs. 2 BGB. als Eigentümer des herrenlosen Grundstücks eintragen läßt, ist nicht an den Mietvertrag gebunden, er kann die sofortige Räumung von dem Mieter (entgegen § 571 BGB.) verlangen (aM. Dernburg, Neumann).

9. S. auch § 148!

§ 153. 1. Herms, ZBlFG. **13** 193. Die Frage, an wen sich der Zw.verwalter in dem Falle, daß die Einkünfte des verwalteten Grundstücks zur Zahlung der Vergütung an ihn nicht ausreichen, zu halten hat, gehört zu den am meisten bestrittenen. Nach dem alten PrZVG. vom 13. Juli 1883 haftete der vorschußpflichtige Gläubiger für jene Vergütung (**RG. 43** 63, OLG. **2** 239). Dies ist nach ZVG. zweifelhaft, weil §§ 161, 25 von Vorschußpflicht des Gläubigers nur bei Fortsetzung des Verfahrens sprechen. Ein Ausweg ließe sich aber vielleicht insofern finden, als man im Anordnungsbeschlusse den Beginn, in der Bestellung des Verwalters schon eine Fortsetzung des Verfahrens sieht und das amtliche (Pr.) Formular dahin abändert: „Als Verwalter soll der pp. bestellt werden, sobald ein Auslagenvorschuß von . . . Mark einbezahlt sein wird.“ (Vgl. § 161 Ziff. 1!)

2. SeuffA. **67** 481 (Kiel). Die §§ 153 Abs. 1, 155 Abs. 1 sind sinngemäß auf den gemäß einstweiliger Verfügung aufgestellten Sequester anzuwenden. Er darf Auslagen und Honorar von seinen Einnahmen abziehen. Vergütung kann er aber nur bis zur Beendigung der Sequestration verlangen, welche Beendigung hier mit Rechtskraft des die Sequestration aufhebenden Urteils eingetreten ist.

§ 154. 1. **RG.** R. **12** Nr. 3011. Die Klage der ausgefallenen Hypothekgläubigerin gegen den Zw.verwalter aus § 154 ist mit Recht abgewiesen worden. Durfte sich der Nießbraucher A. nach damaliger, vielleicht zweifelhafter, aber auf **RG. 64** 420 gestützten Rechtsansicht (statt auf seinen Nießbrauch) auf seine Mietzinspfändungen berufen und waren die von ihm in Anspruch genommenen Mietzinsen (gemäß § 1124 BGB.) von der ZwVerw.beschlagnahme überhaupt frei, so hat der Beklagte dadurch keinesfalls ein Verschulden begangen, daß er sich um sie nicht bekümmerte und sie dem A. überließ. Als Mietzins-Pfändungsgläubiger hatte A. nicht die dem Nießbraucher nach § 1047 BGB. obliegende Pflicht der Lastentilgung.

2. Klage gegen den Zwangsverwalter § 152 Ziff. 2. Stempelpflicht § 152 Ziff. 3. Klage auf Vorschußrückgabe § 161 Ziff. 1.

§ 155. 1. **RG.** JW. **13** 55, (R. **12** Nr. 3409), BayRpflZ. **13** 71. Auf Grund von Abtretungserklärungen der ersten ausgefallenen Hypothekgläubiger, denen im (verloren gegangenen) Protokoll über die ZwV.verteilung „die etwaigen noch vorhandenen Bestände der Immobiliarmasse“ überwiesen worden sein sollen, verlangte die Klägerin im Konkurse des Mieters Auszahlung von Mietzinsforderungen des ZwV.schuldners als Masseschuld. Sie wurde mit der Klage vom OLG. und RG. abgewiesen, vom RG. aus folgenden Gründen: Nach §§ 21 Abs. 2, 20, 148 war der ZwV.richter nicht befugt, die in der ZwVerw.masse befindliche Mietforderung an die Hypothekgläubiger zu überweisen. Aber auch im ZwVerw.verfahren haben die (nicht betreibenden) Hypothekengläubiger nach §§ 148, 155, 10 Nr. 4 auf Befriedigung ihrer Kapitalsforderung keinen Anspruch. Eine Abführung der in der ZwVerw. erzielten Überschüsse zur Teilungsmasse in der ZwV. findet — im Gegensatze zum früheren preuß. Rechte — nicht mehr statt (**RG. 59** 87). Solche Überschüsse gebühren dem ZwV.schuldner oder seiner Konkursmasse. Ihre Überweisung durch den ZwV.richter an die Hypothekgläubiger war unrechtmäßig und wurde nicht durch Unterlassung des Widerspruchs seitens des Schuldners geheilt,

zumal hier nicht einmal behauptet ist, daß Schuldner oder Konkursverwalter im Teilungstermine zugegen waren. Vergeblich beruft sich die Revision auf § 836 ZPO., wonach Überweisung Schuldnererklärungen ersetzt. Der § 836 ist nur für Zwangsvollstreckung in Forderungen gegeben und durch § 869 das. nicht auf das ZwV.verfahren erstreckt. § 118 ZVG. könnte die Wirkung der Überweisung nach § 836 ZPO. nur dann haben, wenn und soweit die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten übertragen wird. Dies ist aber hier nicht der Fall.

2. Buck, PrVerwBl. **33** 50. Der Schuldner, dem vom Zwangsverwalter die Weiterführung der Geschäfte gegen bestimmte Geldvergütung überlassen ist, muß für diese (nicht für seine frühere Einnahmequelle) preußische Einkommensteuer zahlen.

3. Gemeindeabgaben § 10 Ziff. 8. Vergütung des Sequesters § 153 Ziff. 2.

§ 156. Benachrichtigung der Gemeinde § 10 Ziff. 8. Interventionsstreit gehört nicht in das Teilungsverfahren § 152 Ziff. 2. Gemeindeabgaben § 10 Ziff. 8.

§ 159. Änderungsklage § 10 Ziff. 8 aE.

§ 161. 1. OLG. **25** 266 (Marienwerder). Ob der Zw.verwalter als solcher nach Beendigung der ZwVerw. einen Rechtsstreit gegen die damals betreibende Gläubigerin (auf Befreiung von einer Werklohnforderung) neu anstrengen darf, kann dahingestellt bleiben; keinesfalls hat er jetzt mehr Rechte als vorher. Auch während der ZwVerw. kann er gegen den Gläubiger auf Vorschußentrichtung nicht klagen, ihn nur mittelbar dazu mittels des § 161 veranlassen. Es liegt hier weder ein privatrechtliches Auftragsverhältnis, noch ein privatrechtliches Vorschußversprechen der Gläubigerin vor. Sie durfte sich bei ihrer Bereitwilligkeit, Vorschuß zu zahlen, auf § 12 Abs. 2 VO. vom 8. Dezember 1899 verlassen, wonach für Bauarbeiten der Zw.verwalter zunächst nur die „sicheren Einnahmen der laufenden Mietperiode" verwenden darf. Vorschüsse des Gläubigers können hierzu nach § 161 Abs. 3 insolange nicht gerechnet werden, als nicht eine klagbare Verpflichtung zu ihrer Leistung übernommen worden ist. — Aber auch für die Widerklage der Gläubigerin auf Rückzahlung von 200 M. Verwaltungsvorschuß ist im gegenwärtigen Verfahren kein Raum, da der Kläger gar nicht als Person, sondern als Zw.verwalter auftritt und die Gläubigerin sich an ihn als solchen nicht halten will, sondern von ihm Schadensersatz nach § 154 aus seinem Vermögen verlangt.

2. Vorschußpflicht § 153 Ziff. 1.

Zweiter Abschnitt.

Zwangsversteigerung von Schiffen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 162. **RG. 79** 178, JW. **12** 693. Unter Abweichung von **RG. 72** 347 (JDR. **9** § 162 Ziff. 1) wird die Haftung des Reichsfiskus für Zusammenstöße eines in Ausübung der öffentlichen Gewalt, aber schuldhaft, geführten Kriegsschiffs mit einem Kauffahrteischiff anerkannt. Aus der Unmöglichkeit, ein Kriegsschiff zur ZwV. zu bringen (§§ 486, 734 HGB.), folgt, daß der Fiskus persönlich haften muß, jedoch nur bis zum Belaufe desjenigen Wertes, welchen das Kriegsschiff unmittelbar nach dem Zusammenstoße besaß..

§ 165. KGBl. **12** 98 (KG.). Der im Armenrechte die ZwV. eines Schiffes betreibende Gläubiger ist nicht verpflichtet, einen Vorschuß zur Deckung der Kosten der Bewachung und Verwahrung des Schiffes zu zahlen.

§ 169. LeipzZ **12** 409 (Hamburg). Der Schiffshypothekengläubiger muß zwar mit nach § 776 HGB. vorgehenden Pfandrechten rechnen, Vorwegbefriedigung von Gläubigern braucht er sich aber nicht gefallen zu lassen, die tatsächlich keine Schiffsgläubiger sind und nur als solche durch den Reeder in einem gerichtlichen Verfahren (oder gar Versäumnisverfahren) anerkannt sind.

§ 171. RG. **80** 129, R. **12** Nr. 3219, 3220, 3295. Das LG. und das OLG hatten im ZwV.teilungsstreite den Vorrang einer nur in den Schiffspapieren (im Beilbrief) eines russischen Schiffes eingetragenen Schiffshypothek vor einer Arrestforderung anerkannt. Vom RG. wurde aus nachstehenden wesentlichen Gründen das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen: Freilich hat das deutsche Gesetz bei der Verpfändung von Seeschiffen (an sich beweglichen Sachen) von dem Erfordernisse der Besitzübertragung abgesehen, aber nicht, ohne an deren Stelle der Verkehrssicherheit und Verkehrsmoral wegen eine ganz bestimmte Sicherungsmaßregel (die Eintragung von Hypotheken ins Schiffsregister) zu setzen. Es kommt darauf an, ob die ausländische Sicherungsmaßregel der bei uns vorgeschriebenen für gleichwertig oder annähernd gleichwertig zu erachten ist. Namentlich die Erkennbarkeit des Pfandrechts ist erheblich und deren Art. Sicherlich hätte der deutsche Gesetzgeber von der Registereintragung abgesehen, wenn er eine Eintragung in die Schiffspapiere für auch nur annähernd gleichwertig gehalten und nicht vielmehr für die Schiffshypothek Publizität, d. h. nicht sowohl Erkennbarkeit als vielmehr volle und authentische Öffentlichkeit gefordert hätte. Aus § 171 folgt nichts dafür, welche ausländische Normen im Inland anwendbar sind, insbesondere ist damit nicht gesagt, daß die Berücksichtigung ausländischer Hypotheken nicht von deren Eintragung in „ein" Schiffsregister abhängig sein soll.

Dritter Abschnitt.

Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 172. 1. Potyka, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters, Goldschmidts Z. **71** 160. Das Exekutionsverfahren des Konkursverwalters hat zwar die Formen und Wirkungen, nicht aber den wirklichen Charakter der Zwangsvollstreckung, ähnlich wie die ZV., daher finden nach § 172 die regelmäßigen Vollstreckungsgrundsätze nur entsprechende Anwendung.

2. Gutmann, DNotV. **12** 843. Gibt der die ZwV. betreibende Konkursverwalter das Grundstück frei, so wird das Verfahren beendigt und aufgehoben (§ 29). Gibt er es frei, wenn die ZwV. gegen ihn oder von Anfang an gegen den Kridar betrieben wird, so geht das Verfahren weiter, nötigenfalls unter Umstellung und Neuzustellung des Vollstreckungstitels.

3. Beziehungen zwischen ZwV. und Konkurs s. §§ 48 Ziff. 3, 53 Ziff. 2, 91 Ziff. 2, 14, 115 Ziff. 9, 14, 155 Ziff. 1, 174!

§ 174. Busch, ZBlFG. **12** 790. Wenn auch angesichts des § 174 der Hypothekgläubiger im Falle des Konkurses des Eigentümers zur Herbeiführung seiner Befriedigung nicht unbedingt eines vollstreckbaren Titels und als Voraussetzung desselben der Festsetzung der Fälligkeit der Hypothek bedarf, so ist doch aus verschiedenen Gründen für ihn geboten, sich diese Fälligkeit in der Schuldurkunde auszubedingen. Er kann dadurch die aus dem Nichtbetreiben der ZwV. oder der Freigabe des Grundstücks durch den Konkursverwalter erwachsenden Nachteile vermeiden. Er kann dem Konkursverwalter nach § 27 beitreten und hierdurch neben diesem Herr des Verfahrens werden und er kann sich mittels des vollstreckbaren Titels die Miet- und Pachtzinsen des Grundstücks und die Versicherungsforderungen für Zubehör sichern, die sonst der Konkursverwalter an sich ziehen würde (vgl. RG. **52** 139, **64** 28).

§ 180. 1. DNotV. **12** 139 (Breslau). Der Miterbe kann die TV. gegen den Willen der anderen Erben herbeiführen.

2. HessRspr. **12** 350 (LG. Mainz). Gegen Fischer-Schäfer und Günther ist anzunehmen, daß gegen TV. nicht nur Klage nach § 771 ZPO., sondern auch Einwendungen nach § 766 das. zulässig sind. Aber die Beschwerde war zurückzuweisen, weil der Miterbe die TV. eines einzelnen Nachlaßgrundstücks zur Vor-

bereitung der eigentlichen Teilung beantragen kann (ebenso Weißler, DNotZ. **9** 606; aM. OLG. **18** 330, SeuffA. **64** 250). ➻ aM. auch unten Ziff. 5, dafür Ziff. 6, 7. Red. ⟵

3. HessRspr. **12** 366 (LG. Gießen). Der Gläubiger eines in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Mannes kann dessen Anspruch gegen die Frau auf Auseinandersetzung über ein von den Eheleuten schon vor der Ehe gemeinschaftlich nach Bruchteilen erworbenes Grundstück pfänden lassen und so die Auseinandersetzung und demnach auch die TV. erwirken. Der Nießbrauch des Ehemanns hindert nicht, er bleibt auf dem Erlöse ruhen.

4. Meikel, LeipzZ. **12** 380, bekämpft das von Roth angenommene Recht des siegreichen Anfechtungsklägers auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das nunmehrige Alleineigentum des Anfechtungsbeklagten oder auch nur in den anfechtbar erworbenen Anteil. Hiergegen wieder Roth 532 das.

5. FrankfRundsch. **12** 167 (Frankfurt). Der Beschwerdeführer sucht durch Einleitung der TV. einzelner Nachlaßgegenstände (Grundstücke) eine teilweise Auseinandersetzung herbeizuführen. Hierzu ist aber der Miterbe oder derjenige, der die Stellung eines Miterben einnimmt, nicht berechtigt. Ihm steht ein bestimmter Anteil nur am Nachlasse, nicht an den einzelnen Nachlaßgegenständen zu (aM. s. oben Ziff. 1).

6. OLG. **25** 267 (KG.). Einer von mehreren Erben eines Miteigentümers konnte die TV. des ganzen Grundstücks nicht beantragen, weil ihm vor der Erbteilung das Verfügungsrecht über den Anteil seines Erblassers nicht zusteht. Dagegen kann er — als bloße Teilungsmaßregel — die TV. des dem Erblasser gehörigen Grundstücksanteils verlangen, und zwar nach neuem ZVG., obschon die Erbschaft schon 1889 angefallen ist.

7. OLG. **25** 269 (Breslau). Mit Unrecht hat das LG. den Antrag des Pfändungsgläubigers eines Miterben auf TV. eines Nachlaßgrundstücks abgewiesen. Allerdings kann der Miterbe nur die Auseinandersetzung des ganzen Nachlasses verlangen, allein der Antrag auf TV. eines einzelnen Nachlaßbestandteils bezweckt nicht solche Auseinandersetzung, sondern bereitet sie nur mit dem Zwecke des § 753 BGB. vor.

8. Einstellungsgründe § 28 Ziff. 2. Wirkung der TV. auf eine auf einem Erbanteile ruhende Hypothek § 92 Ziff. 1. Hessisches Übergangsgesetz § 181 Ziff. 1. Zuwachssteuer § 58 Ziff. 1.

§ 181. 1. HessRspr. **13** 143 (Darmstadt). Durch Art. 17 HessÜbergangsG. vom 23. Juli 1899 zum G. vom 6. Juni 1849 wurden für die TV. die §§ 181 Abs. 1, 2, 4, 183, 184 ZVG. für anwendbar erklärt. Hiernach können einer oder einzelne Miterben auch gegen den Willen der übrigen Beteiligten, und zwar ohne Rücksicht auf den Stand der übrigen Masse und auf die Zweckmäßigkeit die TV. beantragen.

2. Ausscheiden des Grundstücks aus der Erbschaft § 92 Ziff. 1. Wertzuwachssteuer § 58 Ziff. 1. S. im allg. auch § 180!

§ 182. **RG. 78** 398, JW. **12** 645. B., der jetzige Beklagte, war Miteigentümer des Grundstücks zu $1/2$, er ließ auf der Grundstückshälfte der Klägerin K. im Juli 1908 eine Arrest-Höchstbetragshypothek von 21 000 M. eintragen und erstand am 6. November 1908 in der TV. das Grundstück, wobei die 21 000 M. im geringsten Gebote blieben. Wegen am 7. Dezember 1908 erfolgter Aufhebung des Arrestes ließ die K. die Arresthypothek am 29. Dezember 1908 auf sich umschreiben, was im Beschwerdeverfahren vom KG. mißbilligt wurde. Im Klageverfahren auf Zahlung der 21 000 M. hat aber das KG. die Eigentümergrundschuld der K. zugesprochen. Vom RG. wurde dieses Berufungsurteil aufgehoben, weil nach §§ 1163, 1177 BGB., 868 ZPO. noch geprüft werden müsse, ob zur Zeit der Arresterwirkung die Forderung bestanden hat oder nicht. Denn nur im Falle ihres damaligen Nichtbestehens würde die Eigentümergrundschuld der K. als damaliger Eigentümerin

zugestanden haben, andernfalls, also wenn der Arrestbefehl aus anderen Gründen aufgehoben worden wäre, hätte sie B. als neuer Eigentümer erworben. In diesem Falle müsse aber auch noch weiter untersucht werden, ob nicht gemäß §§ 945 ZPO., 249 BGB. die K. als Geschädigte verlangen könne, daß ihr die Eigentümergrundschuld zuerkannt werde. ➸ Das aufgehobene Urt. des KG. s. SeuffA. **67** 171. Red. ⟵

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

§ 2. Landesrechtliche Sondervorschriften:

Preußen: Grundstücksbegriff § 1 Ziff. 1. Straßenkosten § 10 Ziff. 4, 5, 8, 10. Lastenrückstände § 10 Ziff. 6. Gemeindeabgaben § 10 Ziff. 8. AnsiedelungsG., Veräußerungsverbot § 48 Ziff. 8. Ersuchen des Magistrats um ZwV. § 15 Ziff. 1. Gemeindliche Zuwachs- und Umsatzsteuer § 58 Ziff. 3, 4, 5, 6, 9, 10. Gebührenfreiheit in Enteignungssachen § 58 Ziff. 12. Stempel bei Ausbietungsversprechen § 66 Ziff. 1. Gebührenfreiheit der Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 1. Schätzung bei ZwV. § 85 Ziff. 4. Anerbenguteigenschaft § 91 Ziff. 12. Hypothek auf einem Erbanteile § 92 Ziff. 1. Beschwerdegebühr § 96 Ziff. 2. Hinterlegungsordnung § 118 Ziff. 1. Fideikommißzubehör § 148 Ziff. 9. Formular für ZwVerw. § 153 Ziff. 1. Einkommensteuer bei ZwVerw. § 155 Ziff. 2. VO. über ZwVerw. § 161 Ziff. 1. Wiederkaufsrecht bei Rentengütern § 91 Ziff. 9. Zuschlagsstempel und Gebühren § 58 Ziff. 2, 8, 11, 14. Grundsteuer § 56 Ziff. 2. Abhalten vom Bieten § 66 Ziff. 3, 4, 6. Windmühle auf Erbzins § 148 Ziff. 2. ZwVollstreckungsrecht der Kreditanstalten EG. § 10. Altenteil EG. § 9 Ziff. 2.

Bayern: Grundstückseinheit § 63 Ziff. 1. Erwerb nach Kataster § 90 Ziff. 2. Besitzveränderungsgebühr § 133 Ziff. 1. Kosten der Notare EG. § 13 Ziff. 1. Keine Vorabentscheidung gegen Notare EG. § 13 Ziff. 2. Altrechtliche Hypotheken EG. § 15 Ziff. 1, 3.

Königreich Sachsen: Stempel §§ 66 Ziff. 5, 69 Ziff. 1, 81 Ziff. 4, 115 Ziff. 9, 152 Ziff. 3. Gemeindliche Wertzuwachssteuer § 10 Ziff. 11.

Württemberg: Grundsteuer usw. § 10 Ziff. 7. Statutarische Nutznießung § 91 Ziff. 13.

Baden: Straßenkosten § 10 Ziff. 12. Enteignungsvormerkung § 48 Ziff. 6. Beschwerdeverfahren § 73. Verkehrssteuer § 81 Ziff. 8. Urteilsherausgabe § 130 Ziff. 2. Gebühr für das Verfahren nach § 144 s. dort Ziff. 2. Notariatszuständigkeit EG. § 13 Ziff. 4.

Hessen: Gerichtskosten, keine Gesamtschuld § 10 Ziff. 13. Eigentumsvorbehalt § 48 Ziff. 2. Teilungsversteigerung §§ 180 Ziff. 3, 181 Ziff. 1. Wiederversteigerung EG. § 15 Ziff. 2.

Elsaß-Lothringen: Zustellungskosten § 41 Ziff. 3. Verfahren bei Reichsstempelerhebung § 58 Ziff. 16. Teilweise Einstellung § 76 Ziff. 1. Kosten des Notars EG. § 13 Ziff. 5, 6.

Lübeck: Streitwert § 115 Ziff. 18.

§ 9. 1. Gutmann, DNotV. **12** 843. Der ZwV.beamte hat bei jedem Gebote mit dem Vorzugsrechte zu prüfen, ob der gestellte Antrag auf Doppelausgebot infolge möglicher Beeinträchtigung des Antragstellers noch von Bedeutung

ist, andernfalls er nur noch Gebote mit Fortbestand des begünstigten Rechtes zulassen darf. Solange feststeht, daß der Antragsteller wirklich beeinträchtigt ist, findet kein Doppelausgebot nach § 59 Abs. 2 statt, sondern wird nur das Erlöschen des bevorzugten Rechtes als ZwV.bedingung bestimmt, wozu allerdings ein dahingehendes Verlangen des Beeinträchtigten erforderlich ist.

2. OLG. **25** 269 (KG.). Der § 9 will dem Altenteile nicht, wie die Vorinstanzen annehmen, einen ihm nicht zukommenden Rang verschaffen, sondern ihn nur nach Maßgabe der Landesgesetze — hier des Art. 6 PrAGZVG. — unberührt lassen. Die im § 9 erwähnten Realberechtigten brauchen hiernach den sonst nach § 59 ZVG. nötigen Antrag auf abweichende ZwV.bedingungen nicht zu stellen. Im gegebenen Falle hat der Beschwerdeführer als vorgehender Realberechtigter Antrag nach § 9 Abs. 3 gestellt, und das Gericht hat mit und ohne Altenteil, zugleich aber wegen Zweifelhaftigkeit der Zubehöreigenschaft einer Lokomobile mit und ohne diese ausgeboten. Nur die Gebote des Beschwerdeführers selbst ohne Altenteilsfortbestand decken seine Rechte. Der dahingehende Zuschlag des AG. „daß der Altenteil bestehen bleibt, sofern nicht, was auf Verlangen des G. durch doppeltes Ausgebot festzustellen ist, dessen Ansprüche beeinträchtigt werden, daß andernfalls aber die Reallast erlischt" war unrichtig. Er enthält keine oder doch keine abweichende Versteigerungs b e d i n g u n g, sondern nur eine Folgerung.

3. Württemb. Statutarische Nutznießung § 91 Ziff. 13. Badische Enteignungsvormerkung § 48 Ziff. 6.

§ 10. R e i c h, ZBlFG. **12** 629, führt zum PrG. vom 3. August 1897 betr. die den öffentlichen Kreditanstalten verliehenen besonderen Rechte im ZwV.verfahren aus: a) Der Antrag auf ZwV. dürfte einer vorherigen Zustellung nicht bedürfen. b) Der gemäß § 4 G. bei Gericht eingereichte Antrag ersetzt sämtliche nach der ZPO. zur Zwangsvollstreckung etwa notwendige Titel, insbesondere den Duldungstitel gegen den Ehemann nach § 739 ZPO. [Aber selbstverständlich nach § 2 G. nicht den Titel gegen den Schuldner, wenn Schuldner und Pfandeigentümer verschiedene Personen sind.] c) Die Prüfung, ob im Einzelfalle nach § 2 aaO. das Zwangsvollstreckungsrecht der Kreditanstalt zusteht oder nicht, ist allein Sache der Kreditanstalt und eine Nachprüfung dieser Frage wenigstens durch den ZwV.richter ist nicht angängig.

§ 13. 1. BayObLG. **12** 796. Dem (bayerischen) Notare stehen im ZwV.verfahren Schreibgebühren nach § 80 GKG. in der Fassung des G. vom 1. Juni 1909 zu. Deren Berechnung erfolgt nach der wirklichen Seitenzahl, gleichviel, ob die Herstellung der Ausfertigungen oder Abschriften handschriftlich oder mechanisch erfolgt. Im letzteren Falle kann deshalb die Schreibgebühr nicht nach der Seitenzahl berechnet werden, die bei handschriftlicher Herstellung sich ergeben hätte. Die Überschreitung der gesetzlich geforderten Mindestzahl von 240 Silben begründet keine Nachforderung. — Der Zahlungspflichtige darf im Verfahren auf Festsetzung der Gebühren und Auslagen des Notars in einem ZwV.verfahren auch die Notwendigkeit der angesetzten Auslagen bestreiten. — Der Notar kann dem Kostenschuldner Schreibgebühren nur für die wirklich zugestellten Ausfertigungen und Abschriften, nicht auch für solche berechnen, die er für den Bedarfsfall in Vorrat hat anfertigen lassen. — Er kann vom Kostenschuldner die Auslagen für Zustellungen, die er überflüssigerweise neben der Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten einer Partei an diese selbst richten läßt, nicht ersetzt verlangen.

2. R. **12** 503 (BayVerwG.). Bei der nach § 13 den Notaren übertragenen Amtshandlung handelt es sich um eine Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit. Dabei ist für Schadensersatzklagen gegen sie eine Vorentscheidung des VerwG. weder erforderlich noch zulässig.

3. Gutmann, DNotV. 12 843. Schon mit der Zuleitung der Akten, nicht erst mit der Terminsbestimmung beginnt die Wirksamkeit der Übertragung der Amtshandlungen. Von jener Zuleitung an hat z. B. der Notar über Aufhebungs- und Einstellungsgründe zu entscheiden.

4. BadRpr. 12 211 (LG. Karlsruhe). Nach der ZwV., aber vor Zuschlagserteilung erging amtsgerichtlicher Beschluß nach § 769 Abs. 2 ZPO. auf Vollstreckungseinstellung in verschiedene Zubehörstücke. Der Zuständigkeitsstreit für das weitere Verfahren zwischen Notariat und AG. war dahin zu entscheiden, daß das Notariat nunmehr über die Erteilung (oder gänzliche Verweigerung) des Zuschlags zu befinden habe.

5. ElsLothNotZ. 12 189 (Colmar). Die dem (els. loth.) Notar im ZwV.verfahren notwendig entstandenen Kosten hat er bei dem Vollstreckungsgericht behufs Anweisung auf die Staatskasse in Rechnung zu stellen, soweit sie nicht nach § 109 aus dem ZwV.erlöse vorweg zu entnehmen sind. Ob zu diesen Kosten auch die ZwV.-gebühr gehört, bleibt dahin gestellt. Gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts ist der Beschwerdeweg nach den für Anweisung dringender Gerichtskosten geltenden Regeln gegeben. Ein Festsetzungsverfahren nach §§ 2 ff. NotGG. vom 4. Dezember 1899 findet bezüglich jener Kosten nicht statt. — In diesem Verfahren können auch solche Kosten nicht festgesetzt werden, welche dem Notar im ZwV.verfahren durch vorschußweise Verauslagung der Verkehrssteuern und der Reichsstempelabgabe, zu der er nicht verpflichtet ist, erwachsen sind. Für diese Kosten kann er auch nicht Anweisung auf die Staatskasse durch das Vollstreckungsgericht verlangen. Er kann sie vielmehr nur im ordentlichen Rechtswege beitreiben. →→ Abweichende Entscheidung s. nachfolgende Ziff. 6 b! Red. ←←

6. ElsLothNotZ. 12 273 (Colmar). a) Für die Beurkundung einer Auftragserklärung im ZwV.protokolle hat der elsaß-lothringische Notar eine besondere Gebühr außer der ZwV.gebühr nicht zu beanspruchen. b) Das Festsetzungsverfahren für Notariatskosten findet auch statt für die dem Notar als ZwV.beamten entstandenen Gebühren und Auslagen.

7. Badischer Rechtszug im Beschwerdeverfahren § 73. Badische Enteignungsvormerkung § 48 Ziff. 6.

§ 15. 1. R. 12 134 (BayObLG.). Die Unterlassung der Anmeldung einer Kautionshypothek rechtfertigt nicht deren Übergehung im (altrechtlichen) Verteilungsverfahren, mag auch die Haftungssumme noch nicht feststehen (Art. 97, 114 Bay. SubhO.).

2. HessRspr. 13 167 (LG. Gießen). Obschon (irrig) nach Art. 31 HessAGZVG. wegen Unzulässigkeit altrechtlicher Wiederversteigerung das ZwV.verfahren eingestellt worden war, mußte das vor Anlegung des Grundbuchs neu beantragte ZwV.-verfahren gemäß § 15 EGZVG. nach den seitherigen Vorschriften behandelt werden.

3. BayObLG. 13 455. Nach BayHypG. §§ 71 Ziff. 5, 80 kann der Ersteher eine erloschene, aber noch eingetragene Hypothekforderung nicht mit Wirkung für die Nachhypothekare als Alleinschuldner in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen. §§ 1163, 1177 BGB. sind auf die zur Zeit der Grundbuchanlegung nicht zur Entstehung gelangten oder erloschenen, wenn auch nicht gelöschten Hypotheken nicht anwendbar. — Trotz Umgangnahme vom gerichtlichen Verteilungsverfahren nach Art. 94 BaySubhO. können die Beteiligten unter sich nachträgliche Ausgleichung ihrer widerstreitenden Vermögensinteressen aus materiell-rechtlichen Gründen verlangen.

Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. **a)** Landsberg, RheinA. **108** 80; Jacoby, Diss. Heidelberg 12. Die dem Vormundschaftsgericht obliegenden Angelegenheiten der FG. sind begrifflich Verwaltungssachen, das Vormundschaftsgericht also eine Verwaltungsbehörde. Ebenso OLG. **22** 126 (Kiel) unter o β für § 1304 (ohne Begründung). **b)** *Josef, RheinA. **109** 94. Ist das Vormundschaftsgericht eine Verwaltungsbehörde? Verneint, weil Verwaltungsbehörden nur die Behörden der allgemeinen Staats- und Gemeindeverwaltung sind, die Angelegenheiten der FG. aber weder Verwaltungs- noch Justizverwaltungssachen sind. Das Prozeßgericht kann daher einen Rechtsstreit auf Herausgabe des Kindes nicht gemäß § 148 ZPO. aussetzen, um die vom Beklagten beantragte Entscheidung des Vormundschaftsgerichts abzuwarten (gegen **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1002). Wohl aber können das Vormundschaftsgericht und die Beschwerdegerichte den Beteiligten nach § 24 FGG. aufgeben, den Rechtsstreit bis zur endgültigen Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ruhen zu lassen. Vgl. FDR. **9** zu § 24.

2. *Josef, DRZ. **12** 273. Der frei verwaltende Vormundschaftsrichter und der gefesselte Prozeßrichter. Gegensätzliche Darstellung des Verfahrens der streitigen und der FG.

3. *Josef, BuschsZ. **42** 21. Einfluß des bürgerlichen Rechtes auf Verfahrenshandlungen der FG. s. zu § 11 unter 2, § 12 unter I 2, IX 3, § 15 unter 10, § 16 unter 2, § 18 unter II 2, § 21 unter 1 u. 7, § 32 unter 4, § 55, § 91 unter 1, § 167 unter I 3.

4. Kuttner, JheringsJ. **61** 109. Rechtsvermutungen aus Akten der FG. Materiell-rechtliche und prozeßrechtliche Erörterungen über die Wirkungen der Rechtsvermutungen, die durch einen Rechtspflegeakt von Behörden der FG. ins Leben gerufen werden, insbesondere beim Erbschein und bei Eintragungen.

5. Wahlprüfungssachen. **a)** Simon, DJZ. **12** 197. Die sog. FG. beschränkt sich nicht auf die Mitwirkung des Gerichts bei Gestaltung von Privatrechtsverhältnissen, sondern umfaßt alle den Gerichten zugewiesenen Angelegenheiten, die nicht zu den Strafsachen und bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören, also auch öffentlich-rechtliche Angelegenheiten, danach auch die Tätigkeit des Gerichts bei Beweiserhebungen in Wahlprüfungssachen. **b)** Dagegen Dreyer, JW. **12** 625. Die Ansicht, daß es sich um FG. handle, wenn die Gerichte in einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit Rechtshilfe leisten, ist verfehlt. **c)** Vogt, DRZ. **12** 314; Mock, DJZ. **12** 306. Anwendung des FGG. auf das Verfahren des OLG. Colmar in Wahlanfechtungssachen.

6. KGJ. **42** 89. Einheitlichkeit des Amtsgerichts als Behörde der FG.: auch wenn dieselbe Abteilung des Amtsgerichts eine Angelegenheit als Nachlaß- und zugleich als Vormundschaftsgericht zu erledigen hat, ist dennoch zwischen dem Eingange der Sache beim Nachlaß- und beim Vormundschaftsgerichte zu unterscheiden (FDR. **9** 866 unter 7).

7. **a)** *Josef, RheinA. **109** 102. Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht bei Streitigkeiten der Eltern über das Sorgerecht. **b)** Friedmann-Braun, DJZ. **11** 1126. Verhältnis von FG. und streitiger Gerichtsbarkeit bei Streitigkeiten wegen Herausgabe von Kindern (FDR. **9** 865 unter 2).

8. RJA. **11** 253, ZBlFG. **13** 230, R. **12** Nr. 2683 (Stuttgart). Die Grundsätze der ZPO. über das Anerkenntnisurteil finden auf das Verfahren der FG. nicht Anwendung. Danach kann das Vormundschaftsgericht bei Streitigkeiten

der Eltern über den Verkehr mit den Kindern, sofern ein Teil dem anderen Zugeständnisse macht, hierüber keine Entscheidung erlassen.

9. *Josef, R. 11 650. Verhältnis der Rechtsbehelfe der FG. und der streitigen Gerichtsbarkeit zueinander. Der auf Unterlassung des Gebrauchs einer Firma (§ 37 Abs. 2 HGB.) Beklagte kann nicht einwenden, daß der Kläger das zur FG. gehörige Ordnungsstrafverfahren des Registergerichts (Abs. 1 aaO., § 140 FGG.) behufs Beseitigung des angeblichen Mißbrauchs anregen könne; das Gericht kann den Antrag des Kindes auf Erlaß des dinglichen Arrestes gegen den Vater wegen Gefährdung des Kindesvermögens nicht deshalb zurückweisen, weil das Vormundschaftsgericht im Verfahren der FG. die in §§ 1667, 1668, 1670 bezeichneten Zwangsbefugnisse gegen den Vater anwenden kann.

10. *Josef, HoldheimsMSchr. 21 69. Als eine „Angelegenheit" bezeichnet man in der FG. die vom Gericht erörterte Frage, ob die Vornahme eines dem Gericht allgemein zugewiesenen Geschäfts zu erfolgen habe oder nicht. Die sämtlichen auf die einzelne Entschließung bezüglichen Handlungen des Gerichts und der Beteiligten bilden dann ein Verfahren; bei der Registerführung ist jede einzelne Eintragung, jeder einzelne Eingriff, jede einzelne Erwägung, ob jene oder dieser vorzunehmen, eine besondere „Angelegenheit", eine besondere „Sache".

11. *Josef, IheringsJ. 61 200; Ehrenberg, aaO. 423. Einwirkung des Prozeßurteils auf die Tätigkeit des Gerichts der FG.; s. zu § 12 unter VIII.

12. Wirksamkeit der Verfügungen der FG. für andere Behörden. a) DNotV. 11 107 (KG.). Auch ein unnötigerweise und unter Verletzung von Verfahrensvorschriften bestellter gesetzlicher Vertreter ist zu Verfahrenshandlungen zuzulassen. b) *Josef, BuschsZ. 40 308. Die Rechtsansicht, die das Gericht der FG. in einer ablehnenden Verfügung ausspricht, ist für das Prozeßgericht nicht bindend. c) Unger, BuschsZ. 41 187. Das Prozeßgericht hat den durch eine Verfügung der FG. geschaffenen neuen Rechtszustand auch dann als gültig zu behandeln, wenn es meint, daß die Verfügung unrichtig sei. Die sonach grundsätzlich an sich ausgeschlossene Nachprüfung steht dem Prozeßgericht aber zu, wenn die Verfügung der FG. einer wesentlichen, ihre Gültigkeit bedingenden Voraussetzung entbehrt, die Verfügung also nichtig ist. d) *Josef, BuschsZ. 43 386. In der streitigen Gerichtsbarkeit gibt es keine Urteile, die nichtig derart wären, daß sie als nicht vorhanden anzusehen sind; insbesondere erwächst eine Entscheidung, die das Prozeßgericht erlassen hat, während die Angelegenheit zur Zuständigkeit des Gerichts der FG. gehört, in Rechtskraft. Das gleiche gilt aber auch von einstweiligen Verfügungen des Prozeßgerichts. Diese sind von den Behörden der FG. als rechtswirksam anzusehen, ohne jede Prüfung, ob sie nach dem unter den Parteien bestehenden materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisse zu Recht ergangen sind, insbesondere, ob die Verfügung im Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit erlassen werden durfte. Eine Nachprüfung in dieser Richtung wäre mit dem Zwecke der einstweiligen Verfügung, die schleunige vorläufige Regelung eines gefährdeten Anspruchs zu erreichen, unvereinbar. Dagegen ergibt der § 32 FGG., daß eine Verfügung in der FG., die vom sachlich unzuständigen Gericht erlassen ist, als unwirksam, als nicht vorhanden anzusehen ist. Diese Regelung rechtfertigt sich dadurch, daß die Gerichtsgewalt der FG. — im Gegensatze zu der der streitigen — eine beschränkte ist, die Wirkung der hier erlassenen Entscheidungen zudem sich nicht nur auf die zunächst Beteiligten beschränkt, sondern auch auf die Rechtsverhältnisse Dritter sich erstreckt. e) Ehrenberg, IheringsJ. 61 485. Handelsregistergericht und Prozeßgericht. Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Registergerichts. Die Eintragung einer schlechthin, d. h. ihrer Art nach eintragungsunfähigen Tatsache, z. B. einer Handlungsvollmacht, bindet das Prozeßgericht nicht. Die Eintragung als solche kann

rechtliche Wirkungen entfalten, unabhängig davon, ob sie gesetzmäßig erfolgt war (Hauptfall: § 5 HGB.). Dagegen gibt es keine rechtsbegründenden Eintragungen; die Aktiengesellschaft besteht zwar nicht vor der Eintragung (§ 200 Abs. 1 HGB.), aber daraus folgt nicht, daß sie in jedem Falle mit der Eintragung wirksam entstanden ist.

13. Kormann, Grundzüge eines allgemeinen Teiles des öffentlichen Rechtes, HirthsAnn. **11**, **12**. Vgl. ZPO. Allgemeines.

14. Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung (Tübingen 1912). Die FG. unterscheidet sich von der Verwaltungstätigkeit dadurch, daß es sich bei ihr stets um die Verwirklichung der Rechtsordnung in bezug auf ein konkretes Privatrechtsverhältnis handelt. Der charakteristische Konflikt zweier gegensätzlichen Interessen, wie im Zivilprozesse, fehlt ihr oder ist ihr nicht wesentlich, aber ebenso fehlt ihr die Einseitigkeit der Verfolgung der öffentlichen Interessen, das Charakteristische der Verwaltung.

15. *Josef, ACivPr. **110** 402. Der Einfluß des Todes auf das Verfahren der FG. Bei der Fülle und Mannigfaltigkeit der zur FG. gehörigen Rechtshandlungen lassen sich einheitliche Grundsätze darüber, welchen Einfluß der Tod eines am Verfahren Beteiligten auf dieses hat, nicht aufstellen; die Frage ist vielmehr für jedes Verfahren nach seiner besonderen Natur zu entscheiden. Vgl. zu § 57 unter 2 (Antrag auf Pflegschaft, Verfahren aus §§ 1666, 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB.), § 91 (Auseinandersetzung), § 132 (Ordnungsstrafverfahren), § 12 unter II 8 u. IX 4 (Streitverfahren), § 21 unter 7 (Vererblichkeit des Beschwerderechts), § 16 unter 10 (Bekanntmachung der Verfügung), § 15 unter 11.

§ 2. Literatur: Josef, Vergeudung richterlicher Arbeitskraft in der FG., DRZ. **11** 668. — Derselbe, Die Vaterschaftsanerkennung minderjähriger Erzeuger, R. **11** 512. — Derselbe, Zur Rechtshilfepflicht in Vormundschaftssachen, ZBlFG. **13** 337. — Derselbe, Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um die Entlastung des Vormundes und um Beweisaufnahme zwecks Ermittelung des Erzeugers, GruchotsBeitr. **56** 758.

I. Allgemeines. 1. *Josef, DRZ. **11** 668. Es war ein Mißgriff des Gesetzgebers, daß er die im § 2 angezogenen Vorschriften des GVG. über die Rechtshilfe auf das Verfahren der FG. für entsprechend anwendbar erklärte. Denn Rechtshilfe liegt begrifflich nur vor, wo das Gericht um Vornahme einer Tätigkeit, die ihm selbst obliegt, ein anderes Gericht ersucht. In der FG. hängt es aber vielfach ganz vom Ermessen des Gerichts ab, in welcher Weise eine Angelegenheit erledigt werden soll, insbesondere ob das Gericht eine Amtstätigkeit entwickeln oder die Herbeiführung eines Erfolges den Beteiligten überlassen will, daher die vielen Streitfragen über die Rechtshilfepflicht in der FG. Sachgemäß hätte an Stelle der Rechtshilfepflicht eine Pflicht zur Beistandsleistung vorgeschrieben werden sollen, bei deren Verweigerung im Aufsichtswege zu entscheiden ist.

2. Wittus, DJZ. **11** 810. Das Ersuchen des Oberbergamts im Mutungs- und Verleihungsverfahren ist keine Angelegenheit der FG., § 2 also auf jenes unanwendbar.

3. OLG. **23** 314, R. **12** Nr. 290 (Jena). Aufnahme einer Löschungsbewilligung kann der ersuchte Richter nicht mit der Begründung ablehnen, daß nach dem für ihn geltenden Landesgesetz Aufnahme durch einen Gerichtsschreiber genügt.

4. OLG. **25** 273, ZBlFG. **13** 215 Nr. 137 (München). Bei Beantwortung der Frage, ob ein Rechtshilfefall gegeben ist, entscheidet allein die begriffliche Zugehörigkeit der konkreten durch das Ersuchen zu fördernden Angelegenheit zum Geschäftskreise des ersuchten Gerichts; sie liegt vor, wenn sich das Verfahren eines Nachlaßgerichts erkennbar im Stadium der nicht abgeschlossenen amtlichen Vermittlung der Auseinandersetzung befindet und das Ersuchen im Rahmen dieser amtlichen Vermittelung gestellt ist. Daß aus der erbetenen Handlung dem-

nächst eine grundbuchamtliche Vollziehung sich ergeben kann, ist unerheblich, wenn nur der Zweck des Ersuchens die Herbeiführung einer Verständigung über die gemachten Auseinandersetzungsvorschläge ist.

5. Unger, BuschsZ. **42** 174. Von der Rechtshilfe zu unterscheiden ist der Fall, daß ein Gericht an Stelle eines an der Angelegenheit Beteiligten bei einem anderen mit einer ungleichartigen allgemeinen Aufgabe betrauten Gerichte (z. B. das Vormundschaftsgericht beim Schiffsregistergericht) ohne Rücksicht darauf, ob die Bezirke beider verschieden sind, Anträge zu stellen ermächtigt ist. Hier ist das Ersuchen des ersteren Gerichts im Rechtsmittelzuge wie der Antrag eines Vertreters des Beteiligten nach §§ 19 ff. zu behandeln, dies natürlich auch dann, wenn das ersuchende Gericht ohne gesetzliche Ermächtigung an Stelle eines Beteiligten ein Verlangen stellt. Es steht ferner nicht die Rechtshilfe in Frage, wenn eine Rechtshilfehandlung nicht aus dem Grunde, weil das ersuchte Gericht unter Verletzung des § 159 Abs. 2 GVG. dem Ersuchen stattgegeben habe, sondern deshalb angefochten wird, weil diese Handlung auch als solche des ersuchenden Gerichts ungesetzmäßig oder unzweckmäßig gewesen wäre; hier ist als beschwerende Verfügung, gegen die allein die Beschwerde gerichtet werden kann, die Entschließung des ersuchenden Gerichts, zu deren Ausführung das Ersuchen ergangen ist, bei Mangel einer besonderen Erlassung solcher das Ersuchen selbst anzusehen.

6. Waldmann, DJZ. **12** 808. Der im § 2 angezogene § 160 GVG. ist durch die im RGes. vom 22. Mai 1910 erfolgte Änderung des § 135 GVG. nicht berührt, das RG. also auch weiter zur Entscheidung in Rechtshilfesachen zuständig.

7. **RG.** JW. **13** 214 Nr. 31. Wird ein Gericht von einem anderen Gericht um eine Amtshandlung ersucht, die zu seiner eigenen Zuständigkeit gehört, so liegt nicht ein Rechtshilfeersuchen im Sinne und mit den Folgen der §§ 157—160 GVG., sondern nur eine Anregung vor, über die das ersuchte Gericht nach seinem eigenen, durch § 159 GVG. nicht beschränkten sachlichen Ermessen zu befinden hat.

II. Vormundschaftssachen. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 123, JW. **11** 781, ZBlFG. **12** 243 Nr. 219, R. **11** Nr. 2964. Das Ersuchen eines Vormundschaftsgerichts, zwecks Ermittelung des Erzeugers eines unehelichen Kindes jemanden als Zeugen zu vernehmen und zu vereidigen, betrifft eine im Hinblick auf den Zweck der Ermittlung sowohl dem Vormundschaftsgericht als auch dem ersuchten Gerichte verbotene Handlung und ist daher abzulehnen. Dazu

2. *Josef, GruchotsBeitr. **56** 768. Dem Gerichte der FG. liegt niemals die Ermittelung eines Sachverhalts ob, der zur Vorbereitung eines Rechtsstreits dienen soll; gegenteils ergeben Vorschriften, wie die §§ 485, 488 ZPO., die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der streitigen Gerichtsbarkeit für derartige Feststellungen. Daher kann das Vormundschaftsgericht, dem die Unterstützung des Vormundes bei der Ermittelung und Geltendmachung von Mündelansprüchen, insbesondere des Unterhaltsanspruchs gegen den Erzeuger zusteht, nicht förmliche Beweisaufnahmen zu diesem Behuf anordnen; es kann daher hierzu auch nicht die Rechtshilfe anderer Gerichte beanspruchen. Die Zulassung derartiger Beweisaufnahmen würde eine Verwirrung des Unterschieds zwischen streitiger und FG. herbeiführen. Wohl aber sind derartige Beweisaufnahmen des Vormundschaftsgerichts zulässig und das Ersuchen um Rechtshilfe begründet, wenn die Feststellung des Erzeugers nicht Selbstzweck der Beweisaufnahme ist, sondern zur Vorbereitung einer dem Vormundschaftsgericht obliegenden Entscheidung (z. B. über Bestellung oder Entlassung des Vormundes, über Genehmigung des Alimentenvergleichs) oder unter den Voraussetzungen des § 1846 erfolgt.

3. Ersuchen um Vernehmung minderjähriger Erzeuger. **a)** DJZ. **11** 157 (JDR. **9** 870 unter 4), auch R. **11** Nr. 2624 (KG.). **b)** OLG. **23** 312, ZBlFG. **12** 420 Nr. 331, R. **12** Nr. 293 (Rostock). Das Ersuchen um Rechtshilfe

durch Vernehmung des Schwängerers über Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltszahlung ist, auch wenn er minderjährig ist, wenigstens insoweit zulässig, als nicht seine beschränkte Geschäftsfähigkeit entgegensteht; abzulehnen ist es aber, wenn es zu vollstreckbarer Urkunde geschehen soll. **c)** *Josef, ZBlFG. **13** 339 und R. **11** 512. Wenn ein Minderjähriger vor dem Amtsgericht erscheint, um seine Vaterschaft anzuerkennen und sich zur Zahlung des Unterhalts zu verpflichten, so würde der Richter mit Recht die Beurkundung ablehnen, weil nach §§ 1630, 1793 der Vater (Vormund) den Minderjährigen zu vertreten, also Rechtshandlungen für ihn vorzunehmen, der Minderjährige also nicht persönlich aufzutreten hat. Wird aber das Amtsgericht von einem Vormundschaftsgericht ersucht, den Minderjährigen vorzuladen und jene Erklärungen zu beurkunden, so kann es nach § 2 FGG. mit § 159 GVG. das Ersuchen nur ablehnen, wenn eine solche Beurkundung verboten wäre. Das trifft aber in unserem Falle nicht zu: denn die Vertretungsbedürftigkeit der Minderjährigen bei Beurkundungen besteht nur als Ordnungsvorschrift, d. h. es ist auch zulässig, daß der Minderjährige jene Erklärung persönlich mit der nach dem materiellen Rechte erforderlichen Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abgibt. Nun darf aber nach Art. 40 Abs. 2 PrFGG. das ersuchte Gericht die verlangte Beurkundung nur ablehnen, wenn das Geschäft „offenbar ungültig“ ist, und das trifft in unserem Falle nicht zu: denn die Möglichkeit ist doch vorhanden, daß der Vertreter vorher dem Minderjährigen die Genehmigung zur Abgabe der Erklärungen vor Gericht erteilt hat, die zu beurkundenden Erklärungen also vollwirksam sind. Das ersuchte Gericht kann also die Beurkundung nicht ablehnen. — Das Gegenteil gilt aber, wenn der Minderjährige sich bei Abgabe jener Erklärungen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Denn die Unterwerfungsklausel soll ein Urteil ersetzen, und so wenig gegen den Minderjährigen persönlich ein prozeßgerichtliches Urteil ergehen kann, mag auch der Vater die Prozeßführung des Minderjährigen genehmigt haben (§§ 51, 52, 579 Ziff. 4 ZPO.), ebensowenig kann der Minderjährige die Wirkungen eines Urteils, also die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, durch eine Erklärung im Verfahren der FG. hervorbringen. Die Vernehmung des Minderjährigen „zu vollstreckbarer Urkunde“ ist also offenbar ungültig, sonach abzulehnen; insbesondere könnte auf Grund einer solchen Erklärung des Minderjährigen nicht eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.

4. Ersuchen um Entlastung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts (JDR. **9** 870 unter 3). **a)** OLG. **21** 191 (Darmstadt). Eine vermittelnde Tätigkeit dahin, daß der Mündel den Vormund und das Gericht aus der Haftung entlasse, ist allerdings weder durch das BGB., noch durch das hessische Ausführungsgesetz vorgeschrieben; in der Praxis pflegt aber mit der Anerkennung der Schlußrechnung auch jene Entlastungserklärung verbunden zu werden. Dies ist sehr zweckmäßig, auch im Interesse des Mündels liegend, jedenfalls ist eine derart ausgedehnte Vermittelungstätigkeit des Vormundschaftsgerichts nach den Gesetzen nicht unstatthaft oder gar verboten. **b)** Hörle, ZBlFG. **11** 751, schon JDR. **10** 480 aE. **c)** *Josef, GruchotsBeitr. **56** 758. Der § 1892 Abs. 2 Satz 2, wonach das Anerkenntnis des Mündels über die Richtigkeit der Schlußrechnung zu beurkunden ist, hat ein Anerkenntnis in rechnerischer Beziehung oder ein solches über die vom Vormunde gemachten tatsächlichen Angaben nicht im Auge. In Frage kommt hierbei vielmehr nur, ob die Angaben des Vormundes über den Stand und die Wandelungen des Mündelvermögens eine pflichtmäßige Vormundschaftsführung ergeben. Dies behauptet der Vormund stillschweigend durch Einreichung der Schlußrechnung, und die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bezweckt gerade die gütliche Beilegung der hierüber etwa bestehenden Streitigkeiten. Danach enthält die Anerkennung der Richtigkeit der Schlußrechnung seitens des Mündels dessen Erklärung, die Vormundschaft sei gewissenhaft geführt, d. h. die Entlastung des Vormundes. Folglich

braucht der Mündel eine besondere Entlastungserklärung nicht abzugeben; das Vormundschaftsgericht kann aber vom ersuchten Gerichte die Beurkundung einer ausdrücklichen Erklärung dieses Inhalts verlangen, weil eine solche Beurkundung nur eine Verdeutlichung der Richtigkeit der Schlußrechnung ist. Danach macht der Vormund durch die Einreichung der Schlußrechnung zugleich stillschweigend dem Mündel den Antrag, ihm Entlastung zu erteilen; durch die Anerkennung der Rechnung kommt der Entlastungsvertrag gemäß § 151 BGB. zustande, da nach der Verkehrssitte der Mündel die Annahme des Antrags dem Vormunde nicht zu erklären braucht, dieser sie auch gar nicht erwartet. — Daß der Mündel das Vormundschaftsgericht zu entlasten habe, schreibt das Gesetz nicht vor; danach liegt dem Richter eine Amtspflicht zu dieser Beurkundung nicht ob, und er kann folglich zu deren Erwirkung nicht die Rechtshilfe in Anspruch nehmen. Eine solche Amtspflicht kann auch nicht durch Landesrecht vorgeschrieben werden, da der Richter durch die §§ 171, 6 FGG. von der Beurkundung ausgeschlossen ist.

5. Ersuchen um Herausgabe des Mündelvermögens. OLG. **23** 313, R. **11** Nr. 207 (Braunschweig). Die Herausgabe ist Privatsache der Beteiligten, fällt daher nicht unter die reichsgesetzlichen Angelegenheiten der FG.; das Ersuchen ist also abzulehnen (s. dagegen JDR. **9** 870 unter 2).

6. a) OLG. **23** 313 (Anm.), RheinA. **108** 250, ZBlFG. **11** 461 Nr. 399, R. **12** Nr. 292 (Düsseldorf). Die Vernehmung des Schwängerers über seine Verpflichtungen gegenüber der unehelichen Mutter kann abgelehnt werden, weil dieser Anspruch ganz außerhalb der Tätigkeit des ersuchenden Vormundschaftsgerichts liegt (dagegen OLG. **14** 329 γ [Frankfurt a. M.]). b) Vgl. unten VI 2 (Vollstreckbare Urkunden in Baden und Reichsland).

7. a) OLG. **21** 190, ZBlFG. **11** 170 Nr. 91, R. **10** Nr. 2286 (Colmar). Dem Ersuchen des Vormundschaftsgerichts an das Gericht des Wohnsitzes des Vaters eines unehelichen Kindes, ihn aufzufordern, daß er die rückständigen Unterhaltsbeiträge entrichte, widrigenfalls er die Klage des Vormundes zu gewärtigen habe, braucht nicht stattgegeben zu werden. Dazu b) *Josef, ZBlFG. **13** 340. Wenn das Vormundschaftsgericht nichts weiter verlangte, als daß der Erzeuger schriftlich zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht aufgefordert wurde, so mußte es diese Aufforderung selbst erlassen. Nun wirkt aber eine mündliche Aufforderung, die vom Richter in einem eigens hierzu anberaumten Termin erfolgt, viel nachhaltiger, und es scheint doch, als ob ein Ersuchen dieser Art gemeint war: das Vormundschaftsgericht verlangte, der ersuchte Richter solle den Erzeuger zum Termine laden und ihn mündlich über die Folgen des Zahlungsverzugs bedeuten. Abgelehnt werden kann ein solches Ersuchen nicht; denn die Zweckmäßigkeit der verlangten Handlung unterliegt keiner Nachprüfung des ersuchten Gerichts.

8. Übermittelung von Anträgen und Erklärungen des Vormundes. a) OLG. **20** 93 (München) (JDR. **9** 869 unter II c), auch ZBlFG. **10** 349 Nr. 302, R. **09** Nr. 3465. b) Hiergegen *Josef, ZBlFG. **13** 337. Nach der Rechtsprechung des RG. kann das Vormundschaftsgericht in Unterstützung des Vormundes Rechtshilfe nicht nur in dem in **RG. 67** 419 (JDR. 7 982) entschiedenen Falle des Unterhaltsanspruchs verlangen, sondern überhaupt, „soweit es eine solche Unterstützung nach Lage des Falles für angezeigt erachtet", ja selbst nach beendigter Vormundschaft, also wo das Interesse des — früheren — Mündels gegenüber dem des Vormundes zurücktritt (JDR. **9** 870 unter 2). Also auch hier handelt der Richter noch in den „Grenzen der vormundschaftlichen Obliegenheiten", um so mehr doch also, wenn er, wie in dem entschiedenen Falle, während bestehender Vormundschaft eine vor ihm vom Vormund über die Erbabfindung des Mündels abgegebene Erklärung dem Gegenbeteiligten übermittelt, eine Tätigkeit, die das OLG. München

danach zu Unrecht als Botendienst und als über den Geschäftskreis des Vormundschaftsgerichts hinausgehend bezeichnet.

9. WürttZ. **11** 105, ZBlFG. **11** 763 Nr. 711 (Stuttgart). Rechtshilfe kann dahin verlangt werden, daß das ersuchte Gericht sich vom Vormunde die Wertpapiere vorlegen und den Wertbestand nachweisen lasse.

10. OLG. **25** 275, ZBlFG. **12** 746 Nr. 567, R. **12** Nr. 486 (Colmar). Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts an das Amtsgericht des jetzigen Wohnorts des Vormundes, ihn zu befragen, ob er mit der Abgabe der Vormundschaft an dasselbe einverstanden sei, darf nicht abgelehnt werden.

11. Winter, DJZ. **11** 701. Übergabe der Bestallung durch das um die Verpflichtung des Vormundes ersuchte Gericht.

12. ZBlFG. **13** 452 Nr. 363, DJZ. **12** 1472 (KG.). Ersucht das Vormundschaftsgericht, um die Verwirklichung einer zugunsten des Mündels getroffenen Zuwendung herbeizuführen, um Beurkundung der Erklärungen von Erben, so ist Rechtshilfe zu leisten.

III. Nachlaßsachen. 1. Ersuchen um Abnahme eidesstattlicher Versicherungen. **a)** OLG., JDR. **9** 870 IV 3, jetzt auch OLG. **23** 314 γ (Cöln). **b)** OLG. **23** 314 δ, ZBlFG. **12** 421 Nr. 340, R. **12** Nr. 289 (Naumburg). Für die Amtsgerichte besteht eine Rechtshilfepflicht zur Aufnahme von Erbscheinverhandlungen, wenn Mündel beteiligt sind. Dazu **c)** *Josef, ZBlFG. **13** 340. Dem Nachlaßgerichte liegt die Erteilung des Erbscheins ob; die eidesstattliche Versicherung (§ 2356 Abs. 2) hat der Antragsteller nicht vor dem Nachlaßgericht als solchem abzugeben, sondern „vor Gericht oder vor einem Notar". Verlangt er die Entgegennahme der Versicherung durch das Nachlaßgericht, so geht er dieses in dessen Eigenschaft als allgemeines Urkundsamt an. Wenn der Antragsteller nur von einzelnen Erben die Versicherung beibringt, das Nachlaßgericht aber auch die der anderen Erben für erforderlich hält (§ 2357 Abs. 4), so kann es dem Antragsteller die Beibringung aufgeben; es ist also nicht verpflichtet, die Beteiligten zu Terminen behufs Entgegennahme der Versicherung zu laden oder hierzu die Rechtshilfe anderer Gerichte in Anspruch zu nehmen. Aber das Nachlaßgericht ist nach § 2358 Abs. 1 zu derartigen amtswegigen Schritten berechtigt, also nach § 2 FGG. auch befugt, Rechtshilfe zu verlangen. Es hängt dies lediglich vom Ermessen ab, und die vom OLG. behauptete Verpflichtung des Erbscheinrichters, gerade im Interesse bevormundeter Erben jene amtswegige Tätigkeit zu entfalten, ist nicht begründet. Die Unterstützung des Vormundes liegt wohl dem Vormundschaftsgerichte, nicht aber dem Nachlaßgericht ob.

2. OLG. München, s. oben I unter 4 (Rechtshilfe im Auseinandersetzungsverfahren).

3. OLG. **23** 313, R. **11** Nr. 207 (Braunschweig). Keine Rechtshilfepflicht zur Aushändigung des Nachlasses nach Beendigung der Nachlaßpflegschaft (s. dagegen JDR. **9** 870 unter 2).

IV. Handelsregister. 1. RheinA. **108** 263, ZBlFG. **12** 755 Nr. 626 (Düsseldorf). Das Registergericht ist berechtigt, im Wege der Rechtshilfe ein Amtsgericht zu ersuchen, einen Beteiligten vorzuladen, um von ihm den Antrag auf Löschung einer Firma entgegenzunehmen.

2. OLG. **25** 272, MecklZ. **12** 189, ZBlFG. **12** 551 Nr. 491 (Rostock). Zwar kann die persönliche Anmeldung zum Handelsregister nicht im Wege der Rechtshilfe entgegengenommen werden, da sie beim Registergericht erfolgen muß; wohl aber kann die öffentlich beglaubigte Form der Anmeldung durch Beurkundung des Antrags durch ein darum ersuchtes Gericht hergestellt werden, da es sich um Rechtshilfe in einer reichsgesetzlichen Angelegenheit handelt (JDR. **9** 868 unter c).

V. Grundbuchsachen. **RG.** ZBlFG. **12** 249 Nr. 252, R. **11** Nr. 2963. In diesen ist wegen verweigerter Rechtshilfe eine Beschwerde oder weitere Beschwerde an das RG. nicht gegeben.

VI. Landesrechte. 1. Preußen. R. **12** 442 (KG.). Der Austritt aus der Kirche kann rechtsgültig nur vor dem Richter des Wohnsitzes des Austretenden erklärt werden, nicht auch vor einem anderen Richter, der im Wege der Rechtshilfe um Entgegennahme der Erklärung ersucht ist. Ebenso JMVf. 27. 10. 10.

2. Baden; Reichsland. In Baden ist durch G. vom 18. April 1912, im Reichslande durch G. vom 8. August 1910 den Gerichten die Zuständigkeit verliehen für die Beurkundung der Unterhaltspflicht des unehelichen Erzeugers sowie seiner Verpflichtungen gegen die uneheliche Mutter. Danach können badische und reichsländische Gerichte das Ersuchen um Beurkundung dieser Erklärungen nicht mehr ablehnen (JDR. **9** 869 unter III b).

3. Bayern. SeuffBl. **12** 293, R. **12** Nr. 2358 (München). Die bayerischen Amtsgerichte können unter sich auch um Vernehmung von gesetzlichen Erben ersuchen, um im Laufe der Nachlaßbehandlung nach dem G. vom 9. August 1902 einen Ausgleich über deren etwaige Ansprüche gegen den Vertragserben zu vermitteln.

4. Württemberg. WürttZ. **53** 139, ZBlFG. **11** 764 Nr. 712 (LG. Ellwangen). Das württ. Vormundschaftsgericht kann auch nicht auf Ersuchen eines anderstaatlichen Gerichts zur Durchsetzung einer Anordnung Gewalt gebrauchen; es kann nur Ordnungsstrafen verhängen.

§ 3. *Josef, ZBlVormWes. **13** 232. Wie eine Handlung der streitigen Gerichtsbarkeit gegen die im § 18 GVG. bezeichneten Exterritorialen verboten ist, so ist diese Vorschrift auf Handlungen der FG., soweit diese eine Ausübung der Staatsgewalt, des staatlichen Zwanges enthalten, wie die Anordnung der Vormundschaft entsprechend zur Anwendung zu bringen (**RG.** GruchotsBeitr. **50** 1130).

§ 4. 1. OLG. **23** 358, ZBlFG. **12** 33 Nr. 8 u. **13** 207 Nr. 87, R. **12** Nr. 2360, DJZ. **12** 871 (Darmstadt). Sind die (Nachlaß-)Gerichte oder Notare einig darüber, wer zuerst in der (Erbauseinandersetzungs-)Sache tätig geworden ist, so ist kein Raum für eine Entscheidung (Bestimmung der Zuständigkeit) gegeben; das später tätig gewordene Rechtspflegeorgan hat seine fernere Tätigkeit einzustellen und die Erledigung der Sache dem zuerst tätig gewordenen Organe als dem allein zuständigen zu überlassen. Sind sie aber nicht einig, so liegt ein positiver Kompetenzkonflikt vor, der die Feststellung der Prävention des § 4 FGG. durch eine höhere Entscheidung erfordert, durch die festgestellt wird, wer zuerst tätig und dadurch allein zuständig geworden und wessen Zuständigkeit durch die Prävention erloschen ist.

2. Bäßler, ZBlFG. **12** 177. Prävention bei Anordnung der Nachlaßpflegschaft.

3. Vgl. zu § 5 unter 3, zu § 7 unter 1 (örtliche Unzuständigkeit).

§ 5. 1. OLG. **23** 359, ZBlFG. **12** 246 Nr. 234, R. **12** Nr. 2372 (Braunschweig) Eine nach § 46 erfolgte Entscheidung steht der nachträglichen Bestimmung des zuständigen Gerichts gemäß § 5 nicht entgegen.

2. a) Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel in der FG. 45. Die obergerichtliche Bestimmung des zuständigen Gerichts ist zwar sachlich ein Akt der Justizverwaltung, aber formal nach den für gerichtliche Verfügungen geltenden Vorschriften zu behandeln; daher kann das Obergericht die erfolgte Bestimmung nach § 18 ändern. **b)** Dagegen Unger, BuschsZ. **41** 240. Da nach §§ 5, 46 eine Anfechtung dieser Entscheidung nicht stattfindet, muß um so mehr eine Änderung durch das bestimmende Gericht unzulässig sein, so daß diese nur wegen neuer Gestaltung der Sachlage zulässig ist.

3. ElsLothJZ. **35** 277, ZBlFG. **11** 45 Nr. 15 (Colmar). Bei Ungewißheit über die örtliche Zuständigkeit wird ein AG. nicht dadurch zuständig, daß es sich irrtümlich

für zuständig hält und die Vormundschaft einleitet; es trifft vielmehr auch in diesem Falle § 5 zu (§ 4). Für die Bestimmung des zuständigen Gerichts können die gleichen Erwägungen maßgebend sein, wie für die Überleitung einer Vormundschaft (§ 46 Abs. 2).

§ 6. *Josef, GruchotsBeitr. **56** 768. Ausschließung des Richters von der Beurkundung der Entlastung des Vormundschaftsgerichts; s. zu § 2 II 4 c.

§ 7. Literatur: Josef, Die Einwirkung der örtlichen Unzuständigkeit und der Ausschließung des Richters auf eine dem Beschwerdeführer günstige Entscheidung, ZBlFG. **11** 605. — Derselbe, Die Rechtsfolgen einer gesetzwidrigen Ausländervormundschaft, ZBlVormWes. **13** 231.

1. OLG. Braunschweig (s. zu § 5 unter 1). Die Handlungen des unzuständigen Gerichts sind zwar rechtlich wirksam; durch sie wird aber die Gerichtszuständigkeit nicht geändert.

2. *Schwartze, Erbscheininhalt (1911) 28. Ein vom örtlich unzuständigen Nachlaßgericht erteilter Erbschein kann von Behörden und Privatpersonen nicht als unwirksam beanstandet werden, selbst wenn sich die örtliche Unzuständigkeit des Nachlaßgerichts aus dem (verfehlten) Inhalte des Erbscheins ergibt.

3. *Josef, ZBlFG. **11** 605. Der Beteiligte hat ein unbedingtes Recht darauf, daß bei Erledigung seiner Angelegenheit das Gericht die gesetzlichen Vorschriften über die Zuständigkeit und die Ausschließung beobachtet, und dieses Recht ist beeinträchtigt, selbst wenn die Verletzung jener Vorschriften auf die wirtschaftliche Rechtslage des Beteiligten keinen Einfluß hat, also auch wenn die Verfügung ganz nach dem Antrage des Beteiligten ergangen, eine für den Beschwerdeführer günstigere Änderung des Inhalts der Verfügung also undenkbar ist. Die Beschwerde bezweckt dann lediglich die Aufhebung der Verfügung, damit demnächst durch das zuständige Gericht oder durch einen nicht ausgeschlossenen Richter eine neue Verfügung desselben Inhalts erlassen werde.

4. ZBlFG. **11** 764 Nr. 714 (Düsseldorf) s. zu § 46 unter 4 a; OLG. Braunschweig s. zu § 5 unter 1 (Verhältnis der Zuständigkeitsbestimmung zur Übernahme der Vormundschaft).

5. WürttZ. **12** 200, ZBlFG. **13** 211 Nr. 114 a. (Stuttgart) Hat ein unzuständiges Vormundschaftsgericht den Pfleger bestellt, so ist die — nach § 7 wirksame — Vormundschaft ohne jedes besondere Verfahren vom zuständigen Gerichte zu übernehmen.

6. KGJ. **41** 49, ZBlFG. **12** 754 Nr. 622. Beurkundungen unzuständiger Standesbeamten.

7. Grundbuch. a) *Josef, SeuffBl. **12** 499. Der § 81 Abs. 2 GBO. besagt nur, daß die Vorschriften der ZPO. über die Ausschließung und Ablehnung auf Beschwerden in Grundbuchsachen entsprechende Anwendung finden; dagegen bestimmt er ebensowenig wie die darin angezogenen §§ 41—48 ZPO. darüber, welche Wirkung die vom unfähigen Richter erlassene Entscheidung hat. Da die Unwirksamkeit einer solchen Entscheidung nicht selbstverständlich (auch im Zivilprozesse nicht nichtig, sondern bis zur Aufhebung durch Nichtigkeitsklage rechtswirksam) und die Unwirksamkeit nicht besonders vorgeschrieben ist, so ist sie gültig. Dagegen läßt sich ihre Wirksamkeit nicht herleiten aus § 7 FGG. Denn dieser findet nur Anwendung auf reichsgesetzliche Angelegenheiten der FG., und zu diesen gehört die Beschwerde in Grundbuchsachen nicht. Auch hat § 7 nur die Handlungen eines nach dem vorhergehenden § 6 ausgeschlossenen Richters im Auge, da er nur den Fall des ausgeschlossenen, nicht des mit Erfolg abgelehnten Richters erwähnt. Zur Bestimmung der Folgen der Zuwiderhandlung gegen die reichsgesetzliche Vorschrift des § 81 Abs. 2 GBO. kommen die Landesgesetze nicht in Betracht. **b)** v. Dassel, R. **13** 61. Grundbucheintragungen, die nach einem Gebietsaustausche zwischen deutschen Bundes-

staaten von dem bisher zuständigen Grundbuchrichter des einen Bundesstaats bezüglich der an den anderen Bundesstaat abgetretenen Grundstücke erfolgt sind, sind als rechtsgültig anzusehen.

8. Zwischenstaatliches Privatrecht. **RG.** (Straff.) **45** 307. Die von einem deutschen Vormundschaftsgerichte dem Art. 23 EGBGB. zuwider angeordnete Vormundschaft über einen Ausländer ist rechtswirksam. — Dagegen *Josef, ZBlVormWes. **13** 231. Ordnet das deutsche Vormundschaftsgericht die Vormundschaft über einen Ausländer an, wo dies gesetzlich unzulässig ist (Art. 23 EGBGB.), so enthält diese Anordnung einen Übergriff in das Staatshoheitsrecht des Auslandes. Denn die Vorschriften des zwischenstaatlichen Privatrechts sind materiell-rechtlich und zwingend, so daß ihre Verletzung die Unwirksamkeit der ihnen zuwider vorgenommenen Anordnung zur Folge hat. Daher sind auch die Rechtshandlungen des so bestellten Vormundes unwirksam, und es findet auf sie der § 32 FGG. nicht Anwendung, weil im gedachten Falle dem deutschen Vormundschaftsgerichte die sachliche Zuständigkeit zur Anordnung der Vormundschaft abging. Dieser Grundsatz gilt überall, wo die Vormundschaft über den Ausländer objektiv zu Unrecht angeordnet war, also auch, wenn das deutsche Gericht irrtümlich annahm, daß der Auslandsstaat die Fürsorge nicht übernehme.

9. Kormann, Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechtes, HirthsAnn. **12** 46. Über die einzelnen Gründe absoluter Nichtigkeit von Verfügungen vgl. zu § 322 ZPO.

§ 8. 1. Unger, BuschsZ. **42** 176. Auf die Bekanntmachung der gemäß § 183 GVG. festgesetzten Ungebührstrafe findet § 16 FGG. nicht Anwendung und auf die befristete Beschwerde gegen die Festsetzung nicht der § 22 Abs. 2.

2. ZBlFG. **12** 152 Nr. 92 a (KG.). Zur Bestellung eines Pflegers bedarf es nicht der Aufnahme eines Protokolls.

§ 11. 1. *Josef, BayRpflZ. **12** 229. Für die Frage, ob die Anträge unterschrieben sein müssen, kommt nicht der § 126 BGB. in Betracht; denn dieser handelt nur von rechtsgeschäftlichen Erklärungen, d. h. von Erklärungen, die einen rechtlichen Erfolg deshalb hervorbringen, weil er gewollt ist. Dagegen ist die Beschwerde, wie alle Gesuche und Anträge eine reine Verfahrenshandlung, auf die § 126 auch nicht mittelbar anzuwenden ist (vgl. zu § 12 I 1).

2. *Josef, BuschsZ. **42** 39. Auch in der FG. sind bedingte Anträge (Verfahrenshandlungen) insofern zulässig, als sie neben einem gleichartigen unbedingten für den Fall des Versagens des ersteren stehen; überhaupt steht in der FG. niemals etwas im Wege, daß der Antragsteller seinen Antrag ändert. Zwar wird, wie der Zivilprozeß durch eine „Klageschrift", so das echte Streitverfahren der FG. durch einen „Antrag" eingeleitet; aber in dieser gibt es keine Vorschriften, die die Befugnis des Antragstellers, den Gegenstand des Verlangens zu ändern, irgendwie beschränken; eine Einrede der „Klagänderung" läßt sich in der FG. auch nicht durch „entsprechende" oder „sinngemäße" Anwendung der Vorschriften der ZPO. begründen.

§ 12. Literatur: Ehrenberg, Registergericht und Prozeßgericht, IheringsJ. **61** 423. — Josef, Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf Entscheidungen des Gerichts der FG., IheringsJ. **61** 197. — Derselbe, Das vorläufige Ende des Kwilecki-Prozesses, KGBl. **11** 117. — Derselbe, Uneheliche Kinder von Witwen, DJZ. **11** 1181. — Derselbe, Einfluß des bürgerlichen Rechtes auf Verfahrenshandlungen der FG., BuschsZ. **42** 21. — Kuttner, Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren in Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Gierke. 1910. — Derselbe, Über Urteilswirkungen und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für v. Martitz. 1911. — Derselbe, Einwirkung des rechtskräftigen Urteils, IheringsJ. **59** 393. — Unger, Rechtsmittel in der FG., BuschsZ. **39** 92 und **41** 194.

I. Allgemein. 1. *Josef, BayRpflZ. **12** 232. Ist im Antragsverfahren der Antrag nicht unterschrieben, so braucht das Gericht nicht von Amts wegen zu

ermitteln, ob das unterschriftslose Schriftstück von einem bestimmten Urheber herrührt und ob es mit dessen Willen an das Gericht gelangt ist. Denn die Einleitung des Verfahrens ist der Privatwillkür der Beteiligten anheimgegeben, und kein öffentliches Interesse begründet eine Pflicht, von Amts wegen Ermittelungen bei Einleitung dieser verfahrensrechtlichen Vorfrage anzustellen.

2. *Josef, BuschsZ. **42** 23. Der § 12 findet nur Anwendung auf die für die gerichtliche Sachentschließung in Betracht kommenden Tatsachen; er schreibt also die amtswegige Ermittelungspflicht nicht vor für Tatsachen, die die Befugnis zu den den Beteiligten behufs Wahrung ihres persönlichen Interesses freigestellten Verfahrenshandlungen und die gesetzmäßige Vornahme dieser Handlungen ergeben. Tatsachen letzterer Art (aus denen sich z. B. die Wahrung der Frist, das rechtliche Interesse, das Vorliegen einer Bevollmächtigung, die Unterschrift durch den Beteiligten ergibt) haben die Beteiligten dem Gerichte selbsttätig darzulegen und zu beweisen, so daß insofern in der streitigen und in der FG. die gleichen Grundsätze gelten.

3. Josef, BadNotV. **12** 94. Hat der Notar eine Tatsache bescheinigt, deren Feststellung dem Gericht obliegt, so kann dieses auf Grund des § 12 über die so bewiesenen Tatsachen noch neue Ermittelungen anstellen.

4. ZBlFG. **12** 243 Nr. 220, SeuffBl. **11** 737, R. **12** Nr. 1191 (BayObLG.). Kein Recht der Beteiligten auf bestimmte Ermittelungen, insbesondere auf Vernehmung bestimmter Zeugen; bei genügend geklärter Sachlage sind weitere Ermittelungen abzulehnen (R. **12** Nr. 3243 [KG.]). Auch unbeeidigten Aussagen kann das Gericht Glauben schenken (JDR. **9** 876 II 1).

5. ZBlFG. **12** 742 Nr 537, R. **12** Nr. 477 (BayObLG.). Briefe, die das Gepräge der Echtheit tragen, kann das Gericht ohne weitere Erhebungen bei der Entscheidung verwerten.

6. **a)** OLG. **24** 48 unter o (KG.). Das Gericht darf die Entscheidung nicht ausschließlich auf die Auskünfte privater Ermittelungsstellen gründen. **b)** OLG. **25** 396 (KG.). Auf Auskünfte von Behörden, die nur die Mitteilung von Ergebnissen ihrer Ermittelungen enthalten, dem Gericht aber eine Nachprüfung der Richtigkeit des Ergebnisses nicht ermöglichen, darf allein die gerichtliche Feststellung nicht gestützt werden.

7. **a)** RJA. **11** 216, R. **12** Nr. 1699 (KG.). Hat der Beteiligte zu Protokoll des Gerichtsschreibers eine Tatsache angegeben und bestreitet er später deren Richtigkeit, so kann der Protokollinhalt nicht schlechthin gegen ihn gelten; das Gericht hat vielmehr die Richtigkeit der Tatsache von Amts wegen zu untersuchen, wobei der Inhalt des Protokolls zu berücksichtigen, aber nicht unbedingt entscheidend ist. (Das Protokoll enthielt die Anmeldung des Erlöschens der Firma, während der Kaufmann behauptete, nur die Verlegung des Geschäfts angemeldet zu haben.) **b)** RJA. **12** 14 (KG.). Der Grundsatz des Zivilprozesses, daß unbestrittene Parteibehauptungen ohne weiteres als wahr hinzunehmen seien, und nur das Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen sei, gilt nicht in der FG.

8. RJA. **11** 85, ZBlFG. **12** 460, R. **12** Nr. 755 (KG.). Auf Grund der bisherigen Ermittelungen kann das Gericht vor der Endentscheidung vorläufige Maßregeln anordnen.

9. *Josef, RheinA. **110** 95. Verletzung des § 12 als Begründung der weiteren Beschwerde; s. zu § 27 unter 7 a.

10. *Josef, RheinZ. **13** 328. Das dem Gericht der FG. obliegende Maß der Ermittelungen bestimmt sich auch nach der Wichtigkeit der Sache und des Interesses der Allgemeinheit, sowie der Beteiligten. Wenn eine dem Gericht obliegende Feststellung nur dem Privatinteresse eines Beteiligten dient und dieser den Erweis durch Vorlegung einer von ihm leicht zu beschaffenden Urkunde führen kann, so genügt

das Gericht (namentlich in Angelegenheiten, in denen es nur auf Antrag tätig wird) seiner Ermittelungspflicht, indem es den Beteiligten zur Vorlegung der Urkunde auffordert. Ist dies erfolglos, so ist mangels eines die Nichtbefolgung entschuldigenden Umstandes der Schluß gerechtfertigt, daß die vom Beteiligten behauptete Tatsache nicht erweisbar sei, und das Gericht kann auf Grund dieses Schlusses seine Entscheidung treffen. Das Gericht braucht in solchen Fällen an der richtigen Feststellung kein größeres Interesse zu betätigen, als es der Antragsteller selbst durch sein Verhalten kundgibt.

11. Schultzenstein, BuschsZ. **43** 35. In der FG. gilt weder die Verhandlungsmaxime allein noch die Untersuchungsmaxime allein. Es gilt auch nicht jene oder diese als Regel und die andere als mehr oder weniger eng und bestimmt begrenzte Ausnahme. Sondern es muß einzeln nach den Angelegenheiten, die in dem Verfahren zu erledigen sind, geschieden und für eine jede von ihnen eine getrennte Ermittelung vorgenommen werden.

II. Vormundschaftssachen. 1. ZBlFG. **11** 764 Nr. 716 (BayObLG.). Beim Antrag auf Ersetzung der Einwilligung zu einer erst noch vorzunehmenden Verfügung müssen die Beteiligten dem Vormundschaftsgericht alle Einzelheiten des beabsichtigten Rechtsgeschäfts angeben, die für die Beurteilung der Zweckmäßigkeit in Betracht kommen.

2. R. **11** Nr. 816 (BayObLG.). Auch im Verfahren zur Ergänzung einer verweigerten Geschäftszustimmung findet § 12 Anwendung.

3. KGJ. **42** 61, R. **12** 707. Der Fürsorgeerziehungsrichter darf eine Straftat des Minderjährigen als festgestellt ansehen, auch wenn dieser vom Strafgericht wegen Beweismangels freigesprochen ist.

4. R. **11** 811 u. **12** Nr. 2362 (KG.). Ermittelungen, die der Jugendrichter als Strafrichter angestellt hat, kann er ohne weiteres in der Vormundschafts- oder Fürsorgeerziehungssache verwerten.

5. KGJ. **42** 15, OLG. **24** 21 r, ZBlFG. **12** 547 Nr. 465. Das Vormundschaftsgericht muß, wenn begründeter Anlaß zur Annahme vorliegt, daß das von der Witwe geborene Kind nicht vom verstorbenen Manne erzeugt ist, die erforderlichen Ermittelungen hierüber anstellen zwecks Anordnung einer Vormundschaft oder auch zwecks Bestellung eines Pflegers zur Durchführung des Unterhaltsanspruchs gegen den Erzeuger. — Dagegen

6. *Josef, DJZ. **12** 1181. Nach dem Tode des Mannes kann wohl die Unehelichkeit des Kindes in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis geltend gemacht werden, z. B. durch die Unterhaltungsklage gegen den Erzeuger; das Kind behält aber die allgemeine Stellung eines ehelichen, steht also unter der elterlichen Gewalt der Mutter und wird von ihr in jenem Rechtsstreite gegen den Erzeuger vertreten. Folglich kann das Gericht keine Pflegschaft anordnen; liegt ihm aber eine Amtstätigkeit in dieser Richtung nicht ob, so kann es auch nicht über jenes streitige Rechtsverhältnis entscheiden.

7. *Josef, BadRpr. **11** 283. Bei Anordnung einer Pflegschaft zur Führung eines Rechtsstreits für das Kind (den Mündel) steht dem Vormundschaftsgerichte keine Prüfung der Begründetheit der vom Gegner gegen den Anspruch zu erhebenden Einwendungen zu (JDR. **7** 526 zu § 1909).

8. *Josef, ACivPr. **110** 422. Das Vormundschaftsgericht hat zwar nach dem Tode des Mündels die Abnahme der Schlußrechnung durch die Erben zu vermitteln; es ist aber nicht verpflichtet, zur Ermittelung der Erben eine amtswegige Tätigkeit zu entfalten.

9. KGJ. **40** 10 (14). Anwendung des § 12 bei Anordnungen wegen der religiösen Erziehung.

10. OLG. **23** 364 (Colmar). Umfang der Ermittelungspflicht bei Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft.

III. Nachlaßsachen. 1. Fräb, ZBlFG. **13** 332. Prüfungspflicht des Nachlaßgerichts betreffend die Gültigkeit des Testaments.

2. KGJ. **40** 43, RJA. **11** 89, OLG. **24** 82, ZBlFG. **12** 464, R. **12** Nr. 759. Zur Begründung des Antrags auf Bestimmung der Inventarfrist genügt neben der Behauptung, daß der Antragsgegner Erbe eines Schuldners des Antragstellers geworden sei, die Glaubhaftmachung der dem Antragsteller gegen den angeblichen Erblasser des Antragsgegners erwachsenen Forderung. Die Glaubhaftmachung der Erbeneigenschaft des Antragsgegners, auch deren erste Voraussetzung, des Todes des Schuldners des Antragstellers, liegt dem letzteren nicht ob. Vielmehr sind etwa nach dieser Richtung bestehende Zweifel vom Nachlaßgerichte von Amts wegen aufzuklären.

3. *Schwartze, Erbscheininhalt (1911) 9, 23, 24. Ist die Bezeichnung des Erben in der Verfügung von Todes wegen nach deren Errichtung unrichtig geworden, so hat der Erbe anzugeben, weshalb er mit dem in der Verfügung eingesetzten Erben identisch ist. Das Nachlaßgericht hat die Verpflichtungen des § 12. Den Antragsteller trifft nicht die Beweislast der Identität. Er muß aber bestrebt sein, den Erbscheinrichter die erforderlichen Tatsachen zur Begründung seines Antrags darzulegen und die nötigen Beweise mit herbeizuschaffen wegen § 2359 BGB. Dem Antragsteller darf vom Erbscheinrichter nicht aufgegeben werden, die Berichtigung von Eintragungen in den Standesregistern und Kirchenbüchern herbeizuführen und einwandfreie öffentliche Urkunden zum Beweise seines Erbrechts vorzulegen. Mit einer solchen Verfügung verletzt der Erbscheinrichter die ihm nach § 12 obliegende Untersuchungspflicht. Durch die Widersprüche in den öffentlichen Urkunden muß das Erbrecht des Erben zweifelhaft sein. Bedenken hinsichtlich der richtigen Bezeichnung des Erben, die für das Erbrecht gleichgültig sind, können bei der Bezeichnung des Erben im Erbschein ohne Beweiserhebung in Klammern beigefügt werden.

4. OLG. **24** 66 (Colmar). Amtswegige Feststellung der Gläubigergefährdung beim Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung.

5. KGJ. **41** 63, RJA. **11** 182, R. **12** Nr. 1698. Auf Grund der übereinstimmenden Angaben sämtlicher Beteiligter kann nach Lage des Falles die ausländische Staatsangehörigkeit des Erblassers ohne weitere Ermittelung als festgestellt angesehen werden.

IV. Standesregister. 1. JW. **12** 157 (KG.). Das Heroldsamt hat nur über die Zugehörigkeit zum preußischen Adelstande zu befinden. Die Gerichte haben durch selbständige Erforschung des Sachverhalts (§ 12 FGG.) den Familiennamen festzustellen und danach zu ermessen, ob der Name zu berichtigen oder nur die — für sie bindend entschiedene — Nichtzugehörigkeit zum preußischen Adel durch einen erläuternden Randvermerk klarzustellen ist.

2. KGJ. **42** 72, R. **12** 707, RJA. **12** 91. Die Entscheidung darüber, ob der im Standesregister eingetragene Name der richtige ist, steht ausschließlich dem für die Berichtigung des Standesregisters zuständigen Richter der FG. zu. Für diesen ist eine polizeiliche, die Namensführung betreffende Verfügung der Landespolizeibehörde ohne Bedeutung.

V. Handelsregister. 1. RJA. **11** 222, R. **12** Nr. 1676 (KG.). Sind bei der Gründung einer Aktiengesellschaft oder bei der Erhöhung des Grundkapitals nicht durch Barzahlung zu leistende Einlagen zu machen, und ergeben sich gegen die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen und gegen die Rechtswirksamkeit der bei der Anmeldung nachzuweisenden Rechtsakte keine Bedenken, so ist der Registerrichter nicht befugt, auf bloße Vermutungen hin eine Anmeldung zu beanstanden und weitere Nachweise zu fordern (JDR. **9** 877 Nr. 4 e).

2. RJA. **11** 216 (KG.) s. oben I unter 7 a.

VI. Genossenschaftsregister; Vereinsregister. 1. RJA. **11** 27, R. **11** Nr. 868 (Colmar); LeipzZ. **5** 310, DJZ. **11** 879 (BayObLG.). Amtswegige Prüfungspflicht, ob der satzungswidrig gefaßte Beschluß der Generalversammlung der Genossenschaft fristgemäß angefochten ist.

2. KGJ. **40** 79, RJA. **11** 105, ZBlFG. **12** 476, R. **12** Nr. 812. Wird das Geschäftsguthaben eines Genossen an eine nicht zur Genossenschaft gehörige Person veräußert, so hat das Registergericht, ehe es das Ausscheiden des Veräußerers und den Beitritt des Erwerbers in die Liste der Genossen einträgt, nur die zwischen dem Ausscheidenden und dem Erwerber des Gutachtens wegen der Übertragung geschlossene Übereinkunft und die Beitrittserklärung des Erwerbers sowie die Einreichung dieser Urkunde durch den Vorstand auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu prüfen. Es hat dagegen die Echtheit der Unterschriften und die Wirksamkeit der in den Urkunden enthaltenen Erklärungen nicht nachzuprüfen und kann nicht verlangen, daß die nach dem Statute zur Übertragung des Geschäftsguthabens erforderliche Genehmigung des Aufsichtsrats beigebracht wird, es sei denn, daß die Unwirksamkeit der Erklärungen und die Nichtgenehmigung des Aufsichtsrats, ohne daß es weiterer Ermittelungen bedarf, aus den dem Gerichte bekannten Tatsachen sich als zweifellos ergibt.

3. PosMSchr. **11** 117, ZBlFG. **12** 312 Nr. 310 b (KG.). Kannte der Registerrichter den vom anmeldenden Genossen rechtmäßig zu führenden Namen, so hat er diesen einzutragen; eine Ermittelung in dieser Richtung ist unstatthaft. Dadurch aber, daß er mangels abweichender Kenntnis den polnischen Vornamen eingetragen hat, wird eine nochmalige Ermittelung nicht ausgeschlossen; sie ist vielmehr durch § 12 geboten.

4. KGJ. **41** 157, R. **12** Nr. 2365, DJZ. **11** 1094. Umfang der Prüfungspflicht bei der Anmeldung der Änderung des Vereinsvorstandes.

VII. Grundbuchsachen. 1. Unger, BuschsZ. **39** 92. Der § 12 findet auch in Grundbuchsachen Anwendung. Dagegen

2. *Josef, RheinZ. **13** 325; BadNotV. **12** 94. Der § 18 GBO., wonach das Grundbuchamt, wenn die Eintragungsgrundlagen unvollständig sind, den Eintragungsantrag sofort oder nach erfolgloser Fristbestimmung zurückzuweisen hat, hat zur Folge, daß dem Grundbuchamte keinesfalls die Verpflichtung obliegt, eine amtswegige Tätigkeit zur Beseitigung der Mängel von Eintragungsgrundlagen aufzuwenden. Im übrigen, also wo die Tätigkeit des Grundbuchamts nicht in einer Eintragung besteht, sondern z. B. in Anlegung eines neuen Grundbuchblatts, bei Berichtigung erfolgter Eintragungen ungesetzlichen Inhalts sowie bei Erzwingung der Herausgabe von Hypothekenbriefen, gilt auch für Grundbuchsachen der Grundsatz des § 12 FGG. Dagegen kann § 29 GBO., auf den die herrschende Meinung die Unanwendbarkeit des § 12 für Grundbuchsachen stützt, hier nicht in Betracht kommen. Denn § 29 enthält nur eine Anweisung an das Grundbuchamt, lediglich formalisierte Erklärungen als Eintragungsgrundlagen zu berücksichtigen; und er will darüber, ob dem Grundbuchamt eine amtswegige Tätigkeit zur Vervollständigung von Eintragungsgrundlagen obliegt, keine Bestimmungen treffen. Vgl. zu § 100 (Schiffsregister).

VIII. Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Entscheidungen der FG. 1. Unger, BuschsZ. **41** 194. Dem Prozeßurteile kommt, da seine Wirkung in der Regel nur auf das Verhältnis zwischen den Prozeßparteien beschränkt ist, im allgemeinen für die Entschließungen des Gerichts der FG. Bedeutung nicht zu. Eine Ausnahme gilt nur für Urteile, die nach gesetzlicher Vorschrift für und gegen alle wirken, sowie in dem Sonderfalle des § 16 HGB., ferner wenn „eine Entschließung der FG. solche Rechtsverhältnisse zur Grundlage

zu nehmen hat, als deren Träger ausschließlich die Parteien eines früheren Prozesses erscheinen und in diesem Prozesse durch Urteil festgestellt sind".

2. a) Kuttner, Das Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren, Festgabe der Berliner Jur. Fakultät für Gierke (1910). b) Derselbe, JheringsJ. **59** 393. c) Derselbe, Über Urteilswirkungen und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, Festgabe der Berliner Jur. Fakultät für v. Martitz (1911). Dem Urteile des Prozeßgerichts ist einheitlich auch für alle sonstigen Organe der Staatsverwaltung, für sämtliche Behörden bindende Kraft zuzusprechen, ganz besonders für die der FG. und hier wieder besonders für den Erbscheinrichter. Die entgegengesetzte Annahme würde zu gänzlicher Rechtsanarchie führen.

3. a) *Josef, JheringsJ. **61** 200 (in ausführlicher Würdigung der Gegner). Aufgabe der streitigen Gerichtsbarkeit ist, vorhandene Rechte festzustellen, und die Entscheidungen ergehen hier nach Maßgabe der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien. Dagegen ist Aufgabe der FG., neue Rechte zu schaffen oder vorhandene zu ändern, und die Entscheidungen erfolgen hier unabhängig von den Erklärungen und dem Verhalten der Beteiligten auf Grund des von Amts wegen zu ermittelnden wahren Sachverhalts Daher können die Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit nicht bindende Wirkung haben für das Gericht der FG., und eine Erstreckung der Vorschrift des § 322 ZPO. auf die Behörden der FG. ist unzulässig. Das gilt auch für das Verfahren des Nachlaßgerichts bei Erteilung des Erbscheins besonders, wenn das Urteil im Erbrechtsfeststellungsprozeß auf Grund eines Anerkenntnisses oder einer Versäumnis ergangen ist; namentlich kann das von der unterlegenen Partei im Prozeß abgegebene Anerkenntnis niemals eine Übertragung des Erbrechts auf die obsiegende zur Folge haben. — Macht das Gericht der FG. Gebrauch von dem ihm ausnahmsweise zustehenden Rechte, die Beteiligten auf den Prozeßweg zu verweisen (§ 127 FGG., § 66 Abs. 2 PStG.), so erklärt es hiermit, die selbständige Entscheidung des streitigen Sachverhalts ablehnen zu wollen, und in diesem Falle ist es an das von den Beteiligten erwirkte Urteil des Prozeßgerichts schlechthin gebunden. Ebensowenig steht ihm, wo für seine Tätigkeit nicht die vom Prozeßgerichte getroffenen Feststellungen, sondern nur der entscheidende Teil des Urteils in Betracht kommt (so wenn auf Grund des Urteils eine Eintragung im Grundbuch erfolgen soll), die Prüfung der Richtigkeit des Urteils zu. Urteile, die nach ausdrücklicher Vorschrift oder nach ihrem Inhalte für und gegen alle wirken (§§ 629, 643 ZPO., §§ 1468, 2344 BGB.), sind in allen familien- und vermögensrechtlichen Verhältnissen als bindend zu behandeln, also auch vom Nachlaßgerichte bei Erteilung des Erbscheins. — Die Selbständigkeit des Vormundes zur Vertretung des Mündels in Rechtsstreitigkeiten hat zur Folge, daß die Zwangsvollstreckung ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts gegen den Mündel erfolgt. Auch im übrigen wird das Gericht der FG., da nach den Anforderungen eines geordneten Rechtsverkehrs widersprechende Entscheidungen der Rechtspflegebehörden tunlichst zu vermeiden sind, die Feststellungen des Prozeßgerichts als die richtigen annehmen und nur ausnahmsweise von ihnen abweichen, nämlich nur dann, wenn die prozeßgerichtliche Feststellung mit dem wahren Sachverhalt in offenbarem Widerspruche steht, wie dies besonders bei Anerkenntnis- und Versäumnisurteilen der Fall sein kann. — Vgl. zu § 86 unter II 1, § 87 unter 2. b) *Josef, BuschsZ. **43** 377. Einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts schaffen einen rechtlichen Zustand, den auch das Gericht der FG. zu beachten hat. Solche Verfügungen können aber nicht dem Gerichte der FG. Anweisungen erteilen, sondern nur das Verhältnis zwischen den Prozeßparteien regeln.

4. *Josef, KGBl. **11** 117. Wie zu 3 lediglich für Standesregisterberichtigung.

5. Ehrenberg, JheringsJ. **61** 423—492. Handelsregistergericht und Prozeßgericht. Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Registergerichts. Macht das Register-

gericht von der Verweisungsbefugnis aus § 127 FGG. Gebrauch, so ist es an die Entscheidung des Prozeßgerichts gebunden, weil es sich vorher der Autorität des Prozeßgerichts unterworfen hat (452). — Beantragt der Erwerber eines Handelsgeschäfts seine Eintragung als Firmeninhaber auf Grund des zu seinen Gunsten ergangenen Urteils oder im umgekehrten Falle der Veräußerer die Löschung der Firma, so ist das Urteil für das Registergericht bindend, weil es sich um einen Parteienstreit über die Zulässigkeit der Eintragung oder Löschung handelt und andernfalls zwischen den Parteien nach dem Handelsregister dauernd etwas anderes gelten würde als nach materiellem Rechte (453). Aber ein wirklicher Parteienstreit über die Zulässigkeit der Eintragung muß entschieden sein; nicht also ist bindend ein Urteil, in dem bei einem Streite über die Rechtsgültigkeit einer Bürgschaft die Kaufmannseigenschaft ausgesprochen ist, und das Urteil muß positiv das Bestehen oder Nichtbestehen eines Umstandes feststellen; bloß abweisende Urteile sind nicht bindend (454). Zu beachten bleibt, daß das Registergericht unabhängig von allen Partei- und Privatinteressen von Amts wegen für die Richtigkeit des Handelsregisters zu sorgen verpflichtet ist. Rechtslage vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils (459). Rechtsgestaltende Entscheidungen sind für das Registergericht bindend, weil sie eine schlechthin wahre Rechtstatsache schaffen (460). — Für die Verpflichtung des Registergerichts zur Unterlassung einer Eintragung ist maßgebend § 16 Abs. 2 HGB. (462); im Falle des Abs. 1 schaltet die Entscheidung des Prozeßgerichts ganz allgemein einen Anmeldungspflichtigen aus (471). Für Löschungen konnte eine viel weitergehende Bindung des Registergerichts durch Prozeßentscheidungen in Frage kommen, weil hier schon die Feststellung des Mangels einer einzigen Voraussetzung genügt, um die Unzulässigkeit der Eintragung, also die Notwendigkeit der Löschung darzutun; aber es besteht kein Rechtssatz, wonach eine solche Feststellung oder selbst ein direkt auf Löschung lautendes Urteil für das Registergericht bindend wäre. Leitet aber das Gericht das amtliche Löschungsverfahren ein, so verliert der Beklagte infolge jenes Urteils das Recht zum Widerspruche, folglich auch das Recht auf Benachrichtigung von der bevorstehenden Löschung (§ 142 Abs. 2).

6. HoldheimsMSchr. **11** 242 (LG. Berlin). Erwirkt jemand auf Grund des § 37 Abs. 2 HGB. ein Urteil auf Unterlassung der Fortführung der Firma und auf deren Löschung und beantragt er die Löschung des Beklagten im Firmenregister, so steht dem Registergerichte gegen dieses Urteil ein unbeschränktes Prüfungsrecht zu. Das Urteil ist kein Vollstreckungstitel aus § 37 Abs. 2 (der überhaupt keinen Anspruch auf Löschung gibt) oder aus § 894 ZPO. (denn eine als bewirkt zu behandelnde Willenserklärung kommt nicht in Frage); der Löschungsantrag ist danach eine bloße Anregung auf Löschung aus § 30 HGB., der nach § 142 zu behandeln ist.

7. Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 122. Ist eine Aktiengesellschaft auf Klage einer anderen Gesellschaft verurteilt, den Gebrauch der Firma zu unterlassen und deren Löschung zu beantragen, so steht dem Registergericht die selbständige Prüfung zu, ob der urteilsmäßig der Klägerin zugesprochene Anspruch auf Löschung als solcher einen Löschungstitel darstellt, der das Registergericht bindet. Das Urteil ersetzt nur den Antrag des Vorstandes der verurteilten Gesellschaft auf Löschung.

8. Macht die Verurteilung des Mündels die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts überflüssig? Verneint von **a)** Kipp, R. **13** 45, weil das Urteil nur verstanden werden könne als eine Fiktion, daß der Vormund die Auflassung erklärt habe, diese Fiktion aber den Mangel der gesetzlich erforderlichen Genehmigung nicht ersetzen könne. **b)** Kormann, AÖffR. **13** 271. Das Gericht ist zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet in allen Fällen, wo der Mündel (etwa auf Grund des von seinem Erblasser geschlossenen

Vertrags) zur Auflassung verpflichtet ist, also auch wenn er hierzu verurteilt ist; doch beschränkt sich die Prüfung des Gerichts hier auf die Frage, ob das Urteil nichtig, zugestellt, rechtskräftig ist. Aber die Genehmigung selbst wird durch die Verurteilung nicht entbehrlich. c) Bejaht von *Josef, R. **13** 130 u. BuschsZ. **43** 371. Die Urteile des Prozeßgerichts und die auf deren Grund erfolgenden Vollstreckungsmaßregeln müssen jede mitwirkende Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts von vornherein gänzlich ausschalten und ihre Wirksamkeit notwendigerweise so entfalten, wie wenn der bevormundete Schuldner voll geschäftsfähig wäre; der Vormundschaftsrichter kann unmöglich die freie Entschließung darüber haben, ob er die im prozeßgerichtlichen Urteile festgestellte Rechtslage ebenfalls als maßgebend anerkennen will. Dieser Satz ist nur die notwendige Folge der Befugnis des Vormundes, für den Mündel Rechtsstreitigkeiten zu führen. Da das Gesetz dem Vormunde die Ermächtigung erteilt, den Mündel in Rechtsstreitigkeiten zu vertreten, so muß das Gesetz auch die zwangsweise Durchführung der gegen den Mündel ergangenen Entscheidungen gewähren, als ob eine Aufsicht des Vormundschaftsgerichts gar nicht bestände. Die Ansicht Kipps widerspricht auch der aus den Vorarbeiten ersichtlichen Absicht des Gesetzes.

IX. Echtes Streitverfahren der FG. (JDR. **9** 876). 1. Landsberg, RheinA. **108** 95. Das Vormundschaftsgericht entscheidet niemals „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten"; denn es grenzt nicht die Rechtssphären bestimmter Personen ab, sondern hat als Verwaltungsbehörde in gewissen Fällen lediglich in Privatrechte einzugreifen und sie zu ändern, dies aus Gründen des öffentlichen Rechtes, des Gemeinwohls. Allerdings kann die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts zufällig in ihrer Nebenwirkung einem privaten Interesse über ein anderes privates Interesse zum Siege verhelfen; aber die Entscheidung über diesen Streit ist nicht Ziel und Zweck der Verfügung des Gerichts der FG. Der Streitgedanke wird ausgeschaltet und ersetzt durch einen Verwaltungsgedanken; der Staat verweigert hier einen Anspruch und der ganze Interessenkomplex wird hier der „gütigen Gewalt des Staates" anvertraut, d. i. dem Vormundschaftsgerichte. — Hiergegen

2. *Josef, RheinA. **99** 109. Ob man die dem Verfahren des Vormundschaftsgerichts überwiesenen Streitigkeiten als „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" im Sinne des § 13 GVG. bezeichnen kann, mag dahingestellt bleiben; dagegen muß behauptet werden, daß das Vormundschaftsgericht ganz besonders in den Fällen der §§ 1308, 1357, 1358, 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. in der Tat Streitigkeiten entscheidet, d. h. daß seine Verfügung nicht nur in ihrer Nebenwirkung einem privaten Interesse über das andere zum Siege verhilft, sondern daß die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts die Entscheidung über den Streit gerade zum Ziele und Zwecke hat.

3. *Josef, BuschsZ. **42** 31. In der FG. gibt es keinen Beweis durch Eideszuschiebung und keinen richterlichen Eid. Mit dem Grundsatze des § 12 erscheint es ferner unvereinbar, daß das Gericht entscheidet auf Grund eines nicht als wahr festgestellten, sondern nur wahrscheinlich gemachten Sachverhalts; daher kann das Gericht im sog. echten Streitverfahren nicht einen Beteiligten zwecks bloßer Glaubhaftmachung seiner Behauptungen zur eidesstattlichen Versicherung über deren Richtigkeit gemäß § 15 Abs. 2 zulassen.

4. *Josef, ACivPr. **110** 416. Im echten Streitverfahren hat der Tod eines Beteiligten nicht kraft Gesetzes die Unterbrechung des Verfahrens zur Folge; das Gericht wird aber sachgemäß es aussetzen, bis die Rechtsnachfolger feststehen.

5. *Josef, BuschsZ. **43** 387. Beschränkte Gerichtsgewalt in der FG.; s. zu § 1 unter 12 d.

§ 13. I. Parteifähigkeit in der FG. (JDR. **9** 877 I). 1. *Josef, DJZ. **11** 1267. Auflassung an Minderjährige: Da diese nach §§ 1630, 1793 vom Vater (Vormund) zu vertreten sind, hat das Grundbuchamt die Verhandlung mit dem Geschäftsbeschränkten überhaupt abzulehnen, selbst wenn der gesetzliche Vertreter die Entgegennahme der Auflassung durch den Geschäftsbeschränkten genehmigt haben sollte. Eine Prüfung des Kausalgeschäfts kann danach gar nicht in Frage kommen (vgl. JDR. **9** 916 V).

2. ZBlFG. **12** 551 Nr. 490, R. **12** Nr. 282 (BayObLG.). Beschwerde des Geisteskranken gegen die Ablehnung der Eheschließung; s. zu § 69 Ziff. 1.

II. Vollmacht. 1. *Josef, BayRpflZ. **12** 231. Nach § 13 besteht gesetzlich keine Verpflichtung des Bevollmächtigten, die Bevollmächtigung nachzuweisen; eine solche Verpflichtung entsteht vielmehr erst durch die Anordnung des Gerichts. Daraus folgt, daß die Frist zur sofortigen Beschwerde gewahrt ist, auch wenn der Bevollmächtigte die Beschwerde ohne Nachweis der Bevollmächtigung eingereicht hat, dieser Nachweis also auch nach Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist geführt werden kann. Das Beschwerdegericht hat dem angeblichen Bevollmächtigten zur Einreichung der Vollmacht eine Frist zu bestimmen; doch ist auch eine nach Ablauf dieser gerichtlichen Frist eingereichte Vollmacht zu berücksichtigen, sofern sie nur vor Erlaß der Entscheidung eingeht.

2. ZBlFG. **12** 741 Nr. 535 (KG.). Nach Erledigung der Sache kann die Partei Rückgabe der Vollmacht verlangen; dann ist eine beglaubigte Abschrift davon zurückzubehalten.

3. OLG. **24** 56 (KG.). Bevollmächtigung des Notars, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen und in Empfang zu nehmen (vgl. zu § 171 unter 1).

4. ZBlFG. **13** 40 Nr. 25 (LG. Breslau). Der zur Einreichung des Antrags und zur Entgegennahme des Erbscheins bevollmächtigte Notar ist auch zur Einlegung der Beschwerde befugt.

§ 14. 1. KGJ. **42** 99. Das Gesuch des Erben, ihm für eine gemäß § 2003 BGB. erfolgende Aufnahme des Inventars das Armenrecht zu bewilligen, kann nicht mit Armut des Nachlasses begründet werden.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **21** 90. Die Artt. 17—23 HaagZivilprozeßabk. vom 17. Juni 1905 betr. Erleichterungen der Rechtsverfolgung im Ausland, insbesondere die Regelung des Armenrechts, finden Anwendung auch auf die in der FG. Beteiligten.

§ 15. Literatur: Josef, Beweisaufnahmen des Vormundschaftsgerichts zwecks Ermittelung des Erzeugers, GruchotsBeitr. **56** 768. — Derselbe, Zeugnisfähigkeit und Zeugnisverweigerungsrecht des Erzeugers bei Beweisaufnahmen des Vormundschaftsgerichts, R. **11** 831. — Derselbe, Der Einfluß des bürgerlichen Rechtes auf Verfahrenshandlungen der FG., BuschsZ. **42** 21.

1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 123, R. **11** Nr. 2964. Das Vormundschaftsgericht kann nicht zu Beweisaufnahmen schreiten lediglich zwecks Ermittelung des Erzeugers; s. zu § 2 II 1.

2. *Josef, GruchotsBeitr. **56** 773. Zwecks Ermittelung des Erzeugers sind Beweisaufnahmen des Vormundschaftsgerichts zulässig, wenn die Feststellung des Erzeugers nicht Selbstzweck der Beweisaufnahme ist, sondern zur Vorbereitung einer dem Vormundschaftsgericht obliegenden Entscheidung (z. B. über Bestellung oder Entlassung des Vormundes, über Genehmigung des Alimentenvergleichs) oder unter den Voraussetzungen des § 1846 BGB. erfolgt.

3. *Josef, R. **11** 831. Die Vorschriften der ZPO. über den Zeugenbeweis finden nach § 15 auf die Beweisaufnahme des Vormundschaftsgerichts entsprechende Anwendung, so daß auch hier Zeuge nur sein kann ein von den Parteien (Beteiligten) verschiedener Dritter. Vernimmt nun das Vormundschaftsgericht Zeugen zwecks

Ermittelung des Erzeugers (etwa weil dies erheblich ist für die Bestellung der Mutter als Vormund, s. oben 2), so ist Beteiligter dieses Verfahrens lediglich der Mündel, der Erzeuger hat nur ein Interesse an dieser Angelegenheit des Mündels; er kann folglich als Zeuge vernommen werden. Ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 384 Ziff. 1, 2 ZPO. steht dem Erzeuger nicht zu, und da auch § 393 Ziff. 4 ZPO. nicht anwendbar ist, hängt seine Beeidigung vom Ermessen (§ 15 Abs. 1 Satz 2) ab.

4. *Josef, GruchotsBeitr. **56** 770. In der streitigen Gerichtsbarkeit findet die Beweisaufnahme nur statt zur Vorbereitung einer dem Gericht obliegenden Entscheidung; in der FG. besteht diese Voraussetzung nicht schlechthin. Vielmehr ergeben Vorschriften wie § 164 FGG., daß hier auch behufs bloßer Feststellung eines Sachverhalts Beweisaufnahmen zulässig sind; ihr Zweck ist lediglich die Klarstellung eines Sachverhalts zum Behufe der Vermeidung künftiger Streitigkeiten.

5. ZBlFG. **13** 449 Nr. 342, R. **12** Nr. 3244 (KG.). Kein Recht der Beteiligten auf Zuziehung zu Beweisaufnahmen (**RG. 63** 275).

6. Unger, BuschsZ. **42** 190. Die in der FG. sonst gegen Ladungen zulässige Beschwerde steht dem Zeugen nicht zu, da die ZPO. die in bezug auf den Zeugenbeweis zulässigen Rechtsmittel offenbar besonders und erschöpfend hat ordnen und die Anfechtung der hierbei nicht erwähnten Gerichtsentscheidungen hat ausschließen wollen.

7. *Josef, BuschsZ. **42** 31. In der FG. gibt es keinen Beweis durch Eid und keinen richterlichen Eid.

8. RheinA. **109** 293, ZBlFG. **13** 37 Nr. 4 (Düsseldorf). Das Gericht kann allgemein von den Beteiligten die Glaubhaftmachung ihres Vorbringens durch Versicherung an Eidesstatt verlangen.

9. OLG. **23** 314 γ (Cöln) s. zu § 2 III 1 a (JDR. **9** 870 IV 3).

10. *Josef, BuschsZ. **42** 33. Darüber, ob eine Tatsache glaubhaft gemacht ist, entscheidet das Gericht der FG. nach freiem Ermessen; es kann sich folglich auch mit Urkunden begnügen, demnach mit einer vom Beteiligten selbst ausgestellten und von ihm dem Gericht überreichten eidesstattlichen Versicherung. Wenn demgegenüber das Gericht nach § 15 Abs. 2 den Beteiligten zur eidesstattlichen Versicherung über die Richtigkeit seiner Behauptung zulassen kann, so kann das Gesetz hiermit nur eine körperliche (persönliche) Versicherung des Beteiligten vor dem Gerichte meinen. Zu dieser kann das Gericht den Beteiligten nicht bloß in den Fällen zulassen, wo die Gesetze ausdrücklich eine Glaubhaftmachung verlangen, sondern überhaupt in allen Fällen des reinen Antragsverfahrens, wo auf Grund des vom Antragsteller selbsttätig nachzuweisenden Sachverhalts ohne Anhörung des Gegenbeteiligten eine Entscheidung erlassen werden soll. Hat der Beteiligte die eidesstattliche Versicherung vor dem Gericht abzugeben verweigert, erbietet er sich aber nachträglich zu ihr, weil die Weigerung irrtümlich erfolgt sei, so kann das Gericht ihn zur eidesstattlichen Versicherung auch nachträglich zulassen.

11. *Josef, ACivPr. **110** 406. Im Verfahren aus § 1666 handelt es sich nicht um einen Streit zwischen dem Vater und der (das Verfahren anregenden) Mutter, sondern ausschließlich um eine amtswegige Verwaltungstätigkeit des Gerichts zugunsten des Kindes; daher kann in diesem Verfahren die Mutter als Zeugin vernommen werden, weil in ihm lediglich der Vater die „Partei“ ist, gegen den sich das Verfahren richtet.

§ 16. Literatur: Josef, Wann ist eine Verfügung erlassen und bis wann kann das Gericht sie ändern? ZBlFG. **11** 597. — Derselbe, Beginn und Ende der Wirksamkeit von Verfügungen, ZBlFG. **13** 345.

1. Landsberg, RheinA. **108** 104; *Josef, ebendas. **109** 102. Betreffs der Wirksamkeit sind zu unterscheiden a) die konstitutive, d. h. rechtsbegründende, Anspruch schaffende Tätigkeit des Gerichts der FG. Diese ist eine ausschließliche; das

Vormundschaftsgericht teilt sie mit keinem Prozeßgerichte. Hier werden die Rechtsveränderungen nicht erstritten, sondern nur angeregt, es besteht auf sie kein privater Anspruch, so z. B. bei der Volljährigkeitserklärung, Entziehung der elterlichen Vertretung, abweichenden Anordnungen der Sorge nach der Scheidung, Absetzung des Vormundes; b) die Folge der konstitutiven Tätigkeit. Hier sind neue Ansprüche entstanden, über die ein Rechtsstreit geführt werden kann, dies auch dann, wenn über die gleichen Rechtsverhältnisse dem Vormundschaftsgericht eine ausführende Tätigkeit zusteht, so im Falle des § 1635 Abs. 1 Satz 2 und des § 1636 BGB.

2. *Josef, BuschsZ. **42** 39 und SeuffBl. **12** 317. Die §§ 116, 119 BGB. betreffen nur rechtsgeschäftliche Erklärungen des Privatrechtsverkehrs; folglich können die in der FG. ergangenen Entscheidungen nicht angefochten werden mit der Behauptung, daß der Richter bei ihrem Erlaß in einem Irrtume befangen gewesen sei. Das gilt insbesondere von Verfügungen, die nur feststellen, daß die Vorschriften über das Verfahren beobachtet sind, daß die gesetzlichen Erfordernisse der stattgebenden Verfügung vorhanden sind (so, wenn der Amtsrichter die Auseinandersetzung, die Dispache, den Wahlkindschaftsvertrag bestätigt [§§ 91, 93, 155 FGG., § 1754 BGB.], sowie von Verfügungen, die eine Willenserklärung ersetzen (§§ 1304, 1308, 1379 BGB). Dagegen kann ein vom Vormundschaftsrichter genehmigter Vertrag angefochten werden, wenn der Richter zu der Genehmigung veranlaßt ist durch einen Irrtum der im § 119 BGB. bezeichneten Art. Denn die Genehmigung des Vormundschaftsrichters dient zur Ergänzung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Vormundes und bildet hiernach einen Bestandteil dieser, ist danach ebenso wie die Erklärung des Vormundes zu behandeln.

3. Unger, DNotV. **11** 104, ferner BuschsZ. **41** 178; *Josef, ZBlFG. **13** 582. Der Begriff der Wirksamkeit im Sinne des § 16 greift nicht Platz a) bei einer Zurückverweisung, insofern, als diese die Vorinstanz zur weiteren Entscheidung anweist; verpflichtet zur Wiederbehandlung wird die Vorinstanz durch die Erlassung der zurückverweisenden Entscheidung, und die Erlassung ist bewirkt mit der Zusendung dieser Entscheidung an die Vorinstanz; b) wenn das Beschwerdegericht eine Eintragung anordnet, da es sich hier um Anordnung einer äußeren Verrichtung handelt, nicht um Regelung der Rechtslage der Beteiligten; c) bei dem das zuständige Gericht bestimmenden Beschlusse des Obergerichts (§§ 5, 46), der nur mittelbar die beteiligten Privatpersonen berührt, also nur für die Untergerichte bestimmt ist und schon mit der Bekanntmachung an diese wirksam wird (ebenso Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel 48).

4. Bäßler, ZBlFG. **12** 183. Die Bestellung des Abwesenheitspflegers richtet sich nur an diesen und wird mit der Bekanntmachung an ihn wirksam.

5. *Schwartze, Erbscheininhalt. Der § 16 gilt nicht für die Ehelichkeitserklärung (20). Der Erbschein ist eine Verfügung im Sinne des § 16 und deshalb zum Zwecke seiner Wirksamkeit bekannt zu machen. Wird der Erbschein gemäß § 85 Abs. 5 PrGKG. dem Grundbuchamte zur Aufbewahrung bei dessen Grundakten übersandt, so wird der Erbschein dadurch bekannt gemacht, daß der Antragsteller von der Übersendung an das Grundbuchamt benachrichtigt wird (32, 33). Für die Bekanntmachung des Erbscheins gilt § 16 Abs. 2 Satz 2 und § 16 Abs. 3 (34 f.). Aus dem erteilten Erbscheine muß der Beginn seiner Wirksamkeit hervorgehen (39 f.). „Ausgefertigt für N. N. mit der Bescheinigung, daß der Erbschein durch Bekanntmachung am . . . wirksam geworden ist" (58).

6. Rohde, ZBlFG. **10** 747. Der Abs. 2 behandelt die Bekanntmachung der schriftlich abgefaßten Verfügung; denn sonst könnte von einer Zustellung nicht die Rede sein. Im Falle des Abs. 3 genügt auch ein Protokoll des Gerichtsschreibers, wofern es ergibt, daß der anwesende Richter die Verfügung eröffnet hat.

7. RJA. **11** 308, R. **12** Nr. 2725 (KG.). Die Verfügung (Eintragungsanordnung) ist bis zur Ausführung ein lediglich dem inneren Dienste angehörender Vorgang, daher bis dahin frei abänderlich.

8. *Josef, ZBlFG. **11** 597. Hat das Gericht eine von ihm abgefaßte Verfügung der Gerichtsschreiberei zur Ausführung gegeben, so ist die Verfügung hiermit als amtliche Gerichtsentschließung kundbar gemacht, und es findet gegen sie schon jetzt die Beschwerde statt; denn das Gesetz will offenbar nicht die Anfechtbarkeit einer als Gerichtsentschließung kundbar gemachten Entscheidung, die schon jetzt zu beschweren vermag, abhängig machen von der Art, wie der Beteiligte von der Verfügung Kenntnis erhalten hat. Andererseits kann aber das Gericht diese Verfügung, solange sie den Beteiligten nicht gemäß § 16 FGG. bekanntgemacht ist, beliebig ändern, ohne daß den Beteiligten hiervon Mitteilung gemacht werden kann; daher ist die Verfügung „erlassen" erst mit der Bekanntmachung an die Beteiligten.

9. *Josef, ZBlFG. **13** 345 (gegen RJA. **8** 29 [KG.], JDR. **6** 530 unter 2, und OLG. **16** 259, JDR. **7** 534). a) Aus Abs. 1 folgt, daß eine nicht bekanntgemachte Verfügung rechtliche Wirkungen nicht begründet, sondern nur als eine Ankündigung der beabsichtigten Rechtsänderung gilt. Daher genügt ein Erbschein, dessen Erteilung zwar angeordnet, aber unterblieben ist, nicht zum Nachweise des Erbrechts im Sinne des § 36 GBO. und unterliegt beliebiger Änderung seitens des Nachlaßgerichts (§ 18 FGG.). Daher ist eine Klage des Kindes, die sich auf die im § 1612 Abs. 2 Satz 2 gedachte Verfügung des Vormundschaftsgerichts stützt, abzuweisen, wenn diese Verfügung nicht bekanntgemacht ist. Dagegen sind, wenn das Nachlaßgericht die Aufhebung der Nachlaßverwaltung beschlossen oder den Testamentsvollstrecker entsetzt hat, die Bekanntmachung dieser Verfügungen aber unterblieben ist, Rechtshandlungen des Erben vollwirksam. Denn die durch die Nachlaßverwaltung oder die Testamentsvollstreckung begründete Verfügungsbeschränkung des Erben ist nur ein relatives gesetzliches Veräußerungsverbot, dessen Verletzung von Dritten (Unbeteiligten) nicht geltend gemacht werden kann. b) Eine Vorschrift, wonach die Wirksamkeit einer Verfügung davon abhängt, daß sie sämtlichen Personen, für die sie ihrem Inhalte nach bestimmt ist, bekanntgemacht ist, besteht nicht; nach Abs. 1 wird folglich eine Verfügung im gedachten Falle für jeden Beteiligten mit dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie ihm bekanntgemacht ist, so besonders, wenn zwar eine einheitliche Verfügung vorliegt, in ihr aber die Verhältnisse mehrerer Personen geregelt sind. Daher kann jeder Beteiligte von der ihm bekannt gemachten Verfügung Gebrauch machen, auch wenn sie dem Gegenbeteiligten noch nicht bekanntgemacht ist, also für den Gegenbeteiligten noch nicht wirksam geworden ist. c) Dieser Grundsatz kommt aber nicht zur Anwendung, wenn die Verfügung ihrem Inhalte nach einen einheitlichen Zeitpunkt der Wirksamkeit erfordert, ein Wirksamwerden zu verschiedenen Zeiten für die verschiedenen Beteiligten nach dem Inhalte der Verfügung also ausgeschlossen ist. Daher wird die Verfügung, durch die der gerichtliche Liquidator ernannt (§ 146 Abs. 2 HGB.) oder der Nachlaßverwalter bestellt wird (§§ 1789, 1915, 1975 BGB.), mit der Bekanntmachung an diese Vertreter wirksam auch für die Gesellschafter oder die Erben, selbst wenn diesen die Verfügung nicht bekannt gemacht ist. Denn indem das Gesetz diesen Vertretern die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis einräumt, entzieht es sie insoweit den Vertretenen; das Gesetz kann unmöglich ein Nebeneinanderbestehen der Befugnisse der Vertreter und der Gegenbeteiligten gewollt haben. d) Ob die Wirksamkeit der Verfügung in den Fällen zu c schon mit der Bekanntmachung an den ersten Beteiligten oder erst, wenn die Bekanntmachung an sämtliche Beteiligten erfolgt ist, eintritt, hängt von dem Inhalte der Verfügung ab. Macht das Gericht den Erben zunächst nur die Anordnung der Nachlaßverwaltung bekannt, während die Bestellung des Verwalters durch besondere nachträgliche Verfügung erfolgen soll, so verlieren durch diese Bekanntmachung die Erben nach § 1984

BGB. mit §§ 7, 8 KO. die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Diese Wirkung tritt ein, wenn die Bekanntmachung auch nur an einen der Erben erfolgt ist; denn ohne Mitwirkung dieses einen können die anderen über den Nachlaß nicht rechtswirksam verfügen. War ein Erbe von den Miterben zur Verfügung über den Nachlaß bevollmächtigt, und nur den Vollmachtgebern, aber nicht dem Bevollmächtigten die Anordnung der Nachlaßverwaltung bekannt gemacht, so sind die Handlungen des Bevollmächtigten dennoch unwirksam; der § 166 Abs. 1 BGB. findet hier, wo es sich um die Wirkung der Zustellung — als einer behördlichen Handlung — handelt, keine Anwendung. — In anderen Fällen wird die Verfügung erst mit der Bekanntmachung an sämtliche Beteiligte wirksam, so, wenn das Vormundschaftsgericht die Führung der Vormundschaft unter die mehreren Vormünder verteilt (§ 1797 Abs. 2 BGB.).

10. *Josef, AZivPr. **110** 407, 415. a) In dem Verfahren aus § 1666 ist die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch die dem Vater das Sorgerecht entzogen wird, lediglich für den Vater bestimmt, nicht aber für die Mutter, auf deren Anregung das Vormundschaftsgericht das Verfahren eingeleitet hat. Die Pflicht des Vormundschaftsgerichts, die Entscheidung derartigen Antragstellern bekannt zu machen, ergibt sich nur aus der allgemeinen Behördenpflicht, jeden Antragsteller zu bescheiden, und fällt folglich weg, wenn der Antragsteller verstorben ist; mit der Wirksamkeit der Verfügung hat eine solche Bekanntmachung aber nichts zu tun. b) Eine Verfügung wird im Sinne des § 16 FGG. „wirksam" in der Bedeutung, daß die Verfügung endgültig zur Entstehung gelangt, ausgesprochen, nach außen in Wirkung getreten ist, im Gegensatze zum bloßen Angekündigtsein einer bevorstehenden Verfügung. Die Wirksamkeit in diesem Sinne, die durch Bekanntmachung an die Beteiligten entsteht, ist niemals Voraussetzung für die dem Gericht obliegende Tätigkeit, wofern die Verfügung nur materiell sofort wirksam ist; eine dem Gericht auf Anordnung des Beschwerdegerichts obliegende Eintragung im Handelsregister oder Pflegschaftsanordnung ist z. B. rechtsgültig erfolgt, auch wenn die Beschwerdeentscheidung den Beteiligten nicht bekannt gemacht werden konnte, weil diese inzwischen gestorben sind.

11. *Josef, ZBlFG. **12** 582. Bekanntmachung der Entscheidungen des Beschwerdegerichts; s. zu § 25 unter 3.

12. *Josef, PosMSchr. **12** 115. Wirksamkeit der Entscheidung des OLG. bei Wiederherstellung der Verfügung des Amtsgerichts; s. zu § 29 unter 19.

§ 18. Literatur: Josef, Wirkung der Zurückweisung der Beschwerde, ZBlFG. **12** 586. — Derselbe, Abänderlichkeit der Beschwerdeentscheidung, ZBlFG. **12** 588. — Derselbe, Einfluß des bürgerlichen Rechtes auf Verfahrenshandlungen der FG., BuschsZ. **42** 42. — Unger, Rechtsmittel in der FG., BuschsZ. **41** 183 und **42** 167.

I. Abänderlichkeit. 1. Abänderlichkeit der erfolgten Bestimmung des zuständigen Gerichts s. zu § 5 unter 2.

2. RJA. **11** 82, ZBlFG. **12** 458, R. **12** Nr. 790 (KG.). Das Gericht ist verpflichtet, der Beschwerde gegen eine Verfügung, durch die es einen Antrag zurückgewiesen hat, abzuhelfen, wenn bei Einlegung der Beschwerde der Abweisungsgrund beseitigt wird. **b**) Dagegen *Josef, R. **12** 702. Wenn jemand gegen eine Verfügung, durch die ihm eine Auflage gemacht wird (oder gegen die Verfügung, durch die sein Antrag wegen Nichtbefolgung der Auflage zurückgewiesen ist) Beschwerde einlegt und hierbei aber zugleich die Auflage befolgt, so enthält dies einen Widerspruch in sich selbst: einerseits greift er die Verfügung als unrichtig an, andererseits erkennt er sie durch die Befolgung als richtig an; er beseitigt hiermit die Verfahrenslage, gegen die er Abhilfe sucht, so daß man die Beschwerde als gegenstandslos ansehen könnte. Das Amtsgericht wird daher sachgemäß die Beschwerde nicht als solche, sondern als neuen Antrag behandeln und lediglich prüfen, ob die Auflage erfüllt,

also nunmehr die beantragte Verfügung zu erlassen ist. — Indes kann man ein solches Verhalten des Beschwerdeführers auch auffassen als die Erklärung: in erster Linie greife er durch die Beschwerde die Zurückweisung des Antrags als unbegründet an, verlange also Aufhebung der Verfügung und seiner Kostenverfällung; er wolle aber der Auflage eventuell nachkommen, also nur, wenn die Beschwerde nicht Erfolg haben sollte. Die §§ 18, 23 FGG. kommen also überhaupt nicht zur Anwendung; bei der entgegengesetzten Ansicht des KG. könnten die Beteiligten die Folgen ihres Ungehorsams (also der verspäteten Befolgung der Auflage) beseitigen durch einfache Beschwerde gegen die Endverfügung.

3. ElsLothJZ. **12** 389, ZBlFG. **12** 151 Nr. 81 b (Colmar). Hat das Vormundschaftsgericht gesetzwidrig angeordnet, daß der Vater Sparkassengelder des Kindes mit Sperrvermerk zu hinterlegen (§ 1809 BGB.) habe, so hat es diese Maßregel wieder aufzuheben; zuständig bleibt das anordnende Gericht, auch wenn es zur Zeit der Aufhebung nicht mehr das zuständige Vormundschaftsgericht ist.

4. OLG. **24** 47 (Colmar). Hat das Amtsgericht eine Verfügung erlassen, sie dann aber, nachdem Beschwerde eingelegt war, aufgehoben, so kann es später diese letztere Verfügung ändern, also eine der erstaufgehobenen gleiche Verfügung erlassen.

5. KGJ. **42** 26, RJA. **11** 257, R. **12** Nr. 2680. Jede Abänderungsbefugnis fällt fort, wenn das höhere Gericht materiell entschieden hat; und sie kommt überhaupt nicht mehr in Frage, wenn die höchste Instanz materiell in dem Verfahren entschieden hat, dieses also durch einen formell rechtskräftigen Beschluß abgeschlossen ist. Von da ab gibt es für keine der Instanzen eine Abänderungsbefugnis im Sinne des § 18 mehr.

6. Furbach, R. **12** 761. Das Amtsgericht kann, wenn es seine Verfügung ändern will, nicht von der Entscheidung des Beschwerdegerichts abweichen. Zwar ist eine Bindung des Untergerichts an die Entscheidungen des Obergerichts außerhalb desselben Verfahrens zu verneinen, und die neue abweichende Verfügung ergeht in einem neuen Verfahren. Wohl aber steht eine sinngemäße Anwendung des § 29 Abs. 3 einer abweichenden Entscheidung des Amtsgerichts entgegen.

7. *Josef, ZBlFG. **11** 600. Hat das Amtsgericht eine Amtshandlung abgelehnt, die von Amts wegen zu erfolgen hat, z. B. die Anordnung einer Pflegschaft und ist die Beschwerde des Beteiligten zurückgewiesen, so kann das Amtsgericht nicht mehr die ablehnende Verfügung ändern; denn das Untergericht ist an die Beurteilung, die der Bestätigung seiner früheren Entscheidung durch das Beschwerdegericht zugrunde liegt, gebunden. Andererseits gibt es in der FG. keine materielle Rechtskraft der Entscheidung: das Gericht kann z. B., wenn der Erbe, nachdem seine Beschwerde verworfen ist, von neuem die Erteilung des Erbscheins beantragt, dem Antrag in diesem neuen Verfahren stattgeben, so etwa besonders, wenn die Rechtsprechung über die Frage sich geändert hat. Das ist keine Änderung der früheren Verfügung, sondern eine neue Verfügung im neuen Verfahren.

8. **a)** *Josef, ZBlFG. **12** 586. α. Verwirft das Beschwerdegericht die Beschwerde als unzulässig, lehnt es also eine sachliche Entscheidung ab, weil es nicht vorschriftsmäßig angerufen sei, so läßt die Beschwerdeentscheidung den Bestand und die rechtliche Bedeutung der angefochtenen Verfügung unberührt, so daß das Amtsgericht diese Verfügung so abändern kann, als ob niemals Beschwerde eingelegt gewesen wäre. Anders wenn das Beschwerdegericht eine sachliche Entscheidung erläßt: auch wenn diese die Beschwerde als unbegründet zurückweist, also die angefochtene Verfügung bestätigt, kann das Amtsgericht nicht mehr seine Verfügung ändern; insoweit ist die Rechtslage nicht mehr durch eine Verfügung des Gerichts erster Instanz, sondern durch die des Beschwerdegerichts geordnet (so auch Unger, BuschsZ. **41** 181). β. Aber die Verfügung des Amtsgerichts ist deshalb nicht bedeutungslos dahin geworden, daß sie etwa infolge der Bestätigung unanfecht-

bar wäre. Denn soweit das Gesetz anderen als dem ersten Beschwerdeführer die Beschwerde gegen die Verfügung verleiht, können sie dieses Rechtes nicht dadurch verlustig werden, daß ein Dritter das ihm selbst zustehende Beschwerderecht ausgeübt hat. Seitens des früheren Beschwerdeführers aber kann die Beschwerde stets wiederholt werden, weil es in der FG. — ganz besonders im Falle der unbefristeten Beschwerde — eine materielle Rechtskraft nicht gibt (gegen Unger aaO. **41** 177). **b)** *Josef, PosMSchr. **12** 115. Hat das OLG. unter Aufhebung der beschwerdegerichtlichen Entscheidung die Verfügung des Amtsgerichts bestätigt, so ist die Rechtslage insoweit nicht mehr durch die Verfügung des Amtsgerichts, sondern durch die des OLG. geregelt, und das Amtsgericht, das an die rechtliche Beurteilung des vorgesetzten Gerichts gebunden ist, kann folglich seine Verfügung nicht nach § 18 ändern.

9. Unger, BuschsZ. **41** 183, **42** 167. (Abänderlichkeit der Beschwerdeentscheidung). Auch die Beschwerdegerichte (LG. wie OLG.) sind zur nachträglichen Änderung ihrer Entscheidungen befugt; dies ist geboten aus denselben Gründen, die das Gesetz überhaupt veranlaßt haben, dem Gerichte die Abänderungsbefugnis beizulegen. — Dagegen

10. *Josef, ZBlFG. **12** 588. Der § 18 bezweckt, dem Gerichte, das mit der fortlaufenden und fortdauernden Bearbeitung einer Angelegenheit betraut ist, zu ermöglichen, jede nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen und demgemäß die erlassene Verfügung zu ändern. Diese Erwägung kommt nur in Betracht für das Gericht erster Instanz, nicht für das Beschwerdegericht, dessen Tätigkeit vielmehr darin besteht, die Beschwerdeentscheidung behufs endgültiger Regelung einer streitigen Sachlage zu erlassen und dessen Verrichtung hiermit beendigt ist. Das Beschwerdegericht kann also nicht die von ihm erlassene Beschwerdeentscheidung ändern. Wohl aber ist das Beschwerdegericht zur Ergänzung seiner Entscheidung befugt; es kann daher nicht nur in der Beschwerdeentscheidung, sondern auch noch später bis zur Rechtskraft nach § 26 Satz 2 die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anordnen.

11. *Josef, R. **12** 287. Rückwirkende Kraft der Aufhebungsverfügung; s. zu § 25 unter 7.

12. *Josef, BuschsZ. **42** 38. Verhältnis von Abänderungsverlangen zur Beschwerde; s. zu § 21 unter 1.

II. Rechtskraft (JDR. **9** 881). 1. **a)** KGJ. **42** 23, RJA. **11** 257, R. **12** Nr. 2680, ferner OLG. **25** 406. Der den Zivilprozeß beherrschende Grundsatz der materiellen Rechtskraft, daß nämlich das rechtskräftig Zuerkannte nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Abgewiesene nicht mehr geltend gemacht werden kann, ist in dieser Allgemeinheit der FG. unbekannt und muß ihr unbekannt bleiben, da sie in erster Linie nicht bezweckt, einen Streit unter Parteien zu entscheiden, vielmehr in erster Linie den Zweck verfolgt, das rechtliche Leben zu fördern. Mit diesem Zwecke steht aber ein Festhalten an einer für unrichtig erkannten Entscheidung in Widerspruch. Jedenfalls ist die materielle Rechtskraft für Anordnungen aus §§ 1635, 1666 BGB. zu verneinen. Schon das BGB. sieht bei diesen die Abänderlichkeit vor (§ 1635 Abs. 1, § 1671). **b)** SeuffBl. **12** 581, R. **13** Nr. 251 (KG.). Die formelle Rechtskraft steht der Einleitung eines neuen Verfahrens auch bei unveränderter Sachlage nicht entgegen, wenn sie nicht zugleich materielle Rechtskraft schafft. Ob dies der Fall, hängt vom Wesen des einzelnen Rechtsgebiets ab; für die §§ 1635, 1636 trifft es nicht zu.

2. *Josef, BuschsZ. **42** 42 (Ausbeutung der Rechtskraft). Der Grundsatz, daß niemand ein formales Recht gebrauchen darf zum Zwecke einer den guten Sitten widerstreitenden Schädigung anderer, gilt auch für die im Verfahren der FG. ergehenden Entscheidungen; wer eine solche Verfügung durch Täuschung

des Gerichts zwecks Schädigung eines anderen erschlichen hat, kann sich auf die ihm durch diese Verfügung zugesprochenen Rechte nicht berufen, mag die Verfügung noch formell rechtskräftig geworden oder unangefochten geblieben sein.

§ 19. Literatur: Josef, Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister, LeipzZ. **12** 636. — Derselbe, Landgerichtspräsident und Zivilkammer als Beschwerdeinstanz gegen preußische Notare, KGBl. **11** 85.

1. **a)** *Josef, ZBlFG. **13** 346. Beschwerde gegen die die Nachlaßverwaltung vorbereitende Verfügung, s. zu § 76 unter c. **b)** Beschwerde bei gleichzeitiger Befolgung der Auflage (RJA. **11** 82, Josef, R. **12** 702), s. zu § 18 unter I 2.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **20** 317. Ist die Beschwerde nur gegen einen Teil der Verfügung oder gegen eine von mehreren in derselben Sache ergangenen Verfügungen eingelegt, so hat das Amtsgericht, da das FGG. eine dem § 544 ZPO. gleiche Vorschrift nicht hat, sachgemäß die Akten zunächst dem Beschwerdegerichte vorzulegen und bis dahin das eigene Verfahren auszusetzen.

3. RJA. **12** 69 (KG.). Wird gegen die Zurückweisung eines Antrags, der nicht Erfolg haben kann, Beschwerde eingelegt, so kann dieser nicht deshalb stattgegeben werden, weil mit ihr ein neuer (zulässiger und begründeter) Antrag verbunden ist. Mit der Beschwerde kann nur, wenn auch unter Vorbringung neuer Tatsachen, die nochmalige Prüfung des zunächst gestellten oder eines etwa darin enthaltenen eingeschränkten Antrags verlangt werden (Grundbuchs.).

4. Klein, DJZ. **12** 915. Weder nach dem FGG., noch nach dem PrGKG. bedarf es einer Entscheidung über die Kostenpflicht bei der Beschwerde.

5. OLG. **23** 365, ZBlFG. **12** 547 Nr. 469 (Colmar). Beschwerde gegen die Pflegschaftsanordnung ist auch zulässig, wenn die Anordnung dem Pfleger nur mündlich eröffnet ist.

6. Unger, BuschsZ. **41** 173. Die Notwendigkeit schriftlicher Abfassung der Beschwerdeentscheidung ergibt sich schon aus § 25 FGG.

7. ElsLothNotZ. **31** 88, ZBlFG. **11** 621 Nr. 567 (LG. Straßburg). Auch gegen eine in Form einer Zuschrift gekleidete Verfügung ist Beschwerde zulässig.

8. OLG. **23** 376, ZBlFG. **11** 760 Nr. 683, **12** 27, R. **11** Nr. 1798 (BayObLG.). Hilft das Amtsgericht nachträglich der Beschwerde ab, so wird sie gegenstandslos und ist, wenn sie trotzdem aufrechterhalten wird, als unzulässig zu verwerfen. Gegen die Gründe der dem Beschwerdeführer günstigen Entscheidung findet keine Beschwerde statt.

9. *Josef, PosMSchr. **12** 76. Hat der Vormund, der die Abgabe der Vormundschaft an ein anderes Gericht wünscht, bei diesem Anfrage gehalten, ob es zur Übernahme bereit sei, und hat er eine ablehnende Antwort erhalten, so liegt nur eine unverbindliche Meinungsäußerung des Gerichts vor, wie es sich gegenüber einem etwaigen Antrage des jetzigen Vormundschaftsgerichts künftig stellen würde. Das ist keine Verfügung im Sinne des § 19, also mit Beschwerde nicht anfechtbar.

10. RJA. **11** 82, ZBlFG. **11** 759 Nr. 682, R. **11** Nr. 1368 (BayObLG.). Die erste Beschwerde gegen landgerichtliche Entscheidungen ist nicht allgemein, sondern nur in den vom Gesetz ausdrücklich aufgeführten Fällen statthaft (JDR. **9** 883 unter II).

11. KGJ. **41** 102, OLG. **23** 361, **25** 410, ZBlFG. **12** 551 Nr. 492, R. **12** Nr. 2363. Die Eintragung im Handelsregister ist keine Verfügung des Gerichts, gegen die die Beschwerde zulässig ist. — Dagegen

12. **a)** *Josef, LeipzZ. **12** 636. Die Entschließung des Registergerichts, durch die es behufs Kundbarmachung eines Rechtsverhältnisses eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, ist eine Verfügung, durch die das Recht des Eingetragenen oder Dritter schon aus dem Grunde beeinträchtigt sein kann, weil jede Eintragung eine Vermutung für die Richtigkeit des eingetragenen Rechtsverhältnisses erzeugt.

Daher steht gegen die Eintragung (und sogar schon gegen die Eintragungsanordnung) dem Beeinträchtigten die Beschwerde zu. **b)** Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 122; s. zu § 20 unter IV 4.

13. **a)** *Josef, DRZ. **11** 408, Beschwerde wegen Ablehnung einer Beurkundung, s. zu § 167 unter IV. **b)** OLG. **25** 397, ZblFG. **13** 571 Nr. 458 (KG.) desgl., s. zu § 167 unter III 1.

14. Unger, BuschsZ. **41** 147. Reformatio in pejus ist unzulässig. Vgl. zu § 23 unter 7.

15. *Josef, KGBl. **11** 85 (Beschwerde gegen preuß. Notare). Die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher und notarieller Urkunden ist nicht eine Abart der einfachen Ausfertigung, sondern eine einfache Ausfertigung, verbunden mit dem als Vollstreckungsklausel bezeichneten Zeugnisse des Notars oder Gerichtsschreibers. Nur die Erteilung der Ausfertigung ist eine Handlung der FG. und unterliegt den Vorschriften des § 182 FGG. und der Artt. 45, 51 PrFGG. Dagegen ist die Beifügung der Vollstreckungsklausel zur bereits vorhandenen oder herzustellenden Ausfertigung eine Angelegenheit der streitigen Gerichtsbarkeit und daher lediglich in der ZPO. geregelt, nicht aber in den Gesetzen über die FG. Daher bezieht sich, wenn die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung beantragt wird, die Vorschrift des Abs. 1 des Art. 51, wonach der Gerichtsschreiber Ausfertigungen nur auf Anordnung des Gerichts erteilen soll, lediglich auf die Herstellung der Ausfertigung selbst, während der Gerichtsschreiber darüber, ob der Ausfertigung die Vollstreckungsklausel beizufügen ist, die selbständige Entschließung hat; und die Vorschrift des Abs. 2, wonach die Zivilkammer über die Weigerung des Notars, eine Ausfertigung zu erteilen, zu entscheiden hat, bezieht sich folglich nur auf Herstellung einfacher Ausfertigungen, nicht aber auf den Fall, daß der Notar die Beifügung der Vollstreckungsklausel zu einer herzustellenden oder schon vorhandenen Ausfertigung verweigert. Über eine Weigerung dieser Art entscheidet der Landgerichtspräsident, desgleichen über eine Weigerung des Notars, die Abschrift oder Einsichtnahme nichtrechtsgeschäftlicher Urkunden zu erteilen. Denn der Art. 61, der über nichtrechtsgeschäftliche Urkunden handelt, schreibt die Anwendung des Art. 51 nicht vor, und der Umstand, daß die Erwähnung des Art. 51 im Art. 61 nur versehentlich unterblieben ist, berechtigt nicht zu der dem Texte des Gesetzes widersprechenden und eine Korrektur des Gesetzes darstellenden Folgerung, wonach Art. 51 im Falle des Art. 61 entsprechend anzuwenden wäre.

§ 20. Literatur: Josef, Kontroversenzüchtung in der FG., DRZ. **12** 34. — Derselbe, Beschwerderecht der Mitglieder von Vereinen und Gesellschaften, Holdheims MSchr. **12** 151. — Derselbe, Beschwerderecht der Beteiligten gegen Ablehnung des von einer Behörde gestellten Eintragungsantrags, SächsRpflA. **12** 458.

I. Allgemein. A. Abs. 1. 1. *Josef, DRZ. **12** 34. Die Regelung des Beschwerderechts nach dem Gesichtspunkte der Rechtsbeeinträchtigung ist verfehlt; sie schädigt die Rechtspflege, weil sie das Rechtsmittel allen denen entzieht, die nur ein durchaus schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung der Verfügung haben, und schafft eine Fülle von Streitfragen, weil die Unterscheidung zwischen „Beeinträchtigung" eines „Rechtes" und bloßer „Verletzung" eines „Interesses" zahlreiche Zweifel hervorruft.

2. Unger, BuschsZ. **41** 152. Wird die Beschwerde als „unbegründet" zurückgewiesen, während sie ohne sachliche Prüfung als „unzulässig" hätte verworfen werden müssen, so ist die weitere Beschwerde hiergegen mit dem Verlangen begründet und zulässig, die erste Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Gegenstand der Beschwerde ist hier nicht die in erster Instanz behandelte oder angeregte Angelegenheit, sondern nur gerade die Zulässigkeitsfrage.

3. ElsLothJZ. 31 64, ZBlFG. 11 621 Nr. 568 (Colmar). Ein Unbekannter kann nicht, auch nicht durch einen Bevollmächtigten, Beschwerde einlegen.

4. ZBlFG. 12 148 Nr. 67, R. 11 Nr. 2458 (BayObLG.). Der Verwalter im Konkurse des Mannes ist befugt, im Beschwerdewege die Eintragung der zwischen dem Gemeinschuldner und seiner Frau bestehenden offenen Handelsgesellschaft herbeizuführen.

5. *Josef, HoldheimsMSchr. 12 152. Es ist nicht erforderlich, daß die Beschwernis schon bei der Eintragung vorlag; es genügt, daß sie bei Einlegung der Beschwerde vorliegt.

6. *Josef, ZBlFG. 12 586. Mehrere Beschwerdeberechtigte sind in der Ausübung dieses Rechtes voneinander unabhängig; s. zu § 18 unter 8 β.

7. *Josef, SächsRpflA. 12 458. Wenn eine Behörde am Verfahren formell beteiligt ist, d. h. nicht als persönlicher Vertreter, sondern im eigenen Namen das Interesse der materiell Beteiligten wahrnimmt, und das Gericht einen von der Behörde gestellten Eintragungsantrag ablehnt, so steht nicht bloß der Behörde, sondern auch dem materiell Beteiligten die Beschwerde zu, selbst wenn dieser seinerseits zur Stellung des Eintragungsantrags nicht berechtigt war, also z. B. dem gesetzlichen Vertreter und Vollstreckungsgläubiger und dem Ersteher, wenn das Grundbuchamt das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts aus § 54 FG. oder das des Vollstreckungsgerichts aus §§ 19, 130 ZVG. abgelehnt hat. Denn beeinträchtigt ist auch hier durch die Ablehnung das Recht des materiell Beteiligten; und daraus, daß das Gesetz ihm das Recht zur Stellung des Eintragungsantrags entzieht, folgt nicht, daß ihm das grundsätzlich jedem Beeinträchtigten zustehende Recht entzogen sein soll, die Nachprüfung der Ablehnung durch Beschwerde herbeizuführen.

8. Unger, BuschsZ. 41 403. Auch soweit das Vormundschaftsgericht vorübergehend zur unmittelbaren Vertretung des Mündels befugt ist, kann es wegen dieser seiner staatsrechtlichen Stellung nicht selbst Beschwerde einlegen, sondern nur hierzu einen Vertreter bestellen.

9. KGJ. 41 40. Kein Beschwerderecht nichtpreußischer Behörden im Fürsorgeerziehungsverfahren.

10. BadNotZ. 12 162 (LG. Konstanz). Kein selbständiges Beschwerderecht des badischen Nachlaßgerichts in Grundbuchsachen.

11. *Josef, R. 12 288. Der Beschwerde entzogen ist eine Verfügung nur, wenn ihre Aufhebung gar keinen praktischen Erfolg haben kann. Wohl aber kann z. B. der Vormund auch nach seiner Entlassung Beschwerde führen über ein wegen vermeintlicher Pflichtwidrigkeiten an ihn erlassenes Verbot, also um sich von dem Vorwurfe zu reinigen. Daher hat auch nach erfolgter Einziehung des Erbscheins der Erbe ein im Beschwerdewege verfolgbares Interesse an der Feststellung der Unrichtigkeit und an der Berichtigung der Anordnung, die die Einziehung veranlaßt hat (vgl. zu § 51).

B. Abs. 2. *Josef, SächsRpflA. 12 460. Die Beschwerdebeschränkung des § 20 Abs. 2 setzt voraus zwei verschiedene Personen, deren eine den Antrag gestellt hat, während das Recht der anderen durch dessen Ablehnung beeinträchtigt wird, also zwei materiell Beteiligte. In den Fällen der Beteiligung von Behörden (oben A unter 7) sind aber nur der Gläubiger oder der Mündel materiell beteiligt, das ersuchende Gericht ist lediglich formell beteiligt.

II. Vormundschaftssachen. 1. KGJ. 40 41, ZBlFG. 12 152 Nr. 90. Dem Nachlaßpfleger steht gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts, durch den die Anordnung der Nachlaßpflegschaft aufgehoben wird, die weitere Beschwerde nicht zu. Das gleiche gilt für andere Fälle einer lediglich die Vermögensangelegenheiten betreffenden Pflegschaft und für die vorläufige Vormundschaft.

2. ZBlFG. **13** 39 Nr. 18 b, R. **12** Nr. 1483 (BayObLG.). Dem Vormunde steht gegen die Ersetzung seiner Einwilligung zur Eheschließung die Beschwerde zu.

3. SeuffA. **66** 378, ZBlFG. **12** 152 Nr. 91 (Dresden). Gegen die Ablehnung einer Abwesenheitspflegschaft steht (abgesehen von dem Falle des § 57 Ziff. 3) denen, die mit dem Abwesenden verkehren wollen oder müssen, die Beschwerde nicht zu.

4. ZBlFG. **12** 311 Nr. 304, R. **11** Nr. 3102 (KG.). Der Nachlaßpfleger des § 1960 BGB. kann nicht Beschwerde einlegen gegen eine Entscheidung des Nachlaßgerichts im Erbscheinsverfahren oder über die Gültigkeit einer Erbschaftsausschlagung; denn sein Wirkungskreis ist nur die Verwaltung und Sicherung des Nachlasses.

5. KGJ. **41** 15, RJA. **11** 170, R. **12** Nr. 2283, 2285. Das Kind kann, vertreten durch die Mutter, mit der Beschwerde geltend machen, daß die Verwaltung des ihm zustehenden Vermögens anstatt durch die gesetzlich dazu berufene Mutter durch einen nach seiner Meinung zu Unrecht obwaltenden Beistand geführt oder beaufsichtigt wird.

6. OLG. **24** 41 Nr. 2 h, ZBlFG. **12** 547 Nr. 468 (Hamburg). Die uneheliche Mutter hat kein Recht darauf, daß der Vormund ihr die Alimente auszahlt (§ 1707 BGB.).

7. RJA. **11** 162, OLG. **24** 28 w u. **25** 400 h, R. **12** Nr. 3245 3246 (KG.). Dem Vater, dem die Verwaltung über das von Todes wegen erworbene Vermögen seines minderjährigen Kindes vom Erblasser letztwillig entzogen ist, steht gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, durch die sein Antrag auf Entlassung des für die Vermögensverwaltung bestellten Pflegers abgelehnt wird, die Beschwerde nicht zu.

8. OLG. **24** 45 m (Colmar). Kein Beschwerderecht des Gläubigers des Mündels gegen die nach § 1814 BGB. verhängte Sperre.

9. PosMSchr. **12** 8, ZBlFG. **12** 746 Nr. 568 a (KG.). Wegen Außerachtlassung des § 1779 BGB. findet eine Beschwerde aus § 20 nicht statt, wohl aber aus § 57 Ziff. 9.

10. R. **11** 811 (KG.). Gegen eine Verfügung, durch die das Vormundschaftsgericht die Einleitung der Güterpflege über das Vermögen des Abwesenden (Beschuldigten, §§ 334 Abs. 2, 332 StPO., 361 Abs. 2, 360 MilStPO.) ablehnt oder eine nicht geeignete Person zum Pfleger bestellt, steht dem Staatsanwalte (Gerichtsherrn) die Beschwerde zu [unter Aufgabe der früher abweichenden Ansicht (JDR. **5** 1002 unter II f), in Übereinstimmung mit BayObLG. (JDR. **9** 899 unter IIb) und Josef (JDR. **7** 994 unter II c)].

11. ZBlFG. **12** 309 Nr. 290, R. **11** Nr. 3198 (BayObLG.). Dem entlassenen Vormunde steht kein Beschwerderecht zu wegen Versagung der Genehmigung zu einem von ihm geschlossenen Rechtsgeschäfte.

12. OLG. **25** 402 β, ZBlFG. **13** 307, R. **12** Nr. 3245 (BayObLG.). Der Vormund hat gegen die von dem Pfleger seines Mündels innerhalb seines Wirkungskreises mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts getroffenen Verfügungen kein Beschwerderecht (§ 1794 BGB.).

13. OLG. **24** 28 w, R. **12** Nr. 3246 (KG.). Ist dem Vater die Verwaltung des Kindesvermögens entzogen (§ 1638 BGB.), so wird sein Recht durch die Pflegschaftsanordnung und die Auswahl der Person des Pflegers nicht beeinträchtigt.

14. R. **12** Nr. 3250 (KG.). Gegen die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft über ihre Tochter steht der Mutter kein Beschwerderecht zu.

15. Beschwerde gegen die Volljährigkeitserklärung s. zu § 56 unter 2 3.

III. Nachlaßsachen. 1. RJA. **11** 15, ZBlFG. **12** 52, R. **11** Nr. 3492 (KG.). Dem Miterben steht die Beschwerde zu gegen die Entscheidung des Nachlaßgerichts, durch die sein Antrag, gemäß der Anordnung des Erblassers für den Erbteil eines anderen Erben einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, abgelehnt wird.

2. KGJ. **41** 70, RJA. **11** 92, ZBlFG. **12** 466, R. **12** Nr. 766. Ist der zum Testamentsvollstrecker Ernannte zu der Zeit, zu der er sein Amt anzutreten hat, geschäftsunfähig, so ist die Ernennung unwirksam, auch wenn die Geschäftsunfähigkeit in dem Zeitpunkt, in dem er das Amt annimmt, nicht mehr besteht. Dem rechtsunwirksam ernannten Vollstrecker steht gegen den seine Entlassung aussprechenden Beschluß des Nachlaßgerichts die Beschwerde zu.

3. KGJ. **41** 94, R. **12** Nr. 2366. Gegen die Anweisung des Beschwerdegerichts an das Nachlaßgericht, jemandem als Testamentserben den Erbschein zu erteilen, steht die weitere Beschwerde dem für die Erben desjenigen, dessen Beerbung Gegenstand des Erbscheinsverfahrens ist, nach § 1960 BGB. bestellten Nachlaßpfleger nicht zu, wohl aber dem Nachlaßpfleger für die Erben derjenigen nachverstorbenen Person, zu deren Nachlaß im Falle der gesetzlichen Beerbung des ersten Erblassers dessen Nachlaß gehören würde.

4. RJA. **11** 269, R. **12** Nr. 2712 (KG.). Ein Erbe, der die Erbschaft ausgeschlagen, hat gegen die Ablehnung der Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, kein Beschwerderecht, selbst wenn die Ablehnung erfolgt, weil die Ausschlagung verspätet erklärt sei.

5. OLG. **25** 399, ZBlFG. **13** 215 Nr. 141 (Colmar). Die Ernennung des Nachlaßpflegers (§§ 1960, 1913 BGB.) beeinträchtigt das Recht des Erben, ebenso aber auch das Recht der Vermächtnisnehmer; denn diese haben ein Recht auf Übereignung der vermachten Grundstücke, die durch die Ernennung des Pflegers gehindert wird.

6. KGJ. **40** 41. Beschwerde gegen Aufhebung der Nachlaßpflegschaft s. oben II 1.

7. ZBlFG. **13** 702, R. **13** Nr. 535 (BayObLG.). Der Testamentsvollstrecker ist zur Beschwerde gegen die Ablehnung der Erbscheineinziehung befugt.

IV. Handelsregister. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 166. Beschließt das Gericht nach erfolgter Löschung der Firma einer Aktiengesellschaft gemäß § 302 Abs. 4 HGB. die Wiedereröffnung der Liquidation und bestellt es neue Liquidatoren, so steht hiergegen den bisherigen Liquidatoren die Beschwerde nicht zu. Denn ihr Amt war beendet und lebt nicht wieder von selbst auf.

2. **a)** RJA. **11** 109, ZBlFG. **12** 480, R. **12** Nr. 791 (KG.). Dem früheren Liquidator einer im Handelsregister gelöschten Aktiengesellschaft steht gegen den Beschluß des Registergerichts, durch den er zur Fortsetzung der Liquidation von neuem zum Liquidator bestellt wird, die Beschwerde nicht zu. **b)** LeipzZ. **13** 163, R. **13** Nr. 572, 573 (BayObLG.). Die Gläubiger und die Aktionäre einer aufgelösten Aktiengesellschaft können zwar die Erneuerung der Liquidation beantragen und gegen deren Ablehnung sich beschweren; dagegen fehlt ihnen das Beschwerderecht gegen die Anordnung der Erneuerung. Der frühere Liquidator ist gegen die Wiederaufnahme der Liquidation beschwerdeberechtigt.

3. RJA. **11** 30, OLG. **24** 161, ZBlFG. **12** 62, R. **11** Nr. 3355 (KG.). Dem Gesellschafter einer GmbH. steht die Beschwerde gegen die gerichtliche Abberufung eines Liquidators nicht zu (JDR. **9** 887).

4. Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 122. Die Registereintragung, daß eine Firma rechtskräftig für unzulässig erklärt und daher wieder gelöscht sei, ist eine der Beschwerde unterliegende Verfügung; das Registergericht hat durch die Löschung über die Firma in Vollstreckung eines Urteils verfügt.

5. Beschwerde wegen Ablehnung der Eröffnung des Ordnungsstrafverfahrens s. zu § 140 unter 4.

V. Vereinsregister. 1. KGJ. **41** 157, ZBlFG. **12** 759 Nr. 658 b, R. **12** Nr. 2365, DJZ. **11** 1094. Grundsätzlich hat das Vereinsmitglied in Registerangelegenheiten des Vereins kein selbständiges Beschwerderecht; ein solches steht ihm aber zu, wenn er die Löschung eines angeblich ungültigen Beschlusses der Mitgliederversammlung betreibt. Dagegen

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 151. Betrifft der Versammlungsbeschluß und die darauf erfolgte Eintragung nur den Verein als juristische Person (so wenn neue Vorstandsmitglieder oder die erneute Bestellung des Vorstandes eingetragen sind, § 67 BGB.), so steht die Beschwerde gegen die Eintragung nur dem Vereine, nicht aber den einzelnen Vereinsmitgliedern zu. Denn diese Eintragung betrifft nur die Vertretung des Vereins; durch eine unrichtige Eintragung kann also nur das Recht des Vereins beeinträchtigt sein, nicht das Recht der einzelnen Mitglieder. Dagegen steht, wenn der Beschluß und die Eintragung zugleich die Rechte einzelner Mitglieder betreffen, diesen die Beschwerde zu, so wenn durch die eingetragene Satzungsänderung (§ 71 BGB.) einem Mitgliede das ihm zustehende Recht auf das Vorsteheramt oder auf sonstige Vorteile entzogen ist. Rechte eines Mitglieds in diesem Sinne sind aber nur Sonderrechte, die ihm — im Unterschiede von anderen Mitgliedern — gegen den Verein zustehen. Das allgemeine jedem Mitgliede zustehende Recht, die Ungültigkeit von Vereinsbeschlüssen als gesetz- oder satzungswidrig im Prozeßweg anzufechten, ist daher kein Sonderrecht. Wohl aber verleiht ein so vom Mitglied erwirktes Urteil dieses Inhalts ihm ein Sonderrecht gegen den Verein auf Beseitigung des Versammlungsbeschlusses, so z. B. auch wenn die Neuwahl des Vorstandes in einer Versammlung erfolgt ist, die nicht vorschriftsmäßig berufen war. Dieses Recht des obsiegenden Mitglieds wird durch das Weiterbestehen der Eintragung beeinträchtigt, und es steht ihm daher gegen die die Löschung der Eintragung ablehnend. Verfügung die Beschwerde zu (JDR. **9** 887).

VI. Personenstandsregister. 1. KGJ. **40** 18, RJA. **11** 9, ZBlFG. **12** 157, R. **11** Nr. 3256. Als Amtshandlung im Sinne des § 11 Abs. 3 PStG. ist nur eine solche Verrichtung des Standesbeamten aufzufassen, deren Vornahme den Standesämtern durch das PStG. oder die dazu ergangenen Ausführungsverordnungen übertragen ist und auf deren Vornahme die Beteiligten ein Recht haben. Gegen gerichtliche Beschlüsse, durch die auf Antrag der Beteiligten der Standesbeamte zur Vornahme einer von ihm abgelehnten wahren Amtshandlung angewiesen wird, steht der Aufsichtsbehörde ein Beschwerderecht nicht zu, wohl aber ist die Aufsichtsbehörde beschwerdeberechtigt, wenn dem Standesbeamten vom Gericht eine amtliche Tätigkeit aufgetragen ist, die Aufsichtsbehörde aber die sachliche Unzuständigkeit des Gerichts geltend macht und behauptet, daß die aufgetragene Tätigkeit nicht eine Amtshandlung im vorgedachten Sinne sei. Durch § 11 PStG. hat die aus der Dienstaufsicht fließende allgemeine Befugnis zur Überwachung der Geschäftsführung des Standesbeamten den Verwaltungsbehörden beigelegt und den Gerichten ein Recht zu Anweisungen an den Standesbeamten nur für den Fall übertragen werden sollen, daß die Beteiligten die richterliche Entscheidung deshalb anrufen, weil der Standesbeamte eine Handlung verweigert, auf die sie ein Recht zu haben vermeinen. Die Tätigkeit des Gerichts soll also beschränkt sein auf die Entscheidung über die Ansprüche der Beteiligten, auf solche Handlungen der Standesbeamten, die im Gesetz ihre Grundlage haben. Gegen solche Anordnungen des Gerichts steht der Aufsichtsbehörde die Beschwerde nicht zu. Darüber aber, ob das Standesamt Abschrift eines Ehescheidungsurteils erteilen soll, entscheiden Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen und bei Weigerung des Standesamts lediglich die Aufsichtsbehörde.

2. R. **13** Nr. 571 (BayObLG.). Zur Geltendmachung eines Ehehindernisses des bürgerlichen Rechtes im Wege der Beschwerde nach § 11 PStG. ist eine Gemeinde auch dann nicht befugt, wenn ihr wie in Bayern ein öffentlich-rechtliches Einspruchsrecht aus anderen Gründen zusteht.

VII. Schiffsregister. *Josef, SächsRpflA. **12** 460. In Schiffsregistersachen regelt sich das Recht zur Beschwerde nach § 20 FGG., und sie steht folglich nach Abs. 2 gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags nur dem Antragsteller oder der ersuchenden Behörde zu.

VIII. Grundbuchsachen (verglichen mit FGG.). *Josef, ZBlFG. **12** 565. a) Die GBO. hat keine Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen jemandem gegen eine Entscheidung des Grundbuchamts die Beschwerde zusteht, d. h. er berechtigt ist, eine Nachprüfung der Richtigkeit der Enscheidung durch das Beschwerdegericht zu verlangen. Folglich ist die Frage nach der Natur der Sache demnach dahin zu beantworten, daß die Beschwerde jedem zusteht, dem die angefochtene Verfügung zur Beschwernis, zum Nachteile gereicht, der also an der Beseitigung der Verfügung ein Interesse hat. Gleichgültig ist, ob dieses Interesse ein wirtschaftliches oder ein rechtliches ist; diese Unterscheidung ist schon wegen ihrer Unbestimmtheit abzulehnen. Voraussetzung des Beschwerderechts ist aber, daß dem Beschwerdeführer ein Anspruch auf den mit der Beschwerde angestrebten Erfolg zusteht, sei es, daß er gegen einen anderen Beteiligten einen diesbezüglichen Anspruch hat, sei es, weil dem Grundbuchamt als Amtspflicht die Wahrung des vom Beschwerdeführer verfolgten Interesses obliegt. Danach ist das Beschwerderecht ausgeschlossen für den Nachhypothekar gegen die die Löschung der Vorhypothek ablehnende Verfügung, für den Eigentümer gegen die die Umschreibung der Hypothek auf den Erwerber ablehnende Verfügung, für den Gläubiger gegen die den Antrag des Eigentümers auf Zusammenschreibung der Grundstücke ablehnende Verfügung. Dagegen ist das Beschwerderecht gegeben, wenn in den gedachten Fällen der Eigentümer dem Nachhypothekar zur Herbeiführung der Löschung verpflichtet ist, wenn die Abtretung auf Veranlassung des Eigentümers erfolgt ist, wenn das Grundbuchamt die Vereinigung der Grundstücke angeordnet hat. Die Beschwerde steht ferner zu gegen eine die Löschung ablehnende Verfügung dem Vorbesitzer, dem die Wegschaffung der Last obliegt, sowie dem Gläubiger, wenn die Löschung wegen Mangelhaftigkeit der von ihm erteilten Quittung abgelehnt ist. b) Liegen die Voraussetzungen des Beschwerderechts (oben a) vor, so steht der Beschwerde nicht der Umstand entgegen, daß die angefochtene Verfügung ergangen ist gemäß dem Antrage des Beschwerdeführers. Denn für die Beschwerdebefugnis ist es gleichgültig, daß das Grundbuchamt einem unbegründeten Antrag des Beteiligten stattgegeben, ihn also in dem Irrtum über die Begründetheit des Antrags bestärkt hat. Daher steht der Beschwerde des Besitznachfolgers auch nicht der Umstand entgegen, daß er beim Erwerbe des Grundstücks die Richtigkeit einer Eintragung vorausgesetzt hat; er kann also die Gesetzwidrigkeit einer Eintragung durch Beschwerde geltend machen, auch wenn er die Post im Kaufvertrag übernommen hat. c) Der Behörde, der die Aufsicht über die Vermögensverwaltung einer juristischen Person zusteht, gereicht es zur Beschwernis, wenn im Grundbuch des jener gehörigen Grundstücks eine unrichtige Eintragung bewirkt ist; die Aufsichtsbehörde hat ein Interesse an deren Beseitigung und folglich das Beschwerderecht nach Maßgabe des § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO.

§ 21. Literatur: Josef, Einfluß des bürgerlichen Rechtes auf Verfahrenshandlungen der FG., BuschsZ. **42** 21. — Derselbe, Unterschrift der Beschwerde in der FG., BayRpflZ. **12** 230.

1. *Josef, BuschsZ. **42** 34, 38. a) Will jemand, daß das AG. eine von ihm erlassene Verfügung gemäß § 18 ändere, und erklärt er in diesem Antrage, daß er

ihn, falls das AG. die Verfügung nicht ändert, als Beschwerde angesehen und behandelt wissen wolle, so ist diese Beschwerde nicht an eine Bedingung geknüpft, sondern eine unbedingte Beschwerde, verbunden mit der Meinungsäußerung des Beschwerdeführers über die gesetzlich erforderliche Behandlung der Sache. b) Beschwerde unter einer Bedingung, wie JDR. **9** 889 unter 4.

2. *Josef, BayRpflZ. **12** 231. Einlegung der Beschwerde durch Fernsprecher ist unzulässig, weil hier die Schrift fehlt.

3. OLG. **25** 123 (Hamburg) (für ZPO.). Überreichung der Beschwerdeschrift in der Privatwohnung des Gerichtsschreibers genügt nicht.

4. RJA. **11** 1, ZBlFG. **12** 41, R. **11** Nr. 3550 (KG.). Die eigenhändige Unterschrift des Beschwerdeführers ist auch dann erforderlich, wenn es sich um die Beschwerde einer Behörde handelt. Die bloße Unterstempelung mit dem Faksimile-Abdruck der Namensunterschrift oder die auf einem sonstigen mechanischen Wege hergestellte Unterschrift genügt nicht. — Dagegen

5. *Josef, BayRpflZ. **12** 230. Das Gesetz enthält keine Vorschrift, daß die Beschwerdeschrift die Unterschrift des Beschwerdeführers tragen müsse. Die Übertragung der für den Zivilprozeß geltenden Vorschriften auf das Verfahren der FG. ist unzulässig, weil in diesem die Grundsätze des Vorgehens von Amts wegen, der Formlosigkeit und möglichster Rücksicht auf die Interessen der Beteiligten gelten. Hier genügt es danach, daß das Schriftstück die äußerlichen Kennzeichen einer abgeschlossenen, von einer bestimmten Person an das Gericht gerichteten Willensäußerung an sich trägt; diese Kennzeichen können auch beim Mangel einer Unterschrift vorhanden sein, so wenn das Schriftstück verläßlich beglaubigte Handzeichen oder die Unterstempelung einer Behörde oder sonst deren Bezeichnung enthält und nicht etwa besondere Umstände Zweifel erregen an dem Willen des Urhebers, die Schrift an das Gericht gelangen zu lassen. Bestehen trotz des Vorhandenseins solcher Anhaltepunkte für den Urheber und für diesen Willen doch Zweifel, so ist das Beschwerdegericht in dieser nur von der Willkür der Beteiligten abhängenden Verfahrensvorfrage zu Ermittelungen von Amts wegen nicht verpflichtet; es wird nur ex nobili officio dem vermutlichen Absender mitteilen, daß das unterschriftslose Schriftstück mangels genügender Kennzeichen nach Lage des Falles nicht als eine Beschwerdeschrift gelten könne. Bringt sodann der vermutliche Absender durch weitere Erklärungen dem Beschwerdegerichte die Überzeugung bei, daß das Schriftstück von ihm ausgegangen sei, so entsteht erst damit für das Gericht die Pflicht, auf die Beschwerde sachlich zu entscheiden; sie ist als verspätet zurückzuweisen, wenn die ergänzenden Erklärungen des Beschwerdeführers erst nach dem Ablauf der Beschwerdefrist eingehen.

6. KGJ. **41** 34. Einlegung der Beschwerde durch Telegramm ist zulässig (aM. für PrFürsorgeEG. OLG. Düsseldorf ebenda).

7. *Josef, ACivPr. **110** 423 (Übergang des Beschwerderechts auf die Erben). Die dem Erblasser zugestandene Beschwerdeberechtigung geht, wenn das verfolgte Recht vererblich ist, auf die Erben über; die Ausübung dieses Rechtes gehört zur Verwaltung des Nachlasses, so daß die Miterben nach § 2038 Abs. 1 Satz 1 die Beschwerde nur gemeinschaftlich einlegen können. Es liegt hier weder ein Akt der Erhaltung (ebendas. Satz 2 aE.), noch ein Fall des § 2039 (Anspruch auf Leistung) vor. — Wo die Rechtslage des Erblassers unvererblich ist, geht die Beschwerdeberechtigung des Erblassers nicht auf die Erben über; sie können also, wenn die Eintragung des Erblassers in die Liste der Genossen abgelehnt ist, hiergegen nicht Beschwerde führen. Auch wo die Rechtslage vererblich ist, kann durch den Tod des Erblassers das Ziel der Beschwerde ausgeschlossen sein; daher wird, wenn des Erblassers Eintragung als Hypothekengläubiger oder Firmen-

inhaber abgelehnt worden ist, die von ihm erhobene Beschwerde in der Hauptsache gegenstandslos, wenn er demnächst stirbt.

8. *Josef, BuschsZ. **42** 21. Hat in der FG. der Beschwerdeführer die Rücknahme der Bescherde erklärt und behauptet er sodann, daß er diese Erklärung irrtümlich abgegeben habe, sie gar nicht habe abgeben wollen, so findet der § 119 BGB., da jene Erklärung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, zwar nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar dahin Anwendung, daß die Rücknahmeerklärung als nichtig anzusehen ist. Das Gericht der FG. hat folglich die Richtigkeit der nachträglichen Behauptung zu prüfen und, wenn der Beteiligte sie erweist, über die Beschwerde so zu befinden, als ob sie niemals zurückgenommen wäre. In der FG. finden also, da es hier eine strenge Scheidung zwischen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes und des Verfahrensrechts und eine Rechtskraft im Sinne von Unabänderlichkeit nicht gibt, das Verfahren überhaupt nur dürftig geordnet ist, die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes auch auf Verfahrenshandlungen Anwendung.

9. *Josef, ZBlFG. **11** 600. Die Beschwerde kann zurückgenommen werden, so lange bis die Beschwerdeentscheidung dem Beteiligten bekannt gemacht ist, also auch noch nachdem das Kollegium sich bereits über die Entscheidung geeinigt und auch nachdem diese schriftlich in den Akten abgesetzt ist. Die Entscheidung ist eben in diesem Zeitpunkte nach außen noch gar nicht existent geworden.

10. ZBlFG. **12** 742 Nr. 539, R. **12** Nr. 1238 (BayObLG.). Durch Rücknahme einer formell mangelhaften Beschwerde geht der Beschwerdeberechtigte des Rechtsmittels nicht verlustig.

11. du Chesne, ZBlFG. **12** 453. Zurücknahme der Grundbuchbeschwerde und Verzicht auf sie.

§ 22. 1. **RG. 76** 127. Keine Wahrung der Rechtsmittelfrist durch Einwurf in den Gerichtsbriefkasten (ZPO.).

2. ZBlFG. **12** 307 Nr. 273, R. **11** Nr. 3227 (BayObLG.). Unterlassung einer nahe liegenden Anfrage hindert die Wiedereinsetzung.

3. *Josef, ZBlFG. **13** 346. Zulässigkeit der Beschwerde vor Zustellung s. zu § 76 unter c.

§ 23. Literatur: Josef, Die reformatio in pejus nach erfolgter Zurückverweisung der Sache an das AG. oder an das Beschwerdegericht, ZBlFG. **12** 578. — Unger, Rechtsmittel in der FG., BuschsZ. **41** 144, 146, 149, 152, 165.

1. Einlegung der Beschwerde unter gleichzeitiger Erfüllung der Auflage s. § 18 unter I 2.

2. ZBlFG. **13** 362 Nr. 219, R. **12** Nr. 2713, 2714 (BayObLG.). Die Beschwerdeschrift bedarf weder eines Antrags noch einer Begründung; im Zweifel hat das Beschwerdegericht den Beschwerdeführer über die Tragweite seiner Beschwerde zu befragen.

3. ElsLothJZ. **11** 332, ZBlFG. **12** 151 Nr. 86 (Colmar). Die in erster Instanz unterbliebene Anhörung des Beteiligten (§ 1673 BGB.) kann in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden.

4. BayObLG. **12** 318, OLG. **23** 361 Anm. Das Beschwerdegericht ist nicht verpflichtet, die Beschwerde dem Gegenbeteiligten zur Erklärung mitzuteilen.

5. Zurückverweisung (Josef, JDR. **9** 891 unter 3 b und unter zu § 54 Ziff. 2). a) Unger, BuschsZ. **41** 152. Das Beschwerdegericht soll grundsätzlich in der Sache selbst entscheiden; es verletzt aber auch kein Gesetz, wenn es unter bloßer Aufhebung der angefochtenen Verfügung die Entscheidung in der Sache selbst nicht erläßt, sondern diese zur anderweiten Entscheidung in die Vorinstanz zurückverweist. b) ZBlFG. **12** 246 Nr. 233 b (BayObLG.). Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung aufgehoben ist (wegen unterlassener Anhörung der Verwandten),

kann entweder die Angelegenheit in der Beschwerdeinstanz erledigen oder die Verfügung des AG. aufheben und dieses anweisen, anderweit zu verfügen. c) ZBlFG. **12** 418 Nr. 324 (KG.). Das Beschwerdegericht kann eine Sache zwecks weiterer Erhebungen in die Vorinstanz zurückverweisen, schon damit den Beteiligten nicht hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen eine Instanz verloren geht.

6. Unger, BuschsZ. **41** 144, 146, 149, 165. Die Beschwerde kann nur in Beschränkung auf die Angelegenheit eingelegt werden und zur Entscheidung gelangen, zu deren Erledigung oder Förderung die angefochtene Verfügung ergangen ist. Ist diese irgendwie teilbar, so ist zu prüfen, inwieweit sie angegriffen ist. Die für die Gestaltung der Abänderung in der ersten Instanz für einzelne Fälle vom Gesetze vorgeschriebenen Beschränkungen und eigentümlichen Formen gelten auch für die Beschwerdeinstanz. — Da der unteren Instanz die neue Erörterung der Sache vom Beschwerdegerichte nicht unbegrenzt, sondern nur insoweit übertragen werden kann, als das Beschwerdegericht selbst zur Entscheidung befugt, d. h. als dies zur Erledigung des Beschwerdeverlangens erforderlich ist, so ist die untere Instanz nicht berechtigt, eine dem Beschwerdeführer ungünstigere Entscheidung als die aufgehobene zu erlassen. — Dagegen

7. *Josef, ZBlFG. **12** 578. Hat das Beschwerdegericht die Entscheidung des AG. aufgehoben und die Sache zur anderweiten Entscheidung an das AG. zurückverwiesen, so ist die diesem obliegende neue Entscheidung nicht als ein Teil der Beschwerdeentscheidung anzusehen, sondern sie hat vollständig neu und selbständig zu ergehen, auf Grund des Sachverhalts, wie er zur Zeit des Erlasses der neuen Entscheidung vorliegt. Durch die Zurückverweisung wird also die Sache in dieselbe Lage versetzt, als wenn das AG. zum erstenmal zu entscheiden hätte; folglich kann das AG. auch zu einer Entscheidung kommen, die für den Beschwerdeführer ungünstiger ist als die aufgehobene. Das gleiche gilt auch, wenn das OLG. auf weitere Beschwerde die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Sache an dieses zurückverwiesen hat. Dagegen darf das Beschwerdegericht in diesem Falle nicht eine Entscheidung erlassen, durch die die vom AG. erlassene zuungunsten des Beschwerdeführers abgeändert würde. Dem steht das Verbot der reformatio in pejus entgegen.

§ 24. 1. *Josef, RheinA. **109** 94. Aussetzung des Verfahrens s. zu § 1 unter 1 b.

2. *Josef, PosMSchr. **12** 115. Vorläufige Anordnungen anderer Art seitens des OLG. s. zu § 29 unter 19.

§ 25. Literatur: Josef, Bekanntmachung der Entscheidung des Beschwerdegerichts, ZBlFG. **12** 582. — Derselbe, Begründung der Entscheidung des Beschwerdegerichts in der FG., RheinA. **110** 95. — Derselbe, Eine irrtümlich erfolgte Volljährigkeitserklärung, R. **12** 287. — Derselbe, Die rückwirkende Kraft der Aufhebung von Verfügungen, HoldheimsMSchr. **12** (21) 65. — Unger, Rechtsmittel in der FG., BuschsZ. **41** 170.

1. Unger, BuschsZ. **41** 170, 174, 176. Für Beschwerdeentscheidungen, durch die Anträge oder Beschwerden, zu deren Begründung eine Mehrheit von tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen erforderlich ist, schon wegen Mangels einer dieser Voraussetzungen zurückgewiesen werden, ist auch die Erörterung, ob die übrigen Voraussetzungen vorliegen, in die Begründung der Entscheidung mit aufzunehmen, damit die dritte Instanz, wenn sie etwa die von der zweiten Instanz vermißte Voraussetzung als vorhanden annimmt, auch die anderen Voraussetzungen als zu ihrer Entscheidung gediehen ansehen und die Angelegenheit ohne Zurückverweisung durch endgültige Entscheidung sofort erledigen kann. — Die Bekanntmachung der Beschwerdeentscheidung erfolgt nach Wahl des Beschwerdegerichts in allen Fällen entweder von diesem selbst oder vom Untergerichte. — Es ist ein

Gebot der Ordnung, daß in der Abfassung auch die Namen der Richter angegeben werden; zur Bezeugung der Übereinstimmung der Abfassung mit der Beschlußfassung genügt die Unterschrift des Vorsitzenden. — Dagegen

2. *Josef, ZBlFG. 11 599. Eine Vorschrift, daß Verfügungen, insbesondere auch die der Beschwerdegerichte, in der FG. die Namen der entscheidenden Richter und deren Unterschriften (vgl. § 315 ZPO.) enthalten müssen, gibt es nicht. Es muß nur feststehen, daß der zur Gerichtsschreiberei gelangte Beschluß an sie gelangt ist als Beschluß des Gerichts, also zum Zwecke der Ausführung; und das ist zu vermuten, wenn der Gerichtsschreiber den Beschluß als gesetzmäßig ergangen ausgeführt hat.

3. *Josef, ZBlFG. 12 582 (Unger aaO.). Das FGG. hat keine allgemeinen Vorschriften über die Bekanntmachungen von Verfügung und keine Sondervorschriften über die Bekanntmachung der Entscheidungen des Beschwerdegerichts. Der § 16 Abs. 1 regelt nur den Beginn der Wirksamkeit von Verfügungen, die er an die Bekanntmachung knüpft. Es ist indes die selbstverständliche Pflicht jeden Gerichts, für die Wirksamkeit seiner Verfügungen Sorge zu tragen, also sie denen bekannt zu machen, für die sie ihrem Inhalte nach bestimmt sind, d. h. deren Rechtskreis sie zu regeln bezweckten. Daneben besteht aber eine Verpflichtung des Beschwerdegerichts, gewissen Personen die Entscheidung bekannt zu machen, auch wenn bei ihnen die Voraussetzung des § 16 Abs. 1 nicht vorliegt, nämlich a) dem Beschwerdeführer, weil es allgemeine Behördenpflicht ist, den Antragsteller zu bescheiden; b) denjenigen zur weiteren Beschwerde Befugten, von denen die Einlegung dieses Rechtsmittels zu erwarten ist; denn es ist die Pflicht des Gerichts der FG., seinerseits zur Förderung der endgültigen Erledigung der Angelegenheit beizutragen.

4. *Josef, RheinA. 110 95. Der § 25 verlangt zwar nur eine Angabe der Gründe (d. i. der rechtlichen und tatsächlichen Würdigung, auf Grund deren das Beschwerdegericht zu seiner Entscheidung gelangt ist). Allein das Gesetz bestimmt, indem es vorschreibt, daß die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend sind, mittelbar zugleich, daß das Beschwerdegericht tatsächliche Feststellungen zu treffen habe; die Beschwerdeentscheidung muß also eine Sachdarstellung enthalten. Enthält sie eine besondere Sachdarstellung nicht, so ist dies dahin aufzufassen, daß das Beschwerdegericht stillschweigend auf die Sachdarstellung der angefochtenen Verfügung Bezug nimmt. Dagegen braucht die Beschwerdeentscheidung nicht anzugeben, durch welche Ermittelungen und Erwägungen die Feststellung des Sachverhalts gewonnen worden ist.

5. Mangel der Gründe. a) OLG. 24 66 (Colmar). Das LG. hätte die wesentlichen Behauptungen auf ihre Richtigkeit prüfen und über das Ergebnis sich aussprechen müssen. Das Fehlen einer solchen Begründung der Entscheidung führt zu deren Aufhebung. b) R. 12 Nr. 793 (BayObLG.). Das Beschwerdegericht muß angeben, warum ein nicht erhobener Beweisantritt übergangen worden ist. Wenn das Beschwerdegericht auch nicht veranlaßt war, alle erhobenen Einwendungen zu würdigen, so muß doch aus dem Inhalte der Entscheidung hervorgehen, daß diese Einwendungen nicht übersehen worden sind. Sind einzelne wesentliche Behauptungen oder Beweisanträge übergangen, ohne daß aus der Entscheidung zu entnehmen ist, daß sie für unbeachtlich gehalten worden, so ist dem § 25 FGG. nicht genügt und schon wegen dieses Mangels die Entscheidung aufzuheben. c) R. 12 Nr. 2584 (BayObLG.). Will das LG. die angebotenen Beweise ablehnen, so muß es dies schlüssig begründen. d) ZBlFG. 11 621 Nr. 571, R. 11 Nr. 816 (BayObLG.). Als Gesetzesverletzung kommt auch ungenügende Erhebung des Sachverhalts in Betracht. e) OLG. 23 366, R. 12 Nr. 2368 (Hamburg). Die erforderliche Begründung fehlt, wenn die Entscheidung wesentliche Punkte, die zu prüfen

waren, unberücksichtigt läßt; eine Entscheidung, die nicht oder nicht genügend begründet ist, verstößt gegen das Gesetz. f) BayObLG. **10** 390, SeuffBl. **09** 776. Ist die Beschwerdeentscheidung beeinflußt durch den Irrtum über die Zeit der Abtretung, so beruht der Grund, auf den das Beschwerdegericht seine Entscheidung gestützt hat, zum Teil auf wesentlichem Irrtum, und infolgedessen genügt die Entscheidung nicht dem § 25. g) PosMSchr. **13** 192, ZBlFG. **11** 621 Nr. 569 (KG.). Unzureichend, also ein Verstoß gegen § 25 ist die Angabe, daß der Beschwerdeführer dem „Trunke ergeben sei und daß er durch sein den guten Sitten zuwiderlaufendes Verhalten das Wohl der Kinder gefährde", wenn das Beschwerdegericht nicht zugleich die Tatsachen, aus denen dies Urteil hergeleitet werde, anführt und nicht zu ersehen ist, worin das gerügte Verhalten besteht. **h)** BadRpr. **11** 173 (Karlsruhe). Erforderlich ist, daß das Beschwerdegericht u. a. sich darüber ausspricht, welche gesetzliche Bestimmungen es anwendet, und in welchem Sinne und in welcher Tragweite; beim Fehlen solcher Gründe beruht die Entscheidung auf Gesetzesverletzung. **i)** Unger, BuschsZ. **41** 169, wie DNotV. **11** 128; s. JDR. **9** 892 zu § 25.

6. *Josef, RheinA. **110** 95. Verletzung des § 25 als Aufhebungsgrund bei der weiteren Beschwerde (§ 551 Ziff. 7 ZPO. mit § 27 FGG.). Der § 27 mit § 551 Ziff. 7 ZPO., wonach die Entscheidung des Beschwerdegerichts stets als auf Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, wenn sie nicht mit Gründen versehen ist, kommt insbesondere auch zur Anwendung, wenn ein für die Entscheidung erheblicher Umstand in den Gründen gänzlich übergangen ist, also nicht feststeht, ob das Beschwerdegericht ihn versehentlich übergangen oder für unerheblich gehalten hat, ferner wenn das Beschwerdegericht eine ausführliche rechtliche Begründung der Beschwerde so dürftig abgetan hat, daß seine Rechtsansicht über die Einzelheiten der Streitfrage gar nicht zu ersehen ist, weiter auch, wenn die Gründe durch ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme auf den Inhalt der Gerichtsakten diesen gewissermaßen zu einem Teile der Gründe machen, die Gründe der Beschwerdeentscheidung aber mit dem so in Bezug genommenen Akteninhalt in Widerspruch stehen. Dagegen kommen jene Bestimmungen nicht zur Anwendung, wenn die angegebenen Gründe irrig sind oder die Entscheidung in Wirklichkeit nicht begründen oder wenn eine tatsächliche Feststellung, die nach der Sachlage erforderlich war, nicht getroffen ist. — Wegen Verletzung des § 12 s. zu § 27 unter 7 a.

7. Rückwirkende Kraft der Beschwerdeentscheidung. **a)** Unger, BuschsZ. **41** 180; *Josef, R. **12** 287. Während das Prozeßurteil nur vorhandene Rechte feststellt, führt die Verfügung der FG. eine Änderung der Rechtslage, einen neuen Rechtszustand herbei; dieser kann wohl für die Zukunft aufgehoben, aber nicht für die Vergangenheit ungeschehen gemacht werden. Daher hat die Aufhebung einer Verfügung der FG. nicht rückwirkende Kraft; sie wirkt vielmehr nur ex nunc. Das FGG. bringt dies nur für den besonderen Fall der Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen im § 32 zum Ausdrucke, der somit einen Rechtsgedanken allgemeiner Art enthält. **b)** *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 65. Die Aufhebung der Verfügung hat nicht rückwirkende Kraft, die Aufhebungsverfügung wirkt nur ex nunc. Hat also das Gericht an Stelle des von ihm zuerst ernannten Liquidators (Vormundes) einen anderen bestellt und hebt das Beschwerdegericht diese Verfügung auf, so wirkt diese Beschwerdeentscheidung nur für die Zukunft; es bleiben also die Rechtshandlungen des später ernannten Liquidators (Vormundes) nach § 32 FGG. rechtsgültig, während das Amt des ursprünglich ernannten erst wieder mit der Wirksamkeit der Beschwerdeentscheidung, also nur durch erneute Bestellung beginnt. Die Beschwerdeentscheidung, durch die eine die erteilte Vertretungsmacht entziehende Verfügung aufgehoben wird, wirkt also nicht zurück auf den Zeitpunkt der Entziehung. Darauf beruht auch der § 302 Abs. 4 HGB., wonach,

wenn die Löschungsverfügung als unrichtig aufgehoben wird, die früheren Liquidatoren der Aktiengesellschaft nur kraft neuer Bestellung ihr Amt wieder erlangen. Daher hat, wenn eine die Vergütung festsetzende Verfügung aufgehoben wird, der Empfänger nicht auch Zinsen vom Tage des Empfanges zu zahlen. Auch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes können für die Frage der Rückwirkung einer Verfügung in Betracht kommen; so kann die Anwendung des § 32 FGG. ausgeschlossen sein, wenn die Rechtshandlung dem § 138 BGB. widerstreitet, und eine Eintragung im Handelsregister, die nachträglich gemäß § 142 FGG. gelöscht wird, auf Grund des § 5 HGB. wirksam bleiben. Grundsätzlich aber haben Eintragungen nur deklarative Wirkung, so daß, wenn sie als unrichtig gelöscht werden, sie als rückwirkend nichtig gelten (vgl. zu § 142 unter 10).

§ 26. 1. Unger, BuschsZ. **41** 176. Das Beschwerdegericht kann die sofortige Wirksamkeit seiner Entscheidung nicht nur gleichzeitig mit deren Erlassung, sondern auch später (bis zur Rechtskraft) anordnen.

2. SeuffBl. **12** 98, ZBlFG. **12** 742 Nr. 541, R. **12** Nr. 794, 975 (BayObLG.). Die rechtzeitig, wenn auch formlos eingelegte, also unzulässige weitere Beschwerde hemmt die Rechtskraft und die Wirksamkeit der Entscheidung des Beschwerdegerichts bis zur Zustellung des Beschlusses des zur Entscheidung über die weitere Beschwerde zuständigen Gerichts, der die weitere Beschwerde als unzulässig verwirft. Das Beschwerdegericht muß, wenn es die sofortige Wirksamkeit seiner Entscheidung herbeiführen will, gemäß Satz 2 beschließen. Die Entscheidung eines unzuständigen Gerichts über eine Beschwerde beendet deren aufschiebende Wirkung nicht.

§ 27. Literatur: Josef, Begründung der Entscheidung des Beschwerdegerichts in der FG., RheinA. **110** 95. — Unger, Rechtsmittel in der FG., BuschsZ. **41** 370, **42** 104.

1. Unger, BuschsZ. **41** 396. Setzt das Beschwerdegericht das Verfahren aus bis zur Entscheidung eines anderen Verfahrens, so liegt nur eine das Verfahren leitende Verfügung vor; die Aussetzung ist daher nicht mit der weiteren Beschwerde anfechtbar (JDR. **9** 893 unter 12). — Gegen die die Sache in die erste Instanz zurückverweisende Entscheidung des Beschwerdegerichts findet die weitere Beschwerde statt, auch bevor die neue Verfügung des Amtsgerichts ergeht; dagegen kann diese letztere nicht in Verbindung mit der des Beschwerdegerichts angefochten werden.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **11** 317. Weitere Beschwerde gegen die Aussetzung des Ordnungsstrafverfahrens; s. zu § 133 unter 2.

3. BayRpflZ. **12** 24, ZBlFG. **12** 542 Nr. 435 (BayObLG.). Weitere Beschwerde ist nach Erledigung der Hauptsache noch wegen der Kosten zulässig.

4. Ausländisches Recht. a) ZBlFG. **13** 208 Nr. 88, R. **12** Nr. 1691 (BayObLG.). Da § 549 ZPO. nicht im § 27 mitaufgeführt ist, erstreckt sich bei der weiteren Beschwerde die Nachprüfung auch auf die Anwendung ausländischen Rechtes. b) Unger, BuschsZ. **42** 128, verneint dies, weil der Gesetzeszweck (Beförderung einheitlicher Rechtsprechung) beim Auslandsrechte wegfalle.

5. a) RJA. **11** 251, R. **12** Nr. 2683 (Stuttgart). Die Feststellung, daß ein Mißbrauch des Erziehungsrechts nicht vorliege, ist der weiteren Beschwerde zugänglich. b) ZBlFG. **13** 572 Nr. 469 a (BayObLG.). Die Frage, ob die vom AG. oder vom Beschwerdegericht gemäß § 1666 angeordnete Maßregel erforderlich und ausreichend ist, ist der weiteren Beschwerde zugänglich.

6. ZBlFG. **13** 208 Nr. 89, R. **12** Nr. 1838 (BayObLG.). Zurückverweisung an eine andere Kammer des Beschwerdegerichts ist unzulässig.

7. *Josef, RheinA. **110** 95. a) Die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht auf Verletzung des § 12 FGG. nicht schon dann, wenn die Feststellungen des Beschwerdegerichts unvollständig oder unrichtig sind und dieser Mangel bei ein-

gehenderer Ermittelungstätigkeit zu vermeiden gewesen wäre, sondern nur, wenn ersichtlich das Beschwerdegericht die Ermittelungstätigkeit unterlassen hat unter gänzlicher Nichtbeachtung der Ermittelungspflicht oder wegen Irrtums über deren Voraussetzungen. b) Die im § 27 vorgeschriebene entsprechende Anwendung der §§ 561, 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO. hat bei Berücksichtigung des Wesens der FG. zur Folge, daß die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts für das OLG. bindend sind und die Einführung neuer Tatsachen und Beweise unzulässig ist; die Entscheidung des OLG. hat so zu erfolgen, als wenn lediglich der vom Beschwerdegericht angenommene Beweis- und Sachstand unverändert bestände. Dagegen erstreckt sich die amtswegige Prüfungspflicht des OLG. darüber, ob Vorschriften des Verfahrens verletzt sind, ohne Rücksicht auf erfolgte Rüge auf die gesamten, für die angefochtene Entscheidung durch die Sach- und Rechtslage gegebenen Grundlagen. c) Aufhebung wegen Mangel an Gründen, s. zu § 25 unter 6.

8. RJA. **12** 75, OLG. **25** 410, ZBlFG. **13** 571 Nr. 459 (KG.). Das OLG. hat neue Tatsachen zu berücksichtigen, wenn sie die Sachlage derart ändern, daß der Antrag wegen Beseitigung seiner wesentlichen Grundlagen zwecklos wird und für eine Entscheidung darüber kein Raum bleibt (JDR. **9** 893 unter 6).

9. Unger, BuschsZ. **42** 127 (Verletzung von Landesrecht), 132 (Begriff der „Tatsachen"), 134 (Auslegung von Willenserklärungen), 148 (mangelnde Vertretung), 162 (Zurückverweisung — wenigstens grundsätzlich — nur an das Beschwerdegericht, nicht an das Amtsgericht zulässig; s. dagegen unten 11), 166: Wird eine Beschwerdeentscheidung, die die erstinstanzliche Verfügung aufgehoben hat, durch das OLG. aufgehoben, so wird nicht die Verfügung des Amtsgerichts in ihren verfahrensrechtlichen Eigenschaften wiederhergestellt, sondern es gilt lediglich die Entscheidung des OLG., auch wenn sie als bloß zurückverweisende die Sachentscheidung noch in der Schwebe läßt. — Dagegen

10. *Josef, PosMSchr. **12** 115; s. zu § 29 unter 19.

11. Zurückverweisung an das Amtsgericht oder an das Beschwerdegericht? *Josef, SächsRpflA. **13** 89 (gegen Unger, oben 9). a) Hält das Gericht der weiteren Beschwerde die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen der Vorinstanz nicht für genügend, um auf deren Grund eine Endentscheidung zu erlassen, und muß es die Sache also in die Instanz zurückverweisen, so kann es ganz nach seinem Ermessen die Zurückverweisung an das AG. oder an das LG. aussprechen. Denn eine dem § 565 ZPO. (wonach die Zurückverweisung nur an die Vorinstanz erfolgen kann) entsprechende Vorschrift besteht in der FG. nicht, und eine Zurückverweisung an das Beschwerdegericht wäre hier oft ganz unpraktisch, da nicht selten die gebotenen Ermittelungen sachgemäßer dem AG. zu übertragen sind, an das die Sache ohnehin noch zwecks Ausführung der Endentscheidung abzugeben ist. b) Hält das Gericht der weiteren Beschwerde die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen der Vorinstanz für genügend, um auf ihrem Grunde eine Endentscheidung treffen zu können, und spricht es zu diesem Zwecke eine Zurückverweisung der Sache aus, so kann diese nur an das AG. erfolgen. Denn es handelt sich hier um Maßregeln zur Ausführung der Entscheidung, und zu diesen ist nur das AG. zuständig. c) Soweit eine Verfügung keiner Ausführung bedarf, vielmehr mit dem bloßen Ausspruche die beabsichtigte Rechtsänderung von selbst eintritt, kann auch das Beschwerdegericht und das Gericht der weiteren Beschwerde eine Entscheidung dieses Inhalts erlassen, also z. B. dahin: ein Erbschein bestimmten Inhalts wird erteilt, eine Rechtshandlung des Vormundes wird genehmigt. d) Hat bei der Entscheidung des AG. oder des Beschwerdegerichts ein Richter mitgewirkt, der von der Amtsausübung ausgeschlossen oder zum Richteramte nicht befähigt war, so hat das Gericht der weiteren Beschwerde, auch wenn der festgestellte Sachverhalt eine Entscheidung in der Sache selbst ermöglicht, sich auf bloße Aufhebung der Vorentscheidung

zu beschränken und die Sache zurückzuverweisen, damit zunächst eine neue Entscheidung an Stelle der mangelhaften erfolge. Dagegen ist diese Folgerung nicht geboten, wenn das Beschwerdegericht eine Entscheidung in der Sache selbst abgelehnt hat, weil es das Rechtsmittel als unstatthaft ansah. In diesem Falle kann, wenn der Sachverhalt vom AG. festgestellt ist, das Gericht der weiteren Beschwerde in der Sache selbst entscheiden.

§ 28. 1. **RG. 76** 171. Vorlegung auch geboten, wenn die zutreffende Entscheidung nicht ausschließlich auf Auslegung der reichsgesetzlichen Vorschrift beruht.

2. KGJ. **41** 35. Vorlegung nicht geboten, wenn das andere OLG. seine abweichende Entscheidung auf Landesrecht gründet und nur mittelbar das FGG. zur Ergänzung angewandt hat.

3. Unger, BuschsZ. **41** 377 (Ausführungsverordnungen der Reichsbehörden als Reichsgesetz), 379 („Angelegenheit"), 381 (Abweichenwollen von einer älteren Entscheidung), 384 (einschränkende Auslegung der scheinbar abweichenden Entscheidung), 391, 393 (Unanfechtbarkeit und Unabänderlichkeit des Vorlegungsbeschlusses, Prüfung des RG. hinsichtlich der Voraussetzungen); **42** 184 (keine Vorlegung in den Fällen der §§ 60, 71, 73 BGB.).

§ 29. Literatur: Josef, Einfluß der weiteren Beschwerde auf die Wirksamkeit der Verfügungen, PosMSchr. **12** 115. — Derselbe, Die Fähigkeit des Notars zur Unterzeichnung der weiteren Beschwerde, HoldheimsMSchr. **12** 263.

1. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 263. Verhältnis des § 29 Abs. 1 Satz 3 zu §§ 124, 129, 147, 159, 161; s. zu §§ 124, 129.

2. PrJMVf. vom 28. April 1911, JMBl. 177. Behandlung formwidriger Beschwerden (Weiterbeförderung, Rücksendung, Belehrung).

3. ZBlFG. **12** 742 Nr. 540 (BayObLG.). Die weitere Beschwerde kann nicht zum Protokolle des Gerichts selbst, sondern nur des Gerichtsschreibers, auch nicht zum Protokolle des Gerichtsschreibers eines AG. eingelegt werden, das in der Sache nicht als Gericht erster Instanz tätig war.

4. **a)** OLG. **25** 396 (BayObLG.). **b)** OLG. **25** 397, ZBlFG. **13** 571 Nr. 461 (KG.). **c)** Unger, BuschsZ. **42** 119. Wegen des Grundes der strengen Formvorschrift ist unzulässig, an Stelle eigener Abfassung des Protokollführers die Bezugnahme auf ein beigefügtes Schriftstück eines anderen. Zwar übernimmt der Gerichtsschreiber durch Unterschrift des Protokolls die amtliche Verantwortung; aber das Gesetz verlangt eben hier eine besondere Form der Übermittelungstätigkeit des Gerichtsschreibers. Unzulässig ist daher auch die bloße Beifügung der Protokoll-Eingangs- und Schlußformel zu dem Schriftstück eines anderen. — Dagegen

5. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 266. Wird neben oder nach ordnungsmäßiger Einlegung der weiteren Beschwerde noch eine weitere schriftliche Erklärung der Beteiligten von diesen für angemessen befunden oder vom Gericht erfordert, so bedarf diese nicht der im § 29 vorgeschriebenen Form. Daraus folgt das Unbegründete der Rechtsprechung, wonach eine Erklärung „zu Protokoll des Gerichtsschreibers" deshalb nicht vorliegen soll, weil der Gerichtsschreiber eine privatschriftliche Erklärung zu einem Protokoll umgestaltet hat. Denn nur für die Erklärung des Willens, die weitere Beschwerde einzulegen, ist die Form vorgeschrieben, und sie ist gewahrt, auch wenn der Gerichtsschreiber diesen Willen zum Ausdrucke bringt auf einem Papiere, das noch andere Erklärungen der Beteiligten enthält, die für die Einlegung des Rechtsmittels nicht erforderlich sind.

6. ZBlFG. **11** 760 Nr. 684, R. **11** Nr. 1615 (BayObLG.). Formlose Beschwerdebegründungen sind auch dann unberücksichtigt zu lassen, wenn danach noch eine form-

gültige Beschwerde eingeht; einer Begründung bedarf es überhaupt nicht, weil die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung von Amts wegen zu prüfen ist.

7. ZBlFG. 12 33 Nr. 9 u. 246 Nr. 233 a, R. 11 Nr. 1975 (BayObLG.). Auch wegen ungerügt gebliebener Verfahrensmängel Aufhebung zulässig, so, wenn das Gericht eine ihm unter Anwendung seines Ermessens obliegende Prüfung unterlassen hat. Formlose Beschwerdebegründungen sind nicht zu berücksichtigen. Antrag und Begründung nicht erforderlich.

8. R. 11 Nr. 606 (BayObLG.). Ist der gesetzliche Vertreter des Mündels selbst Rechtsanwalt, so genügt seine Unterschrift zur Einlegung der weiteren Beschwerde.

9. Unger, BuschsZ. 42 113. Der Rechtsanwalt bedarf zur Unterzeichnung einer Vollmacht nicht schlechthin, sondern nur, wenn er zugleich die Einlegung der Beschwerde namens des Beschwerdeführers erklären will. Es kann also auch ein Anwalt unterzeichnen, der nicht zugleich als Bevollmächtigter die Beschwerde einlegt.

10. du Chesne, JW. 11 269. Gilt für die weitere Beschwerde in Grundbuchsachen Anwaltszwang? s. JDR. 10 1001.

11. a) *Josef, BayRpflZ. 12 230. Die weitere Beschwerde muß von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Das erklärt sich daraus, daß die Unterschrift hier das Zeichen der Prüfung durch den Anwalt ist, die Unterschrift hier also legalisierende Bedeutung hat (vgl. zu § 21 unter 5). b) Pflegschaft zwecks Einlegung der weiteren Beschwerde. *Josef, ZBlFG. 13 693. Der Vormundschaftsrichter kann seiner Ansicht gegenüber dem widerstrebenden Vormund (Gewalthaber) und dem diesem beitretenden Beschwerdegerichte nicht dadurch zum Siege verhelfen, daß er einen Pfleger bestellt, damit dieser weitere Beschwerde führe. Denn der Vormund ist, obwohl er unter solchen Umständen die weitere Beschwerde nicht einlegen wird, weder rechtlich noch tatsächlich an der Einlegung der weiteren Beschwerde gehindert; der Fall einer nach § 1909 zulässigen Pflegschaftsanordnung liegt also gar nicht vor. Es wäre also auf die Beschwerde der durch die ungesetzliche Pflegschaftsanordnung beeinträchtigten Mutter die Pflegschaft aufzuheben. Solange dies aber nicht geschehen, ist die weitere Beschwerde des Pflegers dennoch zulässig. Denn die Pflegerbestellung ist durch die an die Mutter erfolgte Bekanntmachung nach § 16 FGG. wirksam geworden; hat jene ein Rechtsmittel nicht eingelegt, so kann das Gericht der weiteren Beschwerde die Rechtsbeständigkeit der Pflegschaft nicht beanstanden. Das OLG. hat zwar die Legitimation des als Vertreter Auftretenden von Amts wegen zu prüfen; aber die Prüfung der Rechtswirksamkeit der Pflegschaftsanordnung steht ihm ebensowenig zu wie einer anderen Behörde. Also die weitere Beschwerde des unzulässigerweise bestellten Pflegers ist nicht unzulässig, da das Beschwerdegericht ebensowenig wie das Prozeßgericht die Gesetzmäßigkeit der Pflegschaftsanordnung, also die Vertreterbefugnis des einmal bestellten Pflegers, nachzuprüfen hat.

12. RJA. 11 161, R. 12 Nr. 1692 (Darmstadt). Die Rentkammer eines hessischen Standesherrn ist keine Behörde; die von ihr eingelegte weitere Beschwerde muß also von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

13. a) KGJ. 40 217, R. 11 202. Die Handelskammern haben die Eigenschaft öffentlicher Behörden. b) KGJ. 42 35. Ebenso der Gemeindevormund und sein im voraus ernannter Vertreter.

14. Koppe, RheinA. 109 91 (PrFürsorgeErzVerf.). Fehlen der Unterschrift der Behörde schadet nicht, wenn Ursprung und Beschwerdewille erkennbar sind. Jedenfalls muß Unterstempelung genügen.

15. BayObLG. 12 339, DNotV. 12 34 (BayObLG.). Hat der Notar die Eintragungsanträge der Beteiligten überreicht, aber nicht selbst die Anträge gestellt,

so ist er zur Zeichnung der Beschwerde nicht befugt, selbst wenn er sich den Anträgen der Beteiligten „angeschlossen" hat.

16. ElsLothNotZ. **12** 174, ZBlFG. **13** 209 Nr. 96 (Colmar). Der Notar, der die eidesstattliche Versicherung der Erben sowie ihren Antrag auf Erbscheinerteilung beurkundet und bei Gericht zum Vollzug eingereicht hat, ist nicht berechtigt, die weitere Beschwerde namens der Beteiligten einzulegen.

17. Unger, BuschsZ. **41** 400. Ist in Antragssachen die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen, so steht nur ihm die weitere Beschwerde zu.

18. a) Unger, BuschsZ. **42** 107; s. zu § 63 (sofortige weitere Beschwerde in Vormundschaftssachen). b) LeipzZ. **13** 165 (BayObLG.). Sofortige weitere Beschwerde auch vor Zustellung der Beschwerdeentscheidung zulässig.

19. *Josef, PosMSchr. **12** 115. Hebt das Beschwerdegericht eine amtsgerichtliche Anordnung auf und wird diese Beschwerdeentscheidung vom OLG. aufgehoben, so bleibt die Frage, ob die amtsgerichtliche Anordnung begründet war, in der Schwebe, bis das Instanzgericht von neuem entschieden hat. Daher tritt nicht mit Erlaß der Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde die amtsgerichtliche Entscheidung wieder in Wirksamkeit. Wohl aber kann das OLG. in der Entscheidung auf die weitere Beschwerde anordnen, daß die amtsgerichtliche Verfügung zunächst wieder bis zur neuen Entscheidung des Instanzgerichts in Wirksamkeit treten solle. Allerdings erwähnen die §§ 24 Abs. 3 und 29 Abs. 4 FGG. nur das Recht der Beschwerdegerichte, vor der Entscheidung einstweilige Anordnungen zu treffen. Aber bei der Regellosigkeit des Verfahrens der FG. kann jedes Gericht jeweils vorläufige Maßregeln, die zur gedeihlichen Entwickelung der Sache erforderlich scheinen, treffen, auch wo dies nicht ausdrücklich im Gesetze vorgesehen ist (gegen Unger, s. zu § 27 unter 9).

§ 30. 1. Michels, DJZ. **12** 396. Stellung der Kammer für Handelssachen im allgemeinen.

2. *Josef, GruchotsBeitr. **56** 769. § 137 GVG. findet nur Anwendung, wenn bei der Entscheidung über die weitere Beschwerde ein Zivilsenat von der eines anderen Senats abweichen will, also nicht, wenn ein Zivilsenat bei der Entscheidung über eine Beschwerde wegen Verweigerung der Rechtshilfe von der Entscheidung eines anderen Senats abweichen will.

3. Unger, BuschsZ. **41** 376. § 137 findet nicht Anwendung auf das KG. und das BayObLG.

§ 32. Literatur: Josef, Eine irrtümlich erfolgte Volljährigkeitserklärung, R. **12** 287.

1. *Josef, R. **12** 287 (gegen KGJ. **37** 48 [KG.], JDR. **9** 895). Zu Unrecht sieht das KG. in der Empfangnahme der Bekanntmachung von der Volljährigkeitserklärung die Entgegennahme einer „Willenserklärung" seitens der Mutter. Das BGB. und folglich auch das FGG. (§§ 32, 53, 61, 167) verstehen unter Willenserklärung nur das Rechtsgeschäft, beide Ausdrücke werden abwechselnd, aber gleichbedeutend gebraucht; auch widerstreitet es dem natürlichen Sprachgebrauch, eine behördliche Entschließung, wie die Volljährigkeitserklärung, als Willenserklärung zu bezeichnen. Hätte das Gesetz eine so auffallende Abweichung beabsichtigt, so hätte es dies sicher in der D. zu § 32 zum Ausdrucke gebracht; das ist aber nicht nur nicht geschehen, sondern dort ist auf § 115 Abs. 1 Satz 2 BGB. und auf § 61 FGG. verwiesen, wo nur von Rechtsgeschäften die Rede ist. Auch die Schlußworte des § 32, wo nur Rechtsgeschäfte erwähnt werden, ergeben klar, daß die Anfangsworte gleichfalls nur rechtsgeschäftliche Erklärungen, nicht behördliche Anordnungen im Auge haben.

2. Bäßler, ZBlFG. **12** 140. Die Abwesenheitspflegschaft ist rechtswirksam angeordnet, auch wenn ihre Voraussetzungen fehlen.

3. a) *Josef, ZBlFG. **13** 347. Der § 32 ist nur anwendbar, wenn der Vertreter rechtswirksam bestellt ist; die Handlungen des Nachlaßverwalters sind also unwirksam, wenn die Anordnung der Verwaltung nicht gemäß § 16 wirksam geworden ist. b) *Josef, ZBlVormWes. **13** 231 (Ausländervormundschaft), s. zu § 7 unter 8 b.

4. *Josef, BuschsZ. **42** 45. Der § 32 findet nicht Anwendung zugunsten eines Dritten, der arglistig durch Täuschung die Anordnung der ungerechtfertigten Pflegschaft vom Gericht erschlichen hat.

5. *Josef, LeipzZ. **12** 381. Der § 32 ist der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der auch außerhalb der FG. gilt, so z. B. auch, wenn der Konkursverwalter zu Unrecht bestellt ist.

6. Vgl. zu § 1 unter 12 (Wirksamkeit der Verfügung für andere Behörden).

§ 33. Literatur: Josef, Beschwerde des Vormundes nach Festsetzung von Ordnungsstrafen, ZBlVormWes. **12** 135. — Derselbe, Bestätigung der Ordnungsstrafe durch das Beschwerdegericht nach Beendigung des vormundschaftlichen Amtes, R. **12** 23.

1. ZBlFG. **11** 760 Nr. 685, R. **11** Nr. 1614 (BayObLG.). Die Höhe der erkannten Strafe ist innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens mittels weiterer Beschwerde nicht angreifbar.

2. KGJ. **41** 34, OLG. **23** 361, ZBlFG. **12** 745 Nr. 564, R. **12** Nr. 2286. Hat der Vormund nach Festsetzung, aber vor Einziehung der angedrohten Strafe die Anordnung des Vormundschaftsgerichts befolgt, so muß auf seine Beschwerde die Straffestsetzung des Vormundschaftsgerichts aufgehoben werden. — Dagegen

3. *Josef, ZBlfVormWes. **12** 135. Hat der Vormund nach Festsetzung, aber vor Einziehung der angedrohten Strafe die Anordnung des Vormundschaftsgerichts befolgt, so ist die Strafe einzuziehen und die Beschwerde des Vormundes gegen die Straffestsetzung unbegründet. Zwar ist die Ordnungsstrafe nach der Fassung des § 1837 Abs. 2 BGB. nicht ein Mittel, um den Vormund für begangene Pflichtwidrigkeiten zu bestrafen, sondern ein Mittel, durch das der Ungehorsam des Vormundes gebeugt, er zur Befolgung der Anordnung angehalten werden soll. Daraus folgt aber nur, daß, wenn der Vormund die Anordnung befolgt, noch bevor die Ordnungsstrafe festgesetzt, d. h. ihm nach § 16 FGG. bekannt gemacht ist, die Strafe nicht nachträglich festgesetzt werden darf. Ist aber die Straffestsetzung einmal dem Vormunde bekannt gemacht, so ist dem Staate der Anspruch auf Zahlung der Strafe entstanden, und dieser Anspruch wird durch nachträgliche Ereignisse, wie die Befolgung der Anordnung, nicht berührt. Denn die Straffestsetzung ist keine selbständige Vollstreckungsmaßregel, sondern nur die Ausführung der strafandrohenden Verfügung, so daß nunmehr das Rechtswesen der Strafe als bloßes Beugungsmittel nicht mehr in Betracht kommt, wie ja auch nach § 380 ZPO. die Strafe gegen ausgebliebene Zeugen festgesetzt werden muß, ohne Rücksicht darauf, daß durch nachträgliche Ereignisse die Vernehmung des Zeugen erledigt ist.

4. *Josef, R. **12** 23. Durch eine während oder gar nach Ablauf der zur Befolgung gesetzten Frist anderweit verursachte Erledigung der Anordnung oder der ganzen Angelegenheit wird nicht die Straffestsetzung ausgeschlossen. Folglich ist auch der Umstand, daß bei Erlaß der Beschwerdeentscheidung das Amt des Vormundes aufgehört hat, gleichgültig. Das Beschwerdegericht hat nicht zu prüfen, ob noch jetzt eine Rechtsverpflichtung des Vormundes besteht, sondern nur, ob die Strafe zu Recht festgesetzt ist, und das Beschwerdegericht hat seiner gesetzlichen Pflicht, auf Anträge um Abänderung der Verfügungen des Vormundschaftsgerichts zu entscheiden, so lange nachzukommen, als eben solche Verfügungen vorliegen, also auch nach Beendigung des vormundschaftlichen Amtes oder der ganzen Vormundschaft (gegen Freymuth, DJZ. **10** 142).

5. ZBlFG. **11** 759 Nr. 681, R. **11** Nr. 1616 (BayObLG.). Vor der Androhung

liegende Verfehlungen können als Anzeichen der Widerspenstigkeit mitberücksichtigt werden.

6. KGJ. **42** 35. Ordnungsstrafen können auch dem Gemeindevormund (in Person, nicht der Behörde) angedroht werden.

§ 34. 1. *Josef, DRZ. **11** 673. Die Regelung des § 34 ist verfehlt; sachgemäß müßte über die Gestattung der Akteneinsicht und die Beschwerde wegen Verweigerung im Dienstaufsichtsweg entschieden werden.

2. KGJ. **40** 24 (s. zu § 20 unter VI). § 34 ist nicht anwendbar auf die Sammelakten des Standesamts.

3. ZBlFG. **12** 149 Nr. 69 (KG.). Auch die am Verfahren der FG. Beteiligten selbst können Einsicht nur bei glaubhaftem Interesse verlangen.

4. KGJ. **41** 154, RJA. **11** 191, SeuffBl. **12** 78, R. **12** Nr. 671. Die Staatsbehörde hat das Protokollbuch der Genossenschaft in deren Geschäftszimmer einzusehen und kann nicht Übersendung zur Einsichtnahme verlangen.

5. OLG. **25** 370, ZBlFG. **13** 362 Nr. 218, R. **12** Nr. 2715 (BayObLG.). Ist eine Nachlaßauseinandersetzung zum Teil in Pflegschaftsakten enthalten, so ist der Gläubiger zur Einsicht berechtigt, ebenso Verwandte, denen ein Recht auf Anhörung oder Antragstellung zusteht.

6. OLG. **23** 367, ZBlFG. **12** 542 Nr. 432, R. **12** Nr. 2369 (Braunschweig); OLG. **25** 370, ZBlFG. **13** 570 Nr. 455 (KG.). Akteneinsicht kann versagt werden, wenn dem berechtigten Interesse des Antragstellers andere Interessen entgegenstehen oder vorgehen. Blutsverwandtschaft und Aussicht, zu beerben, begründen kein berechtigtes Interesse.

7. OLG. **23** 369, ZBlFG. **12** 542 Nr. 433 (Colmar). Hat das AG. eine Verfügung nach § 34 zwar erlassen, durfte es sie aber nicht erlassen, weil kein Antrag aus § 34, sondern das Ersuchen einer Behörde vorlag, so muß das Beschwerdegericht den unrichtigen Beschluß aufheben.

8. OLG. **23** 370, ZBlFG. **12** 542 Nr. 431, R. **12** Nr. 2371 (Braunschweig). Auskunft über das Vorhandensein oder den Inhalt von Akten kann nicht verlangt werden.

9. OLG. **25** 368 (Jena). Unterschied zwischen „glaubhaft machen" und bloßem „darlegen" (§ 11 GBO.).

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssache.

§ 35. S. zu § 1 unter 1 (Vormundschaftsgericht, ob Verwaltungsbehörde).

§ 36. 1. Zuständigkeit für Standesherren, s. zu § 189 Ziff. 3.

2. KGJ. **42** 32. Die für die örtliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse hat durch Ermittelungen klarzustellen das AG., das zuerst mit der einzuleitenden Vormundschaft befaßt ist. Dieses hat auch vor Anstellung jener Ermittelungen in jedem Falle eines Schutzbedürfnisses dem Mündel einen Vormund zu bestellen; hierdurch wird es, wenn es örtlich unzuständig ist, nicht für die weitere Bearbeitung der Sache zuständig.

3. ZBlFG. **12** 309 Nr. 291, R. **11** Nr. 3228 (BayObLG.). Nachträgliche Änderung des Wohnsitzes ist belanglos; maßgebend bleibt der Wohnsitz des Mündels zur Zeit, wo die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wurde.

4. ZBlFG. **11** 762 Nr. 704 (Düsseldorf). Da für die örtliche Zuständigkeit lediglich § 36 maßgebend ist, bleiben Zweckmäßigkeitsgründe hierbei außer Betracht. Nach des Vaters Tode ist auch die Mutter als Gewalthaberin zur Änderung des Wohnsitzes der Kinder befugt.

5. HansGZ. **12** 292, ZBlFG. **13** 452 Nr. 361 (Hamburg). Auch mehrere uneheliche Kinder derselben Mutter sind im Sinne des Abs. 1 Satz 2 Geschwister.

6. OLG. **25** 398 (Nürnberg). Obwohl für mehrere Geschwister nur ein Vormundschaftsgericht tätig sein soll, ist dennoch die Übernahme der Vormundschaft (§ 46) für eines dieser Geschwister zulässig.

7. ZBlFG. **13** 365 Nr. 241, SeuffBl. **13** 44, R. **12** Nr. 2988 (München). Zuständigkeit im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 2 liegt auch dann vor, wenn sie auf Übernahme nach § 46 beruht.

§ 39. 1. Bäßler, ZBlFG. **12** 179 (vgl. Josef, R. **04** 383; JDR. **3** 214 zu § 39). Für eine Abwesenheitspflegschaft über den, der bei Verlassen deutschen Bodens Inländer war, ist das Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes zuständig. Das Gericht darf daraus, daß 10 Jahre lang keine Nachrichten von dem Abwesenden oder über ihn eingetroffen sind, keineswegs den Schluß ziehen, daß dieser Zeitraum verstrichen sei, ohne daß der Pflegling einmal nach dem Inlande zurückgekehrt wäre, oder die Verjährung der Staatsangehörigkeit unterbrochen hätte. Diesen Erfolg kann er herbeiführen dadurch, daß er sich im Ausland in die Matrikel des Reichskonsuls eintragen läßt oder sich auch nur kurze Zeit nach Deutschland zurückbegibt. Das FGG. verbietet dem Gericht, auf Grund bloßer Vermutungen die Todeserklärung auszusprechen. Diese darf vielmehr erst ergehen, wenn zehnjähriger dauernder Auslandsaufenthalt notorisch ist. Die Gewißheit, daß der Deutsche innerhalb seiner zehnjährigen Abwesenheit sich in keine Konsulatsmatrikel hat aufnehmen lassen, wird durch das Auswärtige Amt unschwer zu erlangen sein. — Dagegen Sturm, DJZ. **12** 278. Es ist zu vermuten, daß der Abwesende dauernd im Auslande verblieben ist; jede Änderung (Rückkehr oder Matrikeleintragung) bedarf des Beweises. Nur tatsächliche Änderungen sind nicht zu vermuten, für rechtliche gilt der Satz keineswegs.

2. OLG. **26** 121 (Rostock). Das uneheliche Kind behält den Wohnsitz der Mutter, auch wenn es der Erzeuger nach dem Tode der Mutter an einen anderen Ort zu sich nimmt.

§ 46. Literatur: Dänhardt, Abgabe und Übernahme von Vormundschaften, ThürBl. **11** 15. — Josef, Vergeudung richterlicher Arbeitskraft in der FG., DRZ. **11** 671. — Derselbe, Zur Abgabe der Vormundschaft, R. **12** 586. — Derselbe, Beschwerde gegen die Einigung der Gerichte über Abgabe einer Vormundschaft, PosMSchr. **12** 73. — Koppe, Zuständigkeitswechsel und Beschwerdezug im Fürsorgeerziehungsrechte, RheinA. **109** 66. — Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel in der FG. (1910.)

I. Zu Abs. 1. 1. *Josef, DRZ. **11** 671. Die Regelung des § 46 ist durchaus unzweckmäßig, insofern sie den Gerichten die Entscheidung des Streites überträgt; sachgemäß wäre dieser im Dienstaufsichtswege zu erledigen.

2. Dähnhardt, ThürBl. **11** 15. Winke zur verständigen Vereinbarung der Gerichte bei Streitigkeiten wegen Übernahme.

3. OLG. **25** 398, ZBlFG. **13** 574 Nr. 476 (Nürnberg). Wird die Vormundschaft über mehrere Geschwister geführt, so kann sie getrennt werden, wenn für eines der Geschwister die Übernahme verlangt wird (s. auch zu § 36 unter 6).

4. **a)** ZBlFG. **11** 764 Nr. 714 (Düsseldorf). Auch wenn ein ein anderes Gericht um Übernahme einer eingeleiteten Vormundschaft ersuchendes Gericht sich darauf beruft, daß es selbst zur Einleitung der Vormundschaft unzuständig, das ersuchte Gericht aber zuständig gewesen sei, so ist die Angelegenheit nach § 46 — und nicht aus § 5 — zu erledigen. Dies folgt aus § 7; das unzuständige Gericht kann aber weder selbst anfechten, noch den Weg des § 5 hierzu benutzen. **b)** ZBlFG. **12** 246 Nr. 234 (Braunschweig). Der § 46 geht davon aus, daß es das zuständige Vormundschaftsgericht ist, das ein anderes Gericht zur Übernahme zu bestimmen sucht. Durch Handlungen des unzuständigen Gerichts, die nach § 7 wirksam sind, wird die Gerichtszuständigkeit nicht geändert. **c)** WürttZ. **54** 200, ZBlFG. **13** 211 Nr. 114 (Stuttgart). Hat ein unzuständiges Vormundschaftsgericht den Pfleger be-

stellt, so ist die Pflegschaft ohne weiteres vom zuständigen Vormundschaftsgerichte zu übernehmen.

5. ElsLothJZ. **12** 153, ZBlFG. **13** 38, 15 a (Colmar). Die Abgabe einer Pflegschaft an ein anderes Gericht ist auch schon vor Ernennung des Pflegers zulässig, sofern nur das zuständige Vormundschaftsgericht die Pflegschaft angeordnet hat.

6. Unger, BuschsZ. **41** 241. Bei der Einigung ist die Entstehungsursache des Gerichtswechsels lediglich die Vereinbarung der Gerichte, nicht auch die hier erforderte Zustimmung des Vormundes, eine ohne diese Zustimmung erfolgte Abgabe also zwar anfechtbar, aber nicht nichtig (ebenso Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel 37).

7. Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel in der FG. 41: Solange eine Sache in der Beschwerdeinstanz schwebt, kann das Beschwerdegericht die Übergabe der Sache mit dem anderen erstinstanzlichen, oder falls die Sache auch dort in der Beschwerdeinstanz anhängig ist, mit dem anderen Beschwerdegerichte rechtswirksam vereinbaren. — Dagegen Unger, BuschsZ. **41** 241. Das Beschwerdegericht tritt an die Stelle und in die Rechte des Erstinstanzgerichts bloß im Umfange der Beschwerdeanfechtung, ist also, wenn diese Anfechtung nicht gerade die Abgabe der Sache betrifft, mit dieser Abgabe überhaupt nicht befaßt. Bezieht sich aber die Beschwerdeanfechtung auf die Frage der Abgabe und ordnet die Beschwerdeentscheidung die Abgabe an, so ist das Beschwerdegericht immer nur das anordnende Organ, nicht das zur Ausführung der Anordnung und zu dem hierzu nötigen Verkehre mit dem anderen Gericht zuständige.

8. „Wichtiger Grund." Kasuistik. R. **11** Nr. 1617, **12** Nr. 478, 796, 1693, 1694, 2717. Ohne besonderes praktisches und wissenschaftliches Interesse (vgl. JDR. **9** 898 unter 3).

II. Zu Abs. 2. 1. *Josef, R. **12** 586. Die Abgabe darf niemals erfolgen, ohne daß das Vormundschaftsgericht den Vormund hierüber gehört hat, mag dies nun geschehen, bevor das Vormundschaftsgericht das andere Gericht um die Übernahme ersucht, oder im Laufe der zwischen den beiden Gerichten wegen der Überleitung geführten Verhandlungen. Man muß also annehmen: das Gesetz hat die naheliegende Möglichkeit berücksichtigt, daß — bevor das ersuchte Gericht die Übernahme ablehnt — auch bereits zugleich ein Widerspruch des Vormundes gegen die Überleitung vorliegt, so daß also mit dem vom Gesetz geregelten Falle der Uneinigkeit der Gerichte (d. h. mit der Übernahmeweigerung des ersuchten Gerichts) zugleich ein Widerspruch des Vormundes gegen die vom Vormundschaftsgerichte verlangte Übernahme vorliegt. Folglich müssen sich die Eingangsworte des Abs. 2 „Einigen sich die Gerichte nicht" auch zugleich auf den Fall beziehen, wo Weigerung des ersuchten Gerichts und zugleich Widerspruch des Vormundes vorliegt (vgl. JDR. **9** 898 unter d).

2. a) Schmidt-Bardeleben, Rechtszug nach einem Gerichtswechsel 44. Der Einigung der Gerichte ist das Rechtswesen einer „Verfügung" im Sinne der §§ 19, 20 abzusprechen; denn „Verfügung" ist nur die Anordnung eines einzelnen Gerichts, nicht aber ein gemeinschaftlicher Akt mehrerer Gerichte. Die Einigung ist dagegen ein öffentlich-rechtlicher Vertrag der Gerichte; folglich ist sie jeder Beschwerde entzogen. b) OLG. **25** 403 k, RJA. **11** 166, ZBlFG. **13** 212 Nr. 119, R. **12** Nr. 1695 (Dresden). Haben die Gerichte sich über die Abgabe (Übernahme) der Vormundschaft geeinigt, so steht hiergegen den Verwandten (§ 57 Ziff. 9) des Mündels die Beschwerde zu, sowohl gegen die Verfügung des abgebenden, wie gegen die des übernehmenden Gerichts. Beide Verfügungen sind für die Überleitung der Vormundschaft zum mindesten gleich bedeutsam. Mag auch die auf die Abgabe gerichtete Verfügung den Anstoß zur Überleitung geben, zur Vollendung

gelangt diese erst durch die zustimmende Verfügung des übernehmenden Gerichts. Außerdem steht das Gericht, das die Vormundschaft übernommen hat, den Beteiligten allein als das zuständige Vormnudschaftsgericht gegenüber. Die Beschwerde gegen die Verfügung des übernehmenden Gerichts muß also als zulässig angesehen werden. c) *Josef, PosMSchr. 12 73. α. Die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch die es die Vormundschaft an ein anderes Gericht abgibt, kann für sich allein das Recht des Vormundes oder Mündels nicht beeinträchtigen, wohl aber dann, wenn zu ihr die Übernahmeerklärung des anderen Gerichts hinzutritt. Folglich findet gegen die Abgabeerklärung die Beschwerde statt. Denn die §§ 19, 20 FGG. verlangen nicht, daß die Verfügung für sich allein die Wirkung der Rechtsbeeinträchtigung habe; sonach steht dem Beeinträchtigten die Beschwerde gegen die Verfügung auch zu, wenn sie erst beim Hinzutreten eines weiteren Umstandes (so der Übernahmeerklärung eines anderen Gerichts) das Recht beeinträchtigt. Beeinträchtigt ist das Recht des Vormundes, wenn die Überleitung ohne seine Zustimmung erfolgt ist, oder das Recht des Mündels, wenn der Vormund (oder der Mündel, § 59) geltend macht, daß die erfolgte Überleitung dem Interesse des Mündels widerspreche. Die Beschwerde findet aber nur statt gegen die Verfügung des abgebenden Gerichts, nicht gegen die Bereitschaftserklärung des neuen Gerichts zur Übernahme der Vormundschaft. Denn diese Bereitschaftserklärung des neuen Gerichts ist nach der Absicht des Gesetzes keine selbständige Verfügung, sondern nur die Erklärung, daß es einer Entscheidung des höheren Gerichts nicht bedürfe (§ 46 FGG.). Hat die Beschwerde gegen die Abgabeerklärung Erfolg, so hat diese Entscheidung nicht rückwirkende Kraft, sie wirkt nur für die Zukunft, d. h. das frühere Vormundschaftsgericht hat das neue Vormundschaftsgericht um Rückübertragung der Vormundschaft zu ersuchen. β. Regt der Vormund beim Vormundschaftsgericht an, dieses solle sich mit einem anderen Gerichte wegen Überleitung der Vormundschaft in Verbindung setzen, und lehnt das Vormundschaftsgericht dies ab, so steht dem Vormunde hiergegen die Beschwerde zu, mit der er geltend macht, daß das Vormundschaftsgericht bei richtiger Würdigung der Sachlage der Anregung hätte Folge leisten müssen. Dagegen steht dem Vormunde die Beschwerde nicht zu, wenn das Vormundschaftsgericht die Übernahme bei dem anderen Gerichte beantragt, dieses sie aber verweigert hat. Vielmehr liegt schon in der bloßen Tatsache der Nichtübereinstimmung beider Gerichte der Fall des § 46 Abs. 2 vor, d. h. die Uneinigkeit der Gerichte ist (auf Anregung dieser oder des Vormundes) durch das gemeinschaftliche obere Gericht zu entscheiden, und das Gericht hat hierneben zur Beseitigung der Weigerung nicht noch die Entscheidung durch das dem weigernden Gerichte vorgesetzte Beschwerdegericht zulassen wollen. γ. Vgl. zu § 19 unter 9 (keine Beschwerde gegen bloße vorläufige Äußerung des anderen Gerichts). δ. Vgl. zu § 57 Ziff. 9 unter d γ (Beschwerderecht aus Ziff. 9).

3. ZBlFG. **13** 365 Nr. 244, R. **12** Nr. 2719 (BayObLG.). Besteht der Übernahmestreit zwischen zwei Amtsgerichten verschiedener bayerischer OLG., so ist das ObLG zur Entscheidung berufen.

4. ZBlFG. **13** 664 Nr. 567, R. **13** Nr. 574 (BayObLG.). Der Übernahme steht das Schweben eines Zwangserziehungsverfahrens bei dem abgebenden Gerichte nicht entgegen.

III. Zu Abs. 3. 1. Unger, BuschZ. **41** 240. Unter Abs. 3 fallen auch die Angelegenheiten, die die persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten untereinander oder das eheliche Güterrecht betreffen.

2. **a)** ZBlFG. **13** 369 Nr. 268, R. **12** Nr. 2989 (BayObLG.). Für die Übernahme einer Nachlaßpflegschaft ist beim Vorhandensein wertvoller Grundstücke entscheidend, wo diese belegen sind. **b)** ZBlFG. **13** 369 Nr. 267, R. **12** Nr. 2716 (BayObLG.). Die Übernahmevorschriften finden auch auf Nachlaßpflegschaften

(§ 75) Anwendung. c) Bäßler, ZBlFG. **12** 182. Die Nachlaßpflegschaft aus § 88 kann nicht abgegeben werden; § 88 will gerade die Zuständigkeit für Auseinandersetzung und Pflegschaft vereinen.

3. *Koppe, RheinA. **109** 66 (Fürsorgeerziehung). Verf. geht zunächst auf das Wesen der Abgabe einer Fürsorgeerziehungssache an ein anderes Gericht ein und kommt hier zum gleichen Ergebnisse wie Schmidt-Bardeleben (JDR. **9** 923). Alsdann wird der Einfluß des Zuständigkeitswechsels auf den Beschwerdezug erörtert. Die Zulassung einer Beschwerde gegen die Abgabe selbst wird abgelehnt (71 ff.). Über das Beschwerderecht bei Anordnung einer vorläufigen Unterbringung wird eine rechtsvergleichende Darstellung bundesstaatlicher Zwangserziehungsgesetze gegeben (77). Für Preußen (§ 5 PrFGG.) wird die sofortige Beschwerde, beschränkt auf folgende Beschwerdeberechtigte anerkannt: a) der gesetzliche Vertreter, b) der Minderjährige, c) die Antragsbehörden am Sitze des abgebenden und des übernehmenden Gerichts, d) der Kommunalverband am Sitze des übernehmenden Gerichts (86). Im weiteren Verlaufe wird über Fristablauf und „relative" Rechtskraft der Entscheidungen gegenüber den jeweils am Verfahren Beteiligten gehandelt (81 ff.). Zur Form der Beschwerde wird hier die weitere Beschwerde, somit Behörden als Beschwerdeführer in Frage kommen, Unterschriftvollziehung in einfacher Schriftform und auch durch Faksimilestempel für genügend erachtet und aus der Verwaltungspraxis belegt (91). Zum Schlusse wird auf die Schwierigkeiten hingewiesen, welche bei Zuständigkeitswechsel im Verkehr der Bundesstaaten miteinander bestehen. Es wird gesetzliche Regelung durch einheitliches Reichsgesetz verlangt und die Kündigung des Haager Abkommens über Vormundschaftssachen sowie Einführung des für die strafrechtliche Zwangserziehung des § 56 StGB. bereits geltenden Territorialsystems empfohlen (92 f.) [JDR. **3**, **2** 117, **5** 1008, 1027, **7** 1005].

§ 51. *Josef, R. **12** 287. Hat das Vormundschaftsgericht eine Behinderung des Vaters zu Unrecht festgestellt, so hat der Vater ein Recht auf Aufhebung dieser Feststellung, selbst wenn inzwischen die elterliche Gewalt aus irgendeinem Grunde (Erreichung der Volljährigkeit; Tod des Kindes; Volljährigkeitserklärung) beseitigt ist. Die Beschwerde wird hierdurch nicht gegenstandslos; der Vater hat vielmehr stets ein eigenes Interesse an einer Entscheidung des Beschwerdegerichts, daß seine Gewalt ununterbrochen bestanden hat, so besonders, wenn er in dieser Zwischenzeit Rechtshandlungen als Vertreter des Kindes vorgenommen hat (vgl. zu § 20 unter I 11).

§ 53. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 67. Nach § 1357 kann die Frau vermöge ihrer Schlüsselgewalt den Mann vertreten; entzieht er ihr diese Befugnis und hebt das Vormundschaftsgericht auf Antrag der Frau diese Beschränkung auf, so sind alle in der Verbotszeit von der Frau gemachten Schulden für den Mann verbindlich. Denn hier war ein der Frau gesetzlich zustehendes Vertretungsrecht durch eine privatrechtliche Verfügung des Mannes beseitigt, und diese Beseitigung wird rückwirkend aufgehoben. Aber keineswegs wird durch die Aufhebung das gemißbrauchte Recht des Mannes beseitigt, bis das Vormundschaftsgericht es wiederherstellt. Denn die aus dem allgemeinen Bestimmungsrecht des Mannes (§ 1354) sich ergebende Entziehung der Schlüsselgewalt bewirkt, auch wenn sie ganz unberechtigt erfolgt, den Wegfall des gesetzlichen Vertretungsrechts der Frau, jedoch mit der aus § 1357 Abs. 2 aE. sich ergebenden Maßgabe, daß zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte es der Eintragung in das Register bedarf. Dient aber hiernach die Eintragung nur zur Kundbarmachung der eingetretenen Tatsache des Wegfalls der Schlüsselgewalt, so muß diese Eintragung auf Antrag des Mannes jederzeit von neuem erfolgen, auch wenn eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts rechtskräftig geworden ist, durch die eine frühere Ausübung des Entziehungsrechts als mißbräulich aufgehoben ist.

§ 54. 1. *Josef, SächsRpfl. **12** 458. Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung s. zu § 20 unter I 7.

2. a) Unger, BuschsZ. **41** 167. Hat das Vormundschaftsgericht gemäß § 54 das Grundbuchamt um Eintragung einer Sicherungshypothek an den Grundstücken des Vormundes ersucht und ist diese Eintragung erfolgt, erhebt aber der Vormund hiergegen begründete Beschwerde, so hat das Beschwerdegericht nur die Begründetheit der Beschwerde auszusprechen, die Ausführung aber dem Vormundschaftsgerichte zu übertragen. **b**) Dagegen *Josef, ZBlFG. **12** 579. Auch das Beschwerdegericht selbst kann die Löschungsbewilligung erteilen; es kann aber auch das Vormundschaftsgericht anweisen, diese Bewilligung zu erteilen (vgl. zu § 23 unter 5).

§ 55. *Josef, BuschsZ. **42** 42. Der § 55 verneint nur die dem Vormundschaftsgerichte selbst zustehende Befugnis zur Aufhebung seiner Verfügung beim Vorhandenseine gewisser Voraussetzungen, berührt aber nicht die Frage, inwieweit das Prozeßgericht die Unwirksamkeit des Vertrags auszusprechen hat wegen Willensmängel der bei der Vertretung des Mündels mitwirkenden Faktoren, nämlich des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts (vgl. § 16 unter 2).

§ 56. Literatur: Josef, Eine irrtümlich erfolgte Volljährigkeitserklärung, R. **12** 287. — Derselbe, Beschwerderecht des Vaters gegen die Volljährigkeitserklärung, ZBlFG. **13** 390.

1. *Josef, R. **12** 287. Folgen einer unrichtigen Feststellung von der Behinderung des Vaters und einer daraufhin irrtümlich erfolgten Volljährigkeitserklärung, s. zu § 25 unter 7 a und zu § 32 unter 1 (gegen KGJ. **37** 48, JDR. **9** 895).

2. RJA. **11** 83, R. **12** Nr. 792 (KG.). Dem Vater steht gegen die Volljährigkeitserklärung eines unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kindes, auch wenn ihm die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes entzogen und deshalb seine Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung nicht erforderlich ist, die Beschwerde zu. — Dagegen

3. *Josef, ZBlFG. **13** 390. Die Volljährigkeitserklärung erfolgt im Interesse des Kindes; ist diese Voraussetzung vorhanden, so muß das Kind auf Antrag für volljährig erklärt werden, ohne Rücksicht darauf, daß dadurch Rechte Dritter, insbesondere des Vaters beseitigt werden. Folglich hat der Vater nicht im Sinne des § 20 FGG. ein „Recht" darauf, daß das Kind bis zum 21. Jahr in elterlicher Gewalt bleibe, folglich kann durch die Volljährigkeitserklärung auch nicht ein Recht des Vaters beeinträchtigt sein, und es steht ihm also nicht aus eigenem Rechte die Beschwerde gegen die Volljährigkeitserklärung zu. Ein solches Beschwerderecht käme nur in Betracht, wenn die Volljährigkeitserklärung erfolgt ist ohne die nach § 4 Abs. 2 erforderliche Einwilligung des Vaters; auch kann er, selbst wenn er diese erteilt hat, mit der Beschwerde geltend machen, die Volljährigkeitserklärung widerspreche dem Besten des Kindes, da er seine Ansicht hierüber geändert haben kann. Dergleichen kommt aber nicht in Betracht, wenn dem Vater das Sorgerecht entzogen und er nach § 4 Abs. 2 von dem Verfahren gänzlich ausgeschaltet ist. Freilich steht trotzdem dem Vater am Kindesvermögen der Nießbrauch zu; aber auf die Erhaltung dieses Rechtes sowie der sonstigen Wirkungen der elterlichen Gewalt hat er, wie erwähnt, kein Recht im Sinne des § 20. Daher bedarf es in solchem Falle keiner Bekanntmachung der Verfügung an den Vater.

§ 57. 1. Abs. 1 Ziff. 2. R. **11** Nr. 817 (BayObLG.). Mit der weiteren Beschwerde gegen die Aufhebung einer vorläufigen Vormundschaft kann nicht zugleich die sofortige Bestellung eines Vormundes erwirkt werden.

2. Ziff. 3. a) SeuffA. **66** 378, ZBlFG. **12** 152 Nr. 91 (Dresden). Die Beschwerde steht nicht dem zu, der ohne das Vorhandensein der Voraussetzungen der Ziff. 3 mit dem Pflegling in Rechtsverkehr treten will (vgl. zu § 20 unter II 3). **b**) R. **12** Nr. 1696 (Colmar). Diese Vorschrift regelt das Recht zur Beschwerde nicht für den Fall, daß sie sich gegen eine die Pflegschaft anordnende Verfügung

richtet; in solchem Falle kommt nur § 20 zur Anwendung. **c)** R. **12** Nr. 3247 (KG.). Die Mutter hat zwar kein Beschwerderecht gegen die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft über ihre volljährige Tochter, wohl aber gegen die Ablehnung ihres Antrags auf Aufhebung der vorläufigen Vormundschaft. **d)** ZBlFG. **12** 303 (Bay. ObLG.). Der Antragsteller, dessen Antrag, für die Leibesfrucht seiner Tochter einen Pfleger zu bestellen (§ 1912 BGB.), zurückgewiesen ist, hat das Beschwerderecht. **e)** Bäßler, ZBlFG. **12** 184. Rechtliches Interesse liegt vor, wenn die Rechtslage des Beschwerdeführers durch die ergangene Verfügung insofern beeinflußt wird, als er durch den Pfleger als Vertreter des Abwesenden mit diesem indirekt eine günstige Gestaltung der zwischen ihnen schwebenden Rechtsverhältnisse erwarten kann. Der Beschwerdeführer muß also durch die Verfügung unmittelbar rechtlich berührt werden. Es muß zwischen ihm und dem Abwesenden ein rechtliches, nicht nur tatsächliches Verhältnis bestehen. **f)** OLG. **25** 400 (KG.). Ist dem Vater die Verwaltung des den Kindern zugefallenen Vermögens entzogen und ihnen hierzu ein Pfleger bestellt, so steht dem Vater die Beschwerde zu gegen die Verfügung, durch die sein Antrag zurückgewiesen ist, den Kindern einen besonderen Pfleger zu bestellen zwecks Ausklagung eines ihnen gegen den Vermögenspfleger zustehenden Schadensersatzanspruchs. **g)** *Josef, ACivPr. **110** 414. Hat ein Nachlaßgläubiger auf Grund des § 1961 die Bestellung eines Nachlaßpflegers beantragt, so ist die Pflegschaft anzuordnen, auch wenn der Gläubiger nach Stellung des Antrags verstorben ist.

3. Ziff. 7. *Josef, ZBlFG. **12** 582. Lehnt das Vormundschaftsgericht es ab, die dem Vormunde bewilligte Vergütung herabzusetzen, so steht hiergegen den Gläubigern des Mündels sowie dem Nacherben die Beschwerde nicht zu.

4. Ziff. 8. **a)** KGJ. **41** 8, ZBlFG. **12** 744, RJA. **11** 174), R. **12** Nr. 1570 (Tod des Beschwerdeführers). Hat das Vormundschaftsgericht die von der Mutter beantragte Anordnung einer Maßregel aus § 1666 BGB. abgelehnt, und die Mutter hiergegen Beschwerde eingelegt, so wird diese gegenstandslos, wenn die Mutter vor der Entscheidung des Beschwerdegerichts stirbt. **b)** Dagegen *Josef, ACivPr. **110** 404. Das Verfahren des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 gegen den Vater ist ein amtswegiges Verfahren zum Schutze des Kindes; die Mutter, die dieses Verfahren anregt, kommt in ihm nur als Quelle zur Ermittelung des Sachverhalts in Betracht, und ihr Tod ist also für das Verfahren einflußlos. Dagegen ist Voraussetzung einer vom Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 2 zu erlassenden Anordnung, daß beide geschiedene Gatten leben; der Tod eines von ihnen hat also die Einstellung des von ihm oder vom anderen angeregten Verfahrens zur Folge.

5. Ziff. 9. **a)** OLG. **25** 403, R. **12** Nr. 1839, 1840 (BayObLG.). Berechtigtes Interesse ist enger als allgemein menschliches, aber weiter als rechtliches Interesse. Fortdauernde Anteilnahme durch Unterstützung, längere tatsächliche Leitung der Erziehung kann genügen. **b)** OLG. **24** 32 (KG.). Der Pfarrer hat die Beschwerde gegen eine Anordnung, die das Gebiet der Personensorge berührt. **c)** ZBlFG. **12** 744 Nr. 557, R. **12** Nr. 797 u. Nr. 3248 (KG.). Auch nicht rechtsfähige gemeinnützige (Jugendfürsorge-) Vereine haben dies Beschwerderecht. **d)** Das Beschwerderecht aus Ziff. 9 findet auch statt: α. OLG. **24** 43 u. **26** 106 (KG.); ZBlFG. **12** 547 Nr. 466 a, 245 Nr. 231 c (Jena): gegen Auswahl des Vormundes. β. ZBlFG. **12** 746 Nr. 568 a (BayObLG.): gegen die Bestellung eines vorläufigen Vormundes. γ. RJA. **11** 166, R. **12** Nr. 1695 (Dresden): gegen Abgabe der Vormundschaft (s. zu § 46 unter 10 b). δ. OLG. **21** 293 u. RJA. **11** 164 (KG.): gegen Ablehnung des Antrags auf Entlassung des Vormundes. ε. OLG. **23** 364, ZBlFG. **12** 547 Nr. 469 (Colmar): gegen Anordnung der Pflegschaft. — Dagegen **e)** *Josef,

PosMSchr. 12 73. Die „Sorge für die Person" umfaßt nach dem BGB. (§§ 1630 bis 1633, 1793, 1800) das Recht zur Erziehung, Beaufsichtigung, Aufenthaltsbestimmung und das Recht auf Herausgabe des Kindes (Mündels); nur gegen Verfügungen, die die eben bezeichneten Ausflüsse des Sorgerechts betreffen, findet also das erweiterte Beschwerderecht aus § 57 Ziff. 9 FGG. statt, nicht gegen Verfügungen allgemeinen Inhalts, wie die Abgabe der Vormundschaft. Dies ergibt sich aus dem Wortlaute der Vorschrift, der sich an das BGB. anschließt, und aus ihrer Entstehung (JDR. 7 1006 unter 3). **f)** Koppe, RheinA. **109** 72. Unter die die „Sorge für die Person" betreffend Angelegenheiten sind nicht auch Verfahrenshandlungen, wie Abgabe der Vormundschaft zu zählen. Andernfalls würde namentlich der Unterschied verwischt, den das Gesetz macht, wenn es im § 59 dem über vierzehn Jahre alten Minderjährigen das selbständige Beschwerderecht in allen „seine Person" betreffenden Angelegenheiten gibt. Dieser Ausdruck ist weiter; er umfaßt auch begriffsmäßig die Abgabe der Vormundschaft, während nach dem im § 57 Ziff. 9 gewählten Wortlaute hierunter nur solche die eigentliche Sorgepflicht, d. h. die Beaufsichtigung, Erziehung dergleichen betreffenden Handlungen fallen (vgl. JDR. 7 1006 unter 3). **g)** OLG. **21** 293 (KG.). Verwandten des Mündels steht die Beschwerde zu, wenn ihr Antrag, dem Vormunde die Vertretungsmacht zum Abschlusse des Wahlkindschaftsvertrags zu entziehen oder diesen zu bestätigen, abgelehnt ist. **h)** OLG. **23** 364, R. **12** Nr. 2373, 2374 (Colmar). Keine Beschwerde der Verwandten gegen den Beschluß, der den Pfleger ermächtigt, für den Mündel einen Verpflegungsvertrag mit einem Dritten abzuschließen und diesem darin ein Grundstück abzutreten, da diese Angelegenheit nur das Vermögen berührt. **i)** OLG. **24** 28 w, **25** 400 h, RJA. **11** 162, R. **12** Nr. 2367 u. 3246 (KG.). Kein Beschwerderecht des Vaters, dem die Vermögensverwaltung entzogen ist (§ 1638 BGB.), gegen die Auswahl des hierzu bestellten Pflegers und gegen die Ablehnung seiner Entlassung. **k)** R. **12** Nr. 3251 (KG.). Ist bei aus beiderseitigem Verschulden geschiedener Ehe der Mutter das Personensorgerecht zuerkannt, aber die anderweitige Unterbringung der Kinder angeordnet und hierfür ein besonderer Pfleger bestellt so steht der Mutter gegen die Ablehnung ihres Antrags, den zur Beitreibung des Unterhalts vom Vater bestellten anderen Pfleger abzusetzen, kein Beschwerderecht zu. **l)** OLG. **24** 41, ZBlFG. **12** 547 Nr. 468 (Hamburg). Bei der Frage, ob der Vormund anzuweisen ist, die Unterhaltsgelder an die uneheliche Mutter auszuzahlen, handelt es sich nicht um eine die Personensorge betreffende Angelegenheit. **m)** OLG. **26** 107, R. **12** Nr. 3249 (KG.). Kein Beschwerderecht des Vaters oder Dritten, wenn er sein eigenes Recht, nicht das des Kindes verfolgt. **n)** OLG. **26** 106 (KG.). Vereine zur Förderung des Wohls der Jugend sind beschwerdeberechtigt nur, wenn a) der Zweck erreicht werden soll in einer dem Gesetze, der Kulturanschauung und der sozialen Ordnung entsprechenden Weise, b) die Vereinsverfassung die Zweckerreichung ernsthaft gewährleistet, c) die Angelegenheit zum Arbeitsfeld des Vereins gehört.

6. Zu Abs. 2. R. **12** Nr. 3250 (KG.). Keine Beschwerde der Mutter gegen die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft (§ 60 Ziff. 5).

§ 59. 1. BayObLG. **12** 218, ZBlFG. **12** 245 Nr. 232. Ein geschäftsbeschränkter Mündel kann in lediglich die Vermögensverwaltung betreffenden Angelegenheiten, soweit er nicht vor der Entscheidung gehört werden soll, nicht selbständig das Beschwerderecht ausüben; eine von ihm gleichwohl eingelegte Beschwerde muß unberücksichtigt bleiben.

2. ZBlFG. **12** 547 Nr. 467, R. **12** Nr. 281 (BayObLG.). Gegen die Ablehnung der Entlassung des Vormundes steht dem Mündel die Beschwerde dann nicht zu, wenn er die Entlassung lediglich wegen der Vermögensverwaltung anstrebt; es kommt auf den Grund an, aus dem die Entlassung beantragt wird.

3. OLG. **23** 367, ZBlFG. **11** 762 Nr. 702, R. **11** Nr. 1369 (BayObLG.). Ob das Ruhegehalt des Mündels ihm selbst oder seinem Vormund ausgezahlt werden soll, betrifft lediglich das Vermögen, nicht die Person des Bevormundeten.

4. ZBlFG. **12** 150 Nr. 79, R. **11** Nr. 2617 (BayObLG.). Ob das Vermögen einer minderjährigen Frau an den Mann zur Gründung eines Geschäfts als Grundlage der Familienexistenz auszuzahlen ist, berührt nicht bloß das Vermögen, sondern auch die Person des Mündels.

§ 62. 1. Unger, BuschsZ. **41** 183. Hat das Beschwerdegericht gegen die Vorschrift des § 62 verstoßen, so kann es diese — nichtige — Entscheidung förmlich aufheben.

2. PosMSchr. **14** 40, ZBlFG. **12** 34 Nr. 17c (KG.). In der Mitteilung des Pflegers an die Mutter: er sei noch aufs Gericht bestellt, auch beim Notar gewesen, und es sei in dieser Nachlaßsache nun alles in Ordnung, liegt nicht die Mitteilung, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilt worden sei; sie kann auch bedeuten, die Genehmigung werde nunmehr erteilt werden.

§ 63. Unger, BuschsZ. **42** 107. Die Vorschrift des § 29 Abs. 2 ist für Vormundschaftssachen nicht auf Beschwerdeentscheidungen über die erst mit der Rechtskraft wirksam werdenden Verfügungen zu beschränken oder auszuschließen; denn § 63 enthält keine Ausnahme von § 29 Abs. 2, sondern eine Hinzufügung.

Dritter Abschnitt. Annahme an Kindesstatt.

§ 68. Unger, BuschsZ. **41** 396. Erteilt das Beschwerdegericht die vom AG. versagte Bestätigung, so findet die weitere Beschwerde nicht statt.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

§ 69. 1. ZBlFG. **12** 551 Nr. 490, R. **12** Nr. 282 (BayObLG.). Hat der Standesbeamte eine Eheschließung wegen Geisteskrankheit des einen Verlobten abgelehnt, so kann dieser das Beschwerderecht nur durch einen Vormund ausüben, falls das Beschwerdegericht die Ansicht des Standesbeamten teilt.

2. KGJ. **40** 18, RJA. **11** 9, R. **11** Nr. 3256. Begriff der Amtshandlungen des Standesbeamten s. § 20 unter VI.

§ 70. Literatur: Josef, Beschwerde gegen die erfolgte Berichtigung von öffentlichen Büchern, Registern und Zeugnissen, besonders beim Standesregister, SeuffBl. **12** 129.

1. *Josef, SeuffBl. **12** 129 (gegen Boschan, R. **11** 186, JDR. **10** 1073). Die dem Gericht obliegende Feststellung, ob eine Eintragung in öffentliche Bücher (z. B. im Grundbuch) und Register (z. B. im Personenstandsregister) oder ein gerichtliches Zeugnis (z. B. das des Testamentsvollstreckers) zu berichtigen ist, endigt mit der Eintragung (dem Berichtigungsvermerke), der einen Teil der ursprünglichen Eintragung (Urkunde) bildet und an deren öffentlichen Glauben Teil nimmt. Nach allgemeinen Grundsätzen sind aber derartige Berichtigungen, auch wenn sie durch Eintragung (Berichtigungsvermerk) ausgeführt sind, der Anfechtung im Rechtsmittelzug unterworfen, so besonders die erfolgte Eintragung der Berichtigung im Grundbuch (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO.) und ebenso auch die Berichtigungsanordnung, wenn in deren Ausführung die Eintragung im Standesregister erfolgt ist. Zwar ist nach § 70 FGG. die Berichtigung des Standesregisters erst zulässig nach der Rechtskraft der Berichtigungsanordnung; ist aber dem zuwider die Berichtigung vor diesem Zeitpunkt erfolgt, so steht dem Beeinträchtigten gegen die Berichtigungsanordnung die Beschwerde zu. Wenn das Gesetz mit Rücksicht auf das für standesregisterliche Eintragungen geltende materielle Recht die Beschwerde nach erfolgter Berichtigung

hätte ausschließen wollen, so hätte es dies (wie in den Fällen der §§ 68 Abs. 1, 84, 122 Satz 1) zum besonderen Ausdrucke gebracht (JDR. **9** 902).

2. *Josef, SeuffBl. **12** 134. Nach § 66 Abs. 2 PStG. sind schlechthin und unbedingt vor der Berichtigung die Beteiligten zu hören; danach muß dem unbekannt abwesenden Beteiligten ein Pfleger bestellt werden, der sein Interesse im Berichtigungsverfahren wahrzunehmen hat. Wenn das Gericht von der Pflegschaftsanordnung absah, muß es die Berichtigungsanordnung dem Abwesenden durch öffentliche Zustellung bekannt machen.

3. DJZ. **11** 1280 (Darmstadt). Beschwerderecht der Aufsichtsbehörden betreffend die älteren hessischen Kirchenbücher.

4. **RG.** JW. **12** 157. Feststellung des Heroldsamts betreffend den Adel s. zu § 12 unter IV 1.

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

§ 73. Literatur: Josef, Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte bei Sterbefällen von Ausländern, JW. **12** 1024.

1. Nachlaßgericht für Standesherren s. zu § 189 Ziff. 3.

2. OLG. **25** 394 (München). Keine Veränderung des Wohnsitzes, wenn der Erblasser während der Krankheit zwar seinen Aufenthalt verändert hat, aber am Orte seines früheren Aufenthalts die Steuern weiter bezahlte und die Absicht hatte, demnächst dorthin zurückzukehren.

3. BayRpflZ. **12** 405, ZBlFG. **13** 367 Nr. 256 (LG. München). Die Abgabe uneröffneter, bei inländischen Behörden oder Notaren verwahrter Testamente von Ausländern an die ausländischen Nachlaßbehörden ist unzulässig, vielmehr ihre Eröffnung durch ein deutsches Nachlaßgericht geboten. Zur Eröffnung ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk sich das Testament befindet.

4. KGJ. **41** 62, RJA. **11** 182, R. **12** Nr. 1698. a) Die Frage, ob und inwieweit die Behandlung des Nachlasses eines Ausländers den inländischen Gerichten obliegt, ist nicht nach § 73, sondern auf Grund der materiell-rechtlichen Vorschriften des internationalen Privatrechts zu entscheiden. b) Nach dem danach maßgebenden Rechte bestimmt sich insbesondere auch die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts in Ansehung einer von dem ausländischen Erblasser angeordneten Testamentsvollstreckung. Der Erblasser kann, auch wenn er seinen Wohnsitz im Deutschen Reiche gehabt hat und der Nachlaß sich im Inlande befindet, nicht abweichend davon anordnen, daß die Testamentsvollstreckung den deutschen Gesetzen und dem deutschen Nachlaßgericht unterstehen solle.

5. *Josef, JW. **12** 1024 (unter Aufgabe der früheren Ansicht, JDR. **8** 565 C). a) Der § 73 regelt nur die örtliche Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts; die Frage, ob die diesem an sich zugewiesenen Verrichtungen ihm auch dann obliegen, wenn der Erblasser Ausländer ist, regelt das materielle Recht sowie das zwischenstaatliche Privatrecht, und die Entscheidung hierüber liegt dem im § 73 bezeichneten örtlich zuständigen Gericht ob. Andererseits ist daraus, daß § 73 eine Zuständigkeitsvorschrift ist, auch nicht zu folgern, daß sie — wie die Zuständigkeitsvorschriften der ZPO. — auch im zwischenstaatlichen Verkehr Anwendung finden und das deutsche Nachlaßgericht grundsätzlich auch bei Sterbefällen von Ausländern zuständig sei: denn dieses hat als Gericht der FG. bei der Neugestaltung von Rechten mitzuwirken, kann hierbei aber nur nach deutschem Rechte verfahren, während der Ausländer nach Auslandsrecht beerbt wird. b) Aus diesem letzteren Grund ist die Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts zu verneinen, wenn die einzelne ihm obliegende Verrichtung entweder α. mit dem materiellen deutschen Rechte in engem Zusammenhange steht, z. B. die Auseinandersetzung, Bestimmung der Inventarfrist,

Nachlaßverwaltung, Erteilung des (Voll-) Erbscheins; oder β. einen Eingriff in das materielle ausländische Erbrecht enthalten würde, z. B. die Entsetzung des Testamentsvollstreckers; oder γ. mit Wortlaut und Zweck der einzelnen Vorschrift unvereinbar wäre, so die Feststellung des fiskalischen Erbrechts. — Mangels einer dieser Voraussetzungen ist die Zuständigkeit zu bejahen, so besonders wenn die Verrichtung nur in der Entgegennahme (Aufbewahrung) von Schriftstücken und Erklärungen besteht oder in Nachlaßsicherung, Testamentseröffnung, Erzwingung der Ablieferung. Auf die gemäß §§ 1960, 1961 anzuordnenden Pflegschaften findet der Art. 23 EGBGB. keine Anwendung, weil dieser nur von Pflegschaften handelt, die nach Auslandsrecht erforderlich sind, während die Nachlaßpflegschaft lediglich durch den inländischen Rechtsverkehr geboten ist (JDR. **3** 225 unter 6, **4** 861).

§ 74. *J o s e f , BayRpflZ. **12** 396 (gegen OLG. Rostock, JDR. **3** 2 226, unter 8). Ist der Erbe des Eigentümers unbekannt, so ist zur Bestellung des Nachlaßpflegers, gegen den der Gläubiger die Hypothek ausklagen will (§ 1961 BGB.), zuständig das Gericht, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist. Denn auch d i e a u f G r u n d d e s § 1961 B G B. a n g e o r d n e t e N a c h l a ß p f l e g s c h a f t ist ein Ausfluß der Fürsorge des Nachlaßgerichts, eine S i c h e r u n g d e s N a c h l a s s e s , so daß nach § 74 das Gericht des hervortretenden Fürsorgebedürfnisses (des belasteten Grundstücks) zuständig ist; die geringfügige Habe, die der Erblasser am letzten Wohnsitze zurückgelassen hat, bedarf vielleicht überhaupt keiner Sicherung. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus der Entstehung des § 74; ebenso verweist die D. zu § 74 nicht bloß auf § 1960 BGB., sondern auch auf § 1961 BGB., geht also davon aus, daß auch die Nachlaßpflegschaft aus § 1961 BGB. unter § 74 falle. Das for. rei sitae ist auch zu der Sicherungsmaßnahme viel geeigneter als das Gericht des letzten Wohnsitzes.

§ 75. Vgl. zu § 46 unter III 2 (Übernahme der Nachlaßpflegschaft).

§ 76. *J o s e f , ZBlFG. **13** 345. a) Beginn und Ende der Wirksamkeit der Nachlaßverwaltung (gegen KG., RJA. 8 29, JDR. **6** 530 unter 2, und OLG. **16** 259, JDR. **7** 534) s. zu § 16 unter 9. b) Die Anordnung der Nachlaßverwaltung (§ 1984 BGB.) ist eine Handlung der FG., so daß sie gemäß § 16 wirksam wird durch die Bekanntmachung an die Beteiligten (s. zu § 16 unter 9 c). Eine Wirksamkeit in Gemäßheit des § 108 KO. ist vom Gesetze nicht vorgeschrieben, auch aus der Heranziehung der §§ 7, 8 KO. im § 1984 BGB. nicht zu folgern, und wie § 76 Abs. 2 angibt, auch gar nicht beabsichtigt. c) Hat das Nachlaßgericht, bei dem die Anordnung der Verwaltung beantragt war, bereits den Waisenrat um Vorschlag eines Nachlaßpflegers ersucht, so ist dieses Ersuchen an den Waisenrat bereits eine „Verfügung" im Sinne der §§ 19, 20 FGG., d. h. der Erbe, der zufällig von solchen Verfügungen Kenntnis erhält, braucht mit Erhebung der sofortigen Beschwerde nicht abzuwarten, bis ihm die Anordnung durch Zustellung bekannt gemacht wird; vielmehr gereicht die Verfügung ihm schon jetzt zur Beschwernis, und er kann sie daher schon jetzt anfechten.

§ 79. ZBlFG. **12** 752 Nr. 608, **RG.** R. **12** Nr. 608. Die Leistung des Offenbarungseids (§ 2006) kann der Gläubiger nur durch Angehung des Nachlaßgerichts, nicht im Prozeßweg erreichen.

§ 81. Vgl. zu § 20 unter III 2 (Unwirksame Ernennung des Vollstreckers).

§ 83. OLG. **23** 372, RJA. **11** 95, ZBlFG. **12** 469, R. **12** Nr. 789 u. 2376 (KG.). Der zur Leistung des Offenbarungseids über den Besitz eines Testaments Verpflichtete hat kein Recht, den Eid vor einem anderen Gericht als dem Nachlaßgerichte zu leisten.

§ 84. KGJ. **42** 120. Gegen die Einziehung eines Erbscheins ist auch nach deren Durchführung die Beschwerde mit dem Ziele auf Erteilung eines neuen gleichlautenden Erbscheins zulässig.

§ 85. 1. *Schwartze, Erbscheininhalt. Jede Ausfertigung des Erbscheins ersetzt die bei den Gerichtsakten verbleibende Urschrift des Erbscheins im Verkehre. Die Ansicht von Strohal (Erbrecht II, 416), es gebe nur einen Erbschein, der dem Antragsteller ausgehändigt sei, nur dieser Erbschein müsse eingezogen werden, die nach § 85 erteilten Ausfertigungen dieses Erbscheins kämen für die Einziehung und Kraftloserklärung nicht in Betracht, sie würden durch Einziehung des Erbscheins ohne weiteres bedeutungslos, ist nicht zu billigen (60 f.). Jede Ausfertigung hat mit der früheren gleichen Wert. Der § 85 steht zu § 2353 BGB. nicht im Gegensatze. Der § 85 verleiht das Recht auf eine Ausfertigung des „nach § 2353 erteilten Erbscheins". Die Berechtigung, eine Ausfertigung zu fordern, läßt sich nicht auf § 2353, sondern nur auf § 85 gründen (61, 62).

2. OLG. **25** 408, ZBlFG. **12** 754 Nr. 619, R. **12** Nr. 924 (Colmar). Auch das den Erbschein verlangende Notariat muß als Behörde das berechtigte Interesse glaubhaft machen, wenn es ihn zu „amtlichen Zwecken" fordert. Mangels entgegenstehender Umstände ist hier anzunehmen, daß der Notar den Erbschein im Interesse eines Dritten fordert, so daß er das Interesse des Dritten und sein Vertretungsrecht nachzuweisen hat.

§ 86. Literatur: Josef, Unverteilte Nachlaßstücke, ZBlFG. **12** 104. — Derselbe, Pseudoerben bei der Auseinandersetzung, R. **11** 439. — Derselbe, Unwirksame und nachträgliche Auseinandersetzungen, BayRpflZ. **11** 241.

I. Antragsberechtigung, Beteiligte. 1. OLG. **23** 373 (KG.). Keine Auseinandersetzung denkbar zwischen Vorerben und Nacherben; jener hat nach Eintritt der Nacherbfolge diesem vielmehr die Erbschaft herauszugeben.

2. ZBlFG. **13** 215 Nr. 138, BadNotZ. **10** 125 (Karlsruhe). Nicht antragsberechtigt ist der durch das Gesetz Berufene, aber durch eigenhändiges Testament von der Erbschaft ausgeschlossene Erbe, auch dann nicht, wenn er geltend macht, daß das Testament, weil Ort und Datum oder eines von beiden unrichtig sei, der Gültigkeit entbehre. Anders, wenn das letztere offenbar zutrifft (§ 12 FGG.).

3. ZBlFG. **12** 751 Nr. 601, R. **12** Nr. 1239 (Colmar). Nicht antragsberechtigt ist der auf den Pflichtteil Beschränkte, auch nicht, wenn er zwar behauptet, der Erblasser sei geisteskrank gewesen, ein Urteil hierüber aber nicht erstritten hat.

4. **RG.** R. **12** Nr. 1230. Bei der Pfändung eines Miterbenanteils ist Zustellung an die anderen Miterben auch dann nötig, wenn ein Testamentsvollstrecker ernannt ist. — Dagegen OLG. **23** 221 (KG.). Zustellung an den Vollstrecker genügt.

5. **RG. 75** 179. Die Miterben sind Drittschuldner, auch wenn für das Erbverhältnis das französische Recht zur Anwendung kommt.

6. Fränkel, ZBlFG. **13** 188. Das Gericht kann zwar Personen, die nicht zu den Beteiligten gehören, zum Verfahren zuziehen, sofern hiervon eine zweckmäßige Verständigung der Erben zu erwarten ist; aber ein Versäumnisverfahren (§§ 91, 93) findet gegen diese Beigeladenen nicht statt.

II. Voraussetzungen, Wesen und Wirkung (JDR. **9** 905 II). 1. *Josef, JheringsJ. **61** 225. An sich betrachtet, hat das Nachlaßgericht selbständig darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen des Auseinandersetzungsverfahrens (also insbesondere eine Mehrheit von Erben) vorhanden sind. Andererseits besteht aber hier die Tätigkeit des Nachlaßgerichts zunächst nur in der Anberaumung des Auseinandersetzungstermins, sowie in der Beurkundung des Teilungsvertrags, so daß das Nachlaßgericht infolge des tatsächlichen Einflusses des prozeßgerichtlichen Urteils wohl ausnahmslos dem Antrag auf Anberaumung des Auseinandersetzungstermins stattgeben wird, wenn durch Urteil die Nichtigkeit des Testaments und das Miterbrecht des Antragstellers als gesetzlichen Erben festgestellt ist (vgl. zu § 12 unter VIII).

2. *Josef, ZBlFG. **12** 104. Die durch den Erbfall entstandene Gesamthandsgemeinschaft besteht an jedem einzelnen Nachlaßgegenstande, bis sie durch eine Rechtshandlung der Erben aufgehoben, insbesondere etwa in Gemeinschaft nach Bruchteilen umgewandelt ist. Ist also die Auseinandersetzung zwar erfolgt, jedoch ein Gegenstand oder einzelne Gegenstände unverteilt geblieben, weil die Erben sie von der Teilung ausgeschlossen haben, oder weil ihnen deren Zugehörigkeit zum Nachlaß unbekannt war, so besteht an diesen Gegenständen die Gesamthandsgemeinschaft der Erben fort. Zu ihrer Beseitigung genügt bei bloßen Forderungen nach § 398 der Vertrag, durch den die Erben sich die Forderung in Bruchteilsgemeinschaft (oder in ziffermäßigen Beträgen) zuweisen. Bei unverteilt gebliebenen Buchhypotheken bedarf es zur Herstellung dieses Rechtszustandes einer Umschreibung im Grundbuche, bei Grundstücken bedarf es zur Umwandlung des Gesamthandseigentums einer Auflassung und das hierauf gerichtete Abkommen der Form des § 313. Besteht hiernach an den unverteilt gebliebenen Gegenständen die Erbengemeinschaft fort, so liegt insofern ein Nachlaß im Sinne des § 86 FGG. vor, und das Nachlaßgericht hat folglich auf Antrag eines Beteiligten das Auseinandersetzungsverfahren einzuleiten, das dann lediglich den unverteilt gebliebenen Gegenstand betrifft und mit der Bestätigung ebenso endet wie die etwa bereits stattgehabte Auseinandersetzung. — Die gesetzlich geregelte Gesamthandsgemeinschaft der Erben besteht unter sämtlichen Miterben und kann durch Vertrag nicht eingeführt werden; daher ist nichtig ein Abkommen, durch das einzelnen Erben ein Grundstück nach den Grundsätzen der Erbengemeinschaft zugewiesen wird.

3. *Josef, R. **11** 439. a) Ist ein Beteiligter zugezogen, der nicht hätte zugezogen werden sollen (z. B. der Pfleger Abwesender, die aber bereits vor dem Erblasser verstorben waren), so ist die Auseinandersetzung erfolgt in der Annahme, daß die Verschollenen als noch lebend mit zur Erbschaft berufen seien. Nachdem diese Annahme sich als unrichtig erwiesen hat, sind die Abwesenden (deren Pfleger) aus dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet, das an sie aus der Erbschaft Gelangte wieder zur Erbengemeinschaft zurückzugeben; das so Zurückgegebene war danach in Wahrheit nicht verteilt, folglich ist das frühere (formell endgültig erledigte, materiell aber in Wahrheit noch nicht beendete) Auseinandersetzungsverfahren wieder aufzunehmen. b) Das Nachlaßgericht wird hier aber gemäß § 87 Abs. 2 die Beibringung einer öffentlich-urkundlichen Erklärung des Pflegers verlangen, worin dieser bekennt, daß der Verschollene nicht Erbe sei, oder eines ihm das Erbrecht absprechenden Urteils. Es genügt auch, daß den Antragstellern ein Erbschein erteilt ist, wonach sie die Alleinerben sind. c) Dagegen ist eine solche Auseinandersetzung nicht als Vergleich (§ 779) anfechtbar (denn der Verschollene war allseitig für den Miterben angesehen und es hat über sein Miterbrecht weder Streit noch Ungewißheit bestanden, noch weniger ist die Auseinandersetzung im Wege „gegenseitigen Nachgebens" bewirkt), noch auch wegen Irrtum; denn die Erben wollten die von ihnen abgegebenen Erklärungen abgeben und kannten deren Inhalt; Wille und Erklärung stimmen überein. Ihr Irrtum betraf also nur einen der Zuweisung des Erbteils an den vermeintlichen Erben vorausgegangenen, außerhalb der Erbteilungserklärung liegenden Umstand, wodurch die wahren Erben bewogen wurden, dem vermeintlichen Erben einen Teil des Nachlasses zuzuweisen. Dieser Irrtum im Beweggrund ist aber unbeachtlich.

4. *Josef, BayRpflZ. **11** 241 (gegen BayObLG., JDR. **9** zu § 93 unter 3). Der Auseinandersetzungsvertrag ist ein auf Veräußerung gegen Entgelt gerichteter Vertrag; jeder Erbe veräußert sein Gesamthandseigentum an die Miterben und erhält dafür entweder Bruchteilseigentum am Nachlaß oder Einzelstücke zu Alleineigentum oder eine bare Vergütung: das bringt das Gesetz zum Ausdrucke durch § 2042 Abs. 2 mit § 757 BGB., wonach jeder Teilhaber wie ein Verkäufer

Gewähr zu leisten hat. Im dort entschiedenen Falle aber erzeugte die frühere Auseinandersetzung weder Rechte noch Pflichten: den beiden Übernehmern waren die Grundstücke durch die Zwangsversteigerung entzogen; allein dafür waren die Miterben nicht haftbar, weil nach dem Vertrage die Übernehmer selbst die schwebende Zwangsversteigerung zu beseitigen hatten; und da die Übernehmer die Grundstücke nicht erhielten, so brauchten sie auch an die Miterbin nicht die Abfindung zu zahlen. Die Auseinandersetzung war danach geschlossen unter der Bedingung, daß die Übernehmer die Zwangsversteigerung der Grundstücke noch beseitigen würden oder beseitigen könnten; diese Bedingung war aber nicht eingetreten.

III. Altrechtliche Sterbefälle; s. zu § 189 unter 4.

§ 87. 1. *Josef, R. **11** 439; s. zu § 86 unter II 3 b.

2. *Josef, JheringsJ. **61** 222. Ist die Auseinandersetzung beantragt und bestreitet ein Dritter deren Zulässigkeit, so kann das Nachlaßgericht gemäß Abs. 2 dem Antragsteller die Beseitigung dieses Widerspruchs, also die Beibringung eines prozeßgerichtlichen Urteils aufgeben. Macht es von diesem Rechte Gebrauch, lehnt es also die selbständige Entscheidung über diesen Widerspruch und hiermit die Anberaumung des Verhandlungstermins ab, so ist das so vom Antragsteller auf das Verlangen des Nachlaßgerichts erwirkte Urteil für dieses bindend (vgl. zu § 12 unter VIII).

3. ZBlFG. **13** 214 Nr. 136, R. **12** Nr. 2378 (Colmar). Der Abs. 2 ist verletzt, wenn das Gericht unterläßt, bei der Auflage der Ergänzung billiges Ermessen walten zu lassen und Rücksicht auf das zu nehmen, was für den Antragsteller ausführbar ist.

§ 88. Bäßler, ZBlFG. **12** 181; s. zu § 46 unter III 2 c.

§§ 91, 93. 1. *Josef, BuschsZ. **42** 30, 41. Wenn der Amtsrichter die Auseinandersetzung, die Dispache, den Wahlkindschaftsvertrag (§ 155 FGG., § 1754 BGB.) bestätigt, so ist dieser Beschluß ein rein formaler; er stellt nur fest, daß die Vorschriften über das Verfahren beobachtet sind, daß die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden sind; er steht gleich dem Ausspruche des Konkursgerichts über die Bestätigung des Zwangsvergleichs, hängt also nicht vom Willen des Gerichts ab, sondern muß erfolgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Bestätigung vorliegen. Dagegen hat das Nachlaßgericht bei der Frage, ob die Auseinandersetzung zu bestätigen ist, zu erwägen, daß Voraussetzung der Bestätigung eine rechtsgültige Auseinandersetzung ist, und daß, wenn auch nur eine einzelne Vereinbarung den §§ 134, 138 BGB. widerstreitet, nach § 139 die ganze Auseinandersetzung nichtig ist. Erteilt das Nachlaßgericht die Bestätigung, so kann folglich nach § 96 die Beschwerde darauf gegründet werden: das Gericht habe die selbstverständliche Verfahrensvorschrift verletzt, die dahin geht, daß die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens durch Beobachtung der Vorschriften des materiellen Rechtes zu sichern ist.

2. OLG. **25** 409, RJA. **12** 27, ZBlFG. **12** 752 Nr. 605, R. **12** Nr. 1074, DJZ. **12** 1360 (Colmar). Ist ein Geschäftsbeschränkter beteiligt, so kann die Bestätigung erst erfolgen, wenn die Genehmigung der Auseinandersetzung durch das Vormundschaftsgericht und die Mitteilung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter an den anderen Teil nachgewiesen ist.

3. KGJ. **41** 249, R. **12** Nr. 2292. Die Versäumniswirkungen einer bestätigten Auseinandersetzung erstrecken sich auf eine von den erschienenen Beteiligten erklärte Löschungsbewilligung auch dann, wenn die Hypothek, deren Löschung bewilligt wird, infolge Erlöschens der Forderung aufgehört hat, Bestandteil des Nachlasses zu sein, soweit sich nicht aus dem Protokoll ein anderer Wille der Beteiligten ergibt.

4. OLG. **25** 409 (Colmar). Hat der Beteiligte der Auseinandersetzung und der Auflassungsvollmacht vor dem Nachlaßgerichte widersprochen und ist dann die Richtig-

keit der Auseinandersetzung durch Urteil festgestellt, so wird durch die demnächst erfolgte Bestätigung das Fehlen der Auflassungsvollmacht nicht ersetzt. Der Erwerber kann auf Grund der vollstreckbaren Auseinandersetzung die Auflassung durch Zwangsvollstreckung erzwingen oder auf Auflassung klagen.

5. Einfluß des Todes auf das Verfahren. *Josef, AZivPr. **110** 410. Die Auseinandersetzung der Miterben kann nur erfolgen, wenn ihre Zustimmung vor dem Nachlaßgericht ausdrücklich erklärt oder im Versäumnisverfahren ergänzt ist. Daher verpflichtet der Tod eines Beteiligten das Gericht, das Verfahren einzustellen, bis die Rechtsnachfolger des verstorbenen Beteiligten feststehen. Dagegen ist die Bestätigung (§§ 91, 93) nur das förmliche Zeugnis des Nachlaßgerichts, daß die Vorschriften über das Verfahren beobachtet sind; dieses Zeugnis könnte folglich das Gericht an sich auch ausstellen, wenn der Erbe, dessen Zustimmung erklärt oder ergänzt ist, demnächst stirbt. Andererseits kann in diesem Falle die vorgeschriebene Bekanntmachung der Bestätigung durch Zustellung nicht erfolgen; da die Bestätigung sonach nicht rechtskräftig werden kann, wird das Gericht sachgemäß auch in diesem Falle von der Bestätigung absehen, bis die Rechtsnachfolger des Verstorbenen feststehen. Stirbt ein Beteiligter nach der Rechtskraft der Bestätigung, so kann das Nachlaßgericht die vollstreckbare Ausfertigung der Auseinandersetzung nur erteilen, wenn der Antragsteller die im § 98 FGG. mit §§ 727, 730 ZPO. vorgeschriebenen Nachweise beibringt.

§ 95. OLG. **24** 103, ZBlFG. **12** 751 Nr. 604 (Colmar). Sind die Beteiligten zum Termine (§ 89) geladen und ist in diesem über die Erbberechtigung und die Höhe des Nachlasses verhandelt, so kommt nur noch Aussetzung oder Aufhebung des Verfahrens, nicht mehr Abweisung des Auseinandersetzungsantrags in Frage. Werden Tatsachen geltend gemacht, die eine frühere Erbteilungsverhandlung als nichtig oder anfechtbar erscheinen lassen, so muß das Nachlaßgericht die erforderlichen Erörterungen selbst vornehmen oder nach Einleitung des Verfahrens den Beteiligten aufgeben, eine Entscheidung des Prozeßgerichts herbeizuführen und bis dahin das Verfahren aussetzen, nicht aber darf es die Einleitung des Verfahrens ablehnen oder das Verfahren aufheben.

§ 96. 1. HessRspr. **12** 88, ZBlFG. **12** 156 Nr. 118 (LG. Gießen). Anwesende, die die Auseinandersetzung genehmigt haben, können die Beschwerde gegen die Bestätigung nur auf die Verletzung wesentlicher, unverzichtbarer Vorschriften stützen (JDR. **9** 907 unter 3).

2. ElsLothNotZ. **11** 281, ZBlFG. **12** 248 Nr. 245 (LG. Straßburg). Zu prüfen ist nur, ob die Beteiligten die gesetzlich vorgeschriebene Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte hatten; daher kann das Gericht, wenn der Erbe und dessen Pfändungsgläubiger im Termin ausgeblieben waren, die Bestätigung der von den Erschienenen genehmigten Teilung nicht von Vorlage des Pfändungsbeschlusses abhängig machen.

3. *Josef, BuschsZ. **42** 30. Materielle Gültigkeit der Abreden; s. oben zu § 91 unter 1 (JDR. **9** 907).

4. Vgl. zu §§ 91, 93 unter 5 (Tod eines Erben).

§ 97. 1. OLG. **25** 409 (Colmar); s. zu §§ 91, 93 unter 4 (Zwangsvollstreckung aus der bestätigten Auseinandersetzung).

2. *Josef, BayRpflZ. **11** 241. Die rechtskräftig erfolgte Bestätigung steht der Wiederaufnahme des Verfahrens zwecks Verteilung des unverteilt gebliebenen Nachlasses nicht entgegen (vgl. zu § 86 unter II 2, 3 a).

§ 98. Vgl. zu §§ 91, 93 unter 5 (Zwangsvollstreckung gegen Erben des Beteiligten).

Sechster Abschnitt. Schiffspfandrecht.

§ 100. 1. Gravenhorst, GruchotsBeitr. **55** 270. Eintragung der Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel (JDR. **9** 907), sowie von Sicherungshypotheken und Lebtagsrechten ist unzulässig.

2. OLG. **25** 371 (KG.). Keine Verpflichtung des Notars, der die Schiffspfandrechtsbewilligung beurkundet hat, ohne Auftrag die Eintragung zu beantragen.

3. Unger, BuschsZ. **41** 180. Wirkung der Beschwerdeentscheidung, durch die eine vom AG. abgelehnte Eintragung angeordnet wird, auf inzwischen gestellte Eintragungsanträge.

4. *Josef, RheinZ. **13** 325. Unanwendbarkeit des § 12; s. zu § 12 unter VII 2.

§ 105. KGJ. **40** 95 (KG.). Falls die Löschung nicht zwecks rechtsgeschäftlicher Aufhebung des Pfandrechts, sondern zur Berichtigung des Registers erfolgen soll, ist die Zustimmung des Eigentümers und die im § 107 vorgeschriebene Form nicht erforderlich.

§ 106. KGJ. **40** 89, RJA. **11** 97, ZBlFG. **12** 470, R. **12** Nr. 753. Als Gläubiger kann nicht eine Reederei als solche, sondern nur die einzelnen Mitglieder unter Angabe der Größe ihrer Parten eingetragen werden. Die Part ist bei ihrer Verpfändung nicht nach ihrem Werte, sondern nach dem auf sie entfallenden Miteigentumsbruchteil an dem Schiffe zu bezeichnen.

§ 107. Vgl. zu § 105.

§ 111. 1. **RG.** LeipzZ. **12** 925. Verfügungsbefugnis des als Berechtigter Eingetragenen; öffentlicher Glaube des Schiffsregisters (JDR. **9** 907).

2. **RG.** LeipzZ. **12** 925, ZBlFG. **13** 578 Nr. 504. Haben es die Mitreeder dabei belassen, daß ihr Korrespondentreeder als Eigentümer in das Register eingetragen war, so haben sie ihm dadurch eine rechtliche Stellung eingeräumt, die ihm nach § 111 die Verpfändung des Schiffes ermöglichte, und der gutgläubige Pfandgläubiger erwirbt danach ein Pfandrecht.

§ 115. Gravenhorst, GruchotsBeitr. **55** 261. Für die Endigung des Schiffspfandrechts ist Löschung im Register nicht wesentlich.

§ 118. Gravenhorst, GruchotsBeitr. **55** 275. Das Recht des Nacherben kann nicht im Schiffsregister eingetragen werden.

§ 124. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 263. Der § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG., wonach bei Einlegung der weiteren Beschwerde der Notar, der für den Beschwerdeführer einen Antrag bei dem Gericht erster Instanz gestellt hat, die Beschwerdeschrift unterzeichnen kann, hat zur Folge, daß die Vorschrift des § 124 (§§ 129, 147, 159, 161), wonach der Notar bei Einlegung der weiteren Beschwerde in Schiffspfandrechts-, Handels- und anderen Registersachen unter den dort angegebenen Voraussetzungen die Beschwerdeschrift unterzeichnen kann, bedeutungslos ist. Denn die weitere Beschwerde gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrags steht nach § 29 Abs. 4 mit § 20 Abs. 2 nur dem zu, für den der Notar den Eintragungsantrag bei der Registerbehörde gestellt hat. Die Befähigung des Notars zur Unterzeichnung der Beschwerdeschrift ergibt sich also in jedem Falle (ebenso wie für Behörden) aus § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG., so daß § 124 bedeutungslos ist.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

§ 126. 1. Marcus, R. **11** 792. Gegen das KG. (JDR. 7 1018) ist der Handelskammer ein Beschwerderecht gegen den ihren Antrag auf Einschreiten wegen unbefugten Firmengebrauchs zurückweisenden Beschluß des Registergerichts zuzusprechen.

2. R. **11** Nr. 1618 (KG.). Die Handelskammer ist nicht berechtigt, die Einforderung eines Prüfungsberichts der von ihr zu bestellenden Revisoren über die Gründung einer Aktiengesellschaft zu beantragen.

3. RJA. **11** 39, OLG. **24** 171, ZBlFG. **12** 69, R. **11** Nr. 3549 (KG.). Der Handelskammer steht die Beschwerde nicht zu gegen den Beschluß des Registergerichts, durch den ihr auf Bestellung besonderer Revisoren zur Prüfung des Gründungsherganges einer Aktiengesellschaft gerichteter Antrag abgelehnt ist.

§ 127. 1. *Josef, JheringsJ. **61** 227; Ehrenberg, ebendas. 450. Bindende Wirkung des Urteils für das Registergericht; s. zu § 12 unter VIII.

2. RJA. **12** 60 (KG.). An sich ist die Aussetzung auch im Löschungsverfahren aus § 142 anwendbar; aber das Registergericht ist nicht befugt, seine Verfügung bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts deshalb auszusetzen, weil das ihm beigebrachte Material zur Entscheidung nicht ausreicht.

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 324. Die Aussetzung ist nur aus triftigen Gründen und nur nach Anhörung des Antragsgegners zulässig.

§ 128. 1. RJA. **11** 216, R. **12** Nr. 1699 (KG.). Beweiskraft des Gerichtsschreiberprotokolls; s. zu § 12 unter I 7 a.

2. ThürBl. **59** 19, ZBlFG. **12** 755 Nr. 627 (Jena). Auch in Sachsen-Weimar ist nur der Gerichtsschreiber des zuständigen Registergerichts zur Entgegennahme der Anmeldungen befugt.

3. *Josef, HoldheimsMSchr. **11** 109. Ersucht das Registergericht ein anderes Gericht um Entgegennahme der Anmeldung, so kann nur der Richter des ersuchten Gerichts in seiner Eigenschaft als Vorsteher des AG. als Urkundsamts die Anmeldung beurkunden.

Literatur: Josef, Das Antragsrecht ausländischer Notare zum Handelsregister, HoldheimsMSchr. **12** 69. — Derselbe, Das Antragsrecht des Notars zum Handelsregister, ebd. 146.

§ 129. 1. KGJ. **41** 136. Der Notar, der die zur Eintragung der Satzungsänderung erforderliche Anmeldung beglaubigt hat, ist ermächtigt, die Eintragung zu beantragen und diesen Antrag durch Beschwerde zu verfolgen.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 263. Verhältnis des § 29 Abs. 1 Satz 3 zum § 129; s. zu § 124.

3. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 69. Vorschriften der deutschen Gesetze, die für Notare Rechte und Pflichten festsetzen, beziehen sich nur auf deutsche Notare; folglich steht auch die in § 129 FGG. und ähnlichen Vorschriften enthaltene Vermutung der Ermächtigung des Notars zur Antragstellung nur deutschen Notaren zu. Durch Staatsverträge und Herkommen ist nur den im Auslande von dortigen Notaren erfolgten Beurkundungen selbst die Wirksamkeit der im Inland erfolgten Beurkundungen beigelegt.

4. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 146. Das Vorbild des § 129 (§ 161) FGG. ist der § 15 GBO., folglich soll nach der Absicht des Gesetzes der Notar nicht bloßer Übermittler des von den Beteiligten bereits gestellten Antrags auf Eintragung und nicht bloß zur Empfangnahme der die Eintragung ablehnenden Verfügung und zur Beschwerdeführung gegen sie ermächtigt sein, sondern er soll ein selbständiges Recht haben, die Eintragung zu beantragen. Während nun die Eintragungen im Grundbuch auf Grund der von dem Antrage streng zu sondernden Bewilligung erfolgen, erfolgen die Eintragungen in das Handels(Güterrechts-)register auf Grund des bloßen Antrags, der sog. Anmeldung, die auf keinerlei urkundliche Nachweise gestützt zu werden braucht, aber immerhin materiellrechtlichen Inhalts insofern ist, als die Beteiligten durch die Anmeldung sich zu dem ihr zugrunde liegenden materiellen Rechtsgeschäfte bekennen. Und da der § 129 (§ 161) dem Notar ein selbständiges Antragsrecht einräumt, so ist die zur Eintragung erforderliche Erklärung im § 129

(§ 161) lediglich zu verstehen als die materiellrechtliche Erklärung, auf Grund deren eine Anmeldung zu erfolgen hat. Der Notar, der den Dienstvertrag zwischen Geschäftsinhaber und Prokurist oder den Gesellschafts- oder den Ehevertrag beurkundet (beglaubigt) hat, ist also ermächtigt, diese Rechtsverhältnisse namens der Beteiligten zum Register anzumelden.

§§ 132—140. Ordnungsstrafverfahren. Literatur. Josef, Aussetzung des Ordnungsstrafverfahrens, HoldheimsMSchr. 11 315. — Derselbe, Ablehnung einer Eintragung bei gleichzeitiger Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens gegen Aufsichtsratsmitglieder, eb. 12 150 und R. 12 437. — Derselbe, Die Beschwerde gegen die Höhe der festgesetzten Ordnungsstrafe, HoldheimsMSchr. 11 318. — Derselbe, Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen das Verbot unbefugten Firmengebrauchs, eb. 319.

§ 132. 1. **a)** Marcus, DJZ. **12** 454. Eine Ausdehnung des Verfahrens ist gegen Mitglieder des Aufsichtsrats im Interesse der Gesellschaft geboten und im Wege der Analogie zulässig. **b)** Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 150, R. **12** 437. Auch für das Ordnungsstrafverfahren gilt der Grundsatz des allgemeinen Strafrechts, daß eine Handlung nur dann mit Strafe belegt werden kann, wenn diese Strafe gesetzlich festgelegt ist, und daß im Wege der Analogie niemals eine Strafbestimmung hergeleitet werden kann. Und da die im § 132 FGG. angezogenen §§ 14, 319, 325 HGB. das Ordnungsstrafverfahren nur gegen die zur Einreichung von Schriftstücken Verpflichteten, ferner gegen Vorsteher, Liquidatoren und persönlich haftende Gesellschafter erwähnen, so ist jenes Verfahren unzulässig gegen Mitglieder des Aufsichtsrats zur Erzwingung der ihnen gegen die Gesellschaft obliegenden Verpflichtungen. **c)** KGJ. **42** 167, RJA. **12** 35. Die Verpflichtung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, eine Generalversammlung zu berufen, kann vom Registergerichte nicht erzwungen werden.

2. KGJ. **41** 123, RJA. **11** 205, R. **12** Nr. 1669. Gegen die für die Vorstandsmitglieder gewählten Stellvertreter darf sich das Verfahren nicht richten, wenn es bereits gegen sämtliche ordentliche Vorstandsmitglieder eingeleitet worden ist.

3. RJA. **12** 46 (Jena). Soll eine offene Handelsgesellschaft, die wegen Vorliegens eines nur handwerksmäßigen Betriebs zu Unrecht eingetragen ist, gelöscht werden, so ist lediglich nach § 142 vorzugehen, das Ordnungsstrafverfahren dagegen unzulässig.

4. **RG.** JW. **10** 232. Die §§ 132 ff. sind nicht Schutzvorschriften zugunsten der Angestellten im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

5. Beschwerde des Dritten wegen Ablehnung der Verfahrenseinleitung, s. zu § 140 unter 4.

6. Einfluß des Todes des Pflichtigen auf das Verfahren. *Josef, ACivPr. **110** 411. Stirbt der im Ordnungsstrafverfahren des Registergerichts Belangte und führen seine Erben das von ihm betriebene Handelsgeschäft fort, so ist gegen sie ein neues Verfahren behufs Erzwingung der Firmenanmeldung oder behufs Beseitigung der Weiterführung der bereits vom Erblasser zu Unrecht geführten Firma einzuleiten. Melden die Erben das Erlöschen der Firma an, so kann das Registergericht ausnahmsweise gemäß § 12 Abs. 2 HGB. die Erbeneigenschaft als festgestellt ansehen, auch wenn sie nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen ist.

§ 133. 1. KGJ. **40** 83, RJA. **11** 44, ZBlFG. **12** 72, R. **11** Nr. 3551, DJZ. **12** 455. Ist die zu erzwingende Auflage erfüllt, so darf die Strafe nicht mehr festgesetzt werden, auch wenn die gestellte Frist versäumt worden war. Die Strafe nach § 133 ist Zwangsmittel, nicht Ungehorsamstrafe.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **11** 315. Hat das Registergericht, weil der Beteiligte die im § 132 vorgeschriebene Aufforderung unbefolgt gelassen hat, die Ordnungsstrafe festgesetzt und die Aufforderung wiederholt, legt jener aber gegen die Straffestsetzung Beschwerde und gegen die erneute Aufforderung Einspruch ein, so hat das Registergericht bei der Entscheidung über den Einspruch die Frage nach der gesetzlichen Verpflichtung des Beteiligten zu der anbefohlenen Handlung zu prüfen, während dem Beschwerdegerichte die Prüfung dieser Frage durch § 139 Abs. 2 verboten ist. Und da die Beschwerde gegen die Straffestsetzung nur gestützt werden kann auf Umstände, die der Strafandrohung zeitlich nachfolgen, danach die Entscheidung des Beschwerdegerichts für das Registergericht keine Bedeutung hat, so darf das Registergericht die Entscheidung über den Einspruch nicht bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts aussetzen. Andererseits kann, da das Registergericht bei der Entscheidung über den Einspruch gemäß § 136 auch die (durch Beschwerde angefochtene) Straffestsetzung beseitigen, die Beschwerde also hierdurch gegenstandslos werden kann, das Beschwerdegericht die Entscheidung über die Beschwerde bis zur Entscheidung des Einspruchs aussetzen. Setzt dem zuwider das Registergericht das Verfahren aus, so steht dem Beteiligten hiergegen die Beschwerde zu. Lehnt dagegen das Beschwerdegericht die Aussetzung ab, so ist diese Zwischenverfügung unanfechtbar, und auch die gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts zulässige weitere Beschwerde kann keinen Erfolg haben, da die Aussetzung vom freien Ermessen des Beschwerdegerichts abhängt.

§ 135. Unger, BuschsZ. **41** 148. Ist die Beschwerde gegen die nach Abs. 1 erfolgte Aufhebung der Strafandrohung begründet, so hat das Beschwerdegericht die im Abs. 2 bezeichneten Entscheidungen zu erlassen.

§ 136. 1. *Josef, HoldheimsMSchr. **11** 315; s. zu § 133 unter 2.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **11** 317. Wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde gegen die Straffestsetzung zurückweist, so kann das Registergericht dennoch von der Befugnis des § 136 Gebrauch machen. Denn der Registerrichter ändert hiermit nicht die Beschwerdeeintscheidung, sondern er beseitigt seine eigene frühere (vom Beschwerdegrichte bestätigte) Entscheidung vermöge seines Rechtes zum Straferlasse (gegen Unger, BuschsZ. **41** 183).

§ 139. 1. *Josef, HoldheimsMSchr. **11** 315; s. zu § 133 unter 2.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **11** 318 (gegen Marcus, JDR. **9** 910). Der Abs. 2 des § 139 will erreichen, daß die materiellen Voraussetzungen des Strafausspruchs lediglich im Einspruchsverfahren vor dem Registergerichte geprüft und jeder Prüfung des Beschwerdegerichts entzogen werden. Zu den materiellen Voraussetzungen des Strafausspruchs gehört auch die Höhe der Strafe; diese Höhe bestimmt das Registergericht je nach den Umständen in der strafandrohenden Verfügung und es hält sie im Strafausspruch aufrecht. Die Beschwerde kann folglich nicht darauf gestützt werden, daß die Höhe der festgesetzten Strafe nicht gerechtfertigt sei.

3. KGJ. **42** 167, RJA. **12** 35. Ist das Registergericht gegen einen Beteiligten mit Ordnungsstrafen eingeschritten, obwohl es hierzu gesetzlich nicht berechtigt war, so ist die Beschwerde gegen die Straffestsetzung auch bei Versäumung der Einspruchsfrist zulässig (dagegen Josef, HoldheimsMSchr. **10** 84, JDR. **9** zu § 132 unter 3).

4. Marcus, KGBl. **11** 104. Winke zur Behandlung der nach Abs. 2 unzulässigen Beschwerden.

§ 140. 1. SeuffBl. **10** 429, ZBlFG. **11** 175 Nr. 118 b (BayObLG.). Die Beschwerde gegen die Festsetzung der angedrohten Strafe kann nicht auf Gründe gestützt werden, für deren Geltendmachung der Einspruch gegen die androhende Verfügung des Registergerichts gegeben ist.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. 12 68. Lehnt das AG. den Antrag auf Eintragung einer vom Antragsteller gebrauchten Firma ab und leitet es gleichzeitig gegen ihn ein Ordnungsstrafverfahren wegen unzulässiger Firmenführung ein, so ist eine Beschwerde des Anmeldenden gegen die Aufforderung aus § 140 mit § 132 Abs. 2 ausgeschlossen. Dagegen steht ihm die Beschwerde zu gegen die Ablehnung des Eintragungsantrags. Denn das Verfahren auf Eintragung der Firma und das Ordnungsstrafverfahren sind zwei gesonderte, ganz verschiedene Verfahren der FG.; und der Umstand, daß in beiden Verfahren dieselbe Rechtsfrage zu erörtern ist, begründet keinen Ausschluß des an sich begründeten Beschwerderechts, sondern nur den Anlaß zur Aussetzung des Ordnungsstrafverfahrens bis zur Entscheidung über die Beschwerde.

3. *Josef, HoldheimsMSchr. 11 319. Im Verfahren wegen Firmenmißbrauchs ist zwar das nach § 140 Ziff. 1 zu erlassende Firmengebrauchsverbot zeitlich unbeschränkt und wirkt daher über die einzelne Zuwiderhandlung, wegen deren die Strafe festgesetzt ist, hinaus fort. Dennoch ist, wenn die Strafe festgesetzt wird, die frühere Aufforderung mit erneuter Strafandrohung zu wiederholen, weil der Wortlaut des im § 140 mitangezogenen § 133 dies erfordert, überhaupt ohne erneuerte Strafandrohung eine neue Strafe nicht, noch weniger die zumeist gebotene höhere Strafe festgesetzt werden kann. — Das Registergericht kann eine nach dem Verbotserlaß erfolgte Zuwiderhandlung regelmäßig für völlig erwiesen halten, wenn sie ihm angezeigt wird seitens einer Behörde oder eines gewerblichen Verbandes. Ist die Anzeige dagegen erfolgt von einer Privatperson, so hat das Gericht die Richtigkeit der Anzeige durch Einholung behördlicher Auskunft, durch Abhörung des Beteiligten und andere Ermittelungen zunächst zu untersuchen und nur, wenn es so die Anzeige für richtig befindet, die Strafe festzusetzen.

4. Marcus, HoldheimsMSchr. 11 182. Das Beschwerderecht des Dritten kann sich, soweit statt bloßer Anregungsbefugnis die Voraussetzungen für ein Antragsrecht gegeben sind, gegen Ablehnung des Verfahrens, aber nicht gegen jederlei ablehnende Verfügung innerhalb desselben richten, z. B. nicht gegen die Höhe der Ordnungsstrafe, deren Höhenbestimmung ein lediglich öffentlich rechtlicher Akt ist. Dagegen findet die Beschwerde statt, wenn der Dritte einen Tatbestand als unter die Strafandrohung fallend angesehen wissen will, z. B. ob ein untersagter Firmengebrauch in einer bestimmten Telephonadresse zu finden ist.

§ 141. 1. RJA. 11 36, ZBlFG. 12 68, R. 11 Nr. 3361 (KG.). Der Pächter eines Handelsgeschäfts ist zur Anmeldung seiner eigenen Firma verpflichtet, wenn der Verpächter nicht ausdrücklich in die Fortführung der bisherigen Firma gewilligt hat. Mit dem Ablaufe des Pachtvertrags ist der Pächter zur Abmeldung der Firma anzuhalten, wofern er aufhört, ein Handelsgeschäft zu betreiben. Das Verfahren aus § 141 findet hier also nicht Anwendung.

2. R. 12 Nr. 1939 (BayObLG.). Auch wenn nicht das Registergericht, sondern das Beschwerdegericht den Widerspruch zurückgewiesen hat, ist die Beschwerde eine sofortige.

§ 142. Literatur: Josef, Anordnung einer Offiziallöschung durch das Gericht der weiteren Beschwerde, HoldheimsMSchr. 12 265. — Derselbe, Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister und Offiziallöschungsverfahren, LeipzZ. 12 636.

1. RJA. 12 60 (KG.). Das Registergericht ist nicht befugt, die Eintragung eines Kommanditisten im Handelsregister von Amts wegen deshalb zu löschen, weil die der Eintragung zugrunde liegende Anmeldung nicht von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt worden ist.

2. KGJ. 41 115, RJA. 11 114, ZBlFG. 12 483, R. 12 Nr. 798. Das Registergericht ist nicht befugt, eine Firma von Amts wegen im Handelsregister zu

löschen, wenn sie zu Zwecken des Wettbewerbes gebildet und geeignet ist, Verwechselungen mit einer anderen Firma hervorzurufen.

3. RJA. 11 216, R. 12 Nr. 1699 (KG.). Ist eine Eintragung unrichtig, so ist sie auch dann zu löschen, wenn sie dem Eintragungsantrag entspricht.

4. Marcus, HoldheimsMSchr. 11 166. Beschließt das Gericht nach erfolgter Löschung der Firma einer Aktiengesellschaft gemäß § 302 HGB. die Wiedereröffnung der Liquidation, so sind die §§ 142, 143 FGG. unanwendbar. Die Löschung des als unrichtig befundenen Löschungsvermerkes betreffend die Liquidationsfirma um die Neueintragung dieser ist nur ein Anhängsel der richterlichen Feststellung, daß die Liquidationsbeendigung auf Grund unrichtiger tatsächlicher Unterlagen zu Unrecht eingetragen war.

5. Unger, BuschsZ. 41 396. Der § 142 will nur ein neu beschlossenes Verfahren über die von Amts wegen zu erörternde Änderung einer unzulässigen Eintragung ordnen, nicht aber in den Instanzenzug eines bereits anhängigen Verfahrens eingreifen; daher ist auch die weitere Beschwerde gegen die bereits ausgeführte eine Eintragung in das Register anordnende Beschwerdeentscheidung zulässig.

6. *Josef, LeipzZ. 12 636. a) Die für das Offiziallöschungsverfahren in §§ 142, 144 FGG. getroffenen Vorschriften, wonach die Löschung nur stattfindet, wenn die Eintragung wegen Verletzung wesentlicher gesetzlicher Voraussetzungen unzulässig war oder wenn der eingetragene Gesellschaftsbeschluß auf Verletzung zwingender gesetzlicher Vorschriften beruht und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint und auch nur insofern das Vorhandensein dieser Voraussetzungen unter Festsetzung einer Widerspruchsfrist an den Betroffenen festgestellt ist, bezwecken allgemein den Schutz der durch eine Eintragung geschaffenen Rechtslage; daher gelten sie auch für den Fall, daß der Beeinträchtigte die Beseitigung der Eintragung durch Beschwerde beantragt. — Es steht in seiner Wahl, das Offiziallöschungsverfahren anzuregen oder statt dessen gegen die Eintragung unmittelbar die Beschwerde einzulegen. b) Die §§ 142—144 FGG. setzen voraus, daß das Gericht eine Löschung gegen den Willen des Eingetragenen beabsichtigt; daher soll diesem durch die Bekanntmachung und Fristbestimmung Gelegenheit zur Wahrung seiner Rechte (Aufrechterhaltung der Eintragung) gegeben werden. Jene Vorschriften finden folglich schon begrifflich nicht Anwendung, wenn der Eingetragene selbst die Löschung beantragt; mindestens verzichtet er hiermit stillschweigend auf Benachrichtigung und Fristbestimmung. Daher kann, wenn der Eingetragene selbst beim Registergerichte die Löschung anregt oder wenn er gegen die Eintragung unmittelbar Beschwerde führt, die Löschung angeordnet werden auf Grund des § 18, sonach ohne Einhaltung des in §§ 142, 144 vorgeschriebenen Verfahrens.

7. PosMSchr. 11 117, ZBlFG. 12 313 Nr. 310 c (KG.). Auch das Beschwerdegericht hat die Verfahrensvorschriften der §§ 142 Abs. 2, 3, 141 Abs. 3, 4 einzuhalten. Seine Eintragungsanordnung ist aber trotz Verletzung dieser Vorschriften nicht aufzuheben, wenn die Eintragung richtig ist.

8. *Josef, HoldheimsMSchr. 12 265 (unter teilweiser Änderung der früheren Ansicht, s. JDR. 7 zu § 142 unter 1 c). Die §§ 142—144 FGG., also die Verpflichtung des Gerichts, vor Anordnung einer Löschung den Beteiligten hiervon Kenntnis zu geben und ihnen eine Widerspruchsfrist zu setzen, gelten auch, wenn der durch die Eintragung Beeinträchtigte im Wege der Beschwerde die Löschung beantragt. Daher hat das Gericht der weiteren Beschwerde, wenn es im Gegensatze zum Gerichte der ersten Beschwerde die Löschung für geboten erachtet, sich auf Aufhebung der Beschwerdeentscheidung zu beschränken und die Sache an das AG. zurückzuverweisen, damit dieses zur Tätigkeit der Bekanntmachung und Fristsetzung als eine Ausführung der ergangenen Entscheidung bewirken. Das Gericht der weiteren

Beschwerde kann also nicht von der Bekanntmachung und Fristsetzung absehen und seinerseits ohne diese Maßregeln die Löschung anordnen.

9. Ehrenberg, JheringsJ. **61** 483. Hat der die Löschung Anregende ein Urteil erstritten, durch das die Unzulässigkeit der Eintragung festgestellt ist, so verliert der Beklagte das Recht des Widerspruchs im Löschungsverfahren, folglich auch das Recht auf Bekanntmachung der beabsichtigten Löschung (vgl. zu § 12 VIII 5).

10. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 65 (Rückwirkende Kraft der Löschung). Ist eine Prokura oder eine offene Handelsgesellschaft eingetragen, stellt sich aber nachträglich heraus, daß die Unterschrift des Prinzipals gefälscht oder daß ein Gesellschafter entmündigt war, so hat die gemäß § 142 erfolgende Löschungsverfügung rückwirkende Kraft, derart, daß kein Dritter sich auf die erfolgte Eintragung berufen kann; hier war die Verfügung (Eintragung) von Anfang an nichtig, wirkungslos. Eine Ausnahme gilt im Falle des § 5 HGB.: hat z. B. ein Gewerbetreibender zu der Zeit, da er in das Handelsregister eingetragen war, mündlich eine Bürgschaft übernommen, so bleibt sie gültig, auch wenn die Eintragung nachträglich aus dem Grunde gelöscht wird, weil das Gewerbe niemals über den Handwerksbetrieb hinausging (vgl. zu § 25 unter 7).

§ 144. 1. OLG. **24** 162, RJA. **11** 33, ZBlFG. **12** 64, R. **11** Nr. 3356 (KG.). Ist im Offiziallöschungsverfahren der beteiligten Gesellschaft eine kürzere als die gesetzliche Frist von drei Monaten gesetzt und hat sie binnen dieser Frist Widerspruch erhoben und begründet, ohne die Einhaltung der dreimonatlichen Frist zu verlangen, so macht die begangene Verletzung des Gesetzes nicht die Aufhebung der Entscheidung erforderlich. Beteiligt am Verfahren ist nur die Gesellschaft (vertreten durch den Geschäftsführer), nicht aber die einzelnen Gesellschafter.

2. R. **11** Nr. 3704 (KG.). Eine Aktiengesellschaft, bei der es sich um eine religiöse Gesellschaftsbildung handelt auf Grundlage einer freien, nicht zur Gemeinschaft der anerkannten Landeskirche gehörigen Religionsgesellschaft, ist in Preußen ohne Erfüllung des Art. 13 VerfUrk. nichtig und unterliegt der Offiziallöschung.

§§ 150, 151. RJA. **11** 197, LeipzZ. **11** 563, R. **11** Nr. 2473 (Hamburg). Auch die mit dem Schiffe beförderten Postsachen unterliegen der Beitragspflicht bei der großen Haverei; der Absender ist also bei der Dispache beteiligt.

§ 157. Unger, BuschsZ. **39** 47. Der Abs. 2 trifft insbesondere Einwendungen gegen das Vorhandensein der Voraussetzungen des ganzen Verfahrens sowie gegen die materielle Richtigkeit der vom Dispacheur aufgemachten Dispache, nicht aber Einwendungen gegen die Leitung des dem Widerspruche nachfolgenden Verfahrens oder gegen unrichtige Würdigung derjenigen durch die erstinstanzlichen Einwendungen veranlaßten Rechtsvorgänge, auf Grund deren nach §§ 155 Abs. 3, 156 Abs. 2 das erstinstanzliche Gericht die Dispache hätte berichtigen müssen.

Achter Abschnitt. Vereinssachen, Güterrechtsregister.

§ 159. Witkowski, R. **10** 83. Der § 159 nimmt Bezug lediglich auf § 142, nicht auch auf § 144. Daher kann ein Verein nicht als nichtig (§ 144) gelöscht werden, sondern es kann nur die Eintragung als mangels wesentlicher Voraussetzung unzulässig (§ 142) gelöscht werden; und die Entscheidung hierüber steht nur dem Registergerichte (nicht dem Prozeßgerichte) zu, so daß die Eintragung konstitutiv wirkt.

§§ 159, 161. *Josef, HoldheimsMSchr. **12** 146 u. 263. Antragsrecht des Notars s. zu §§ 124, 129 unter 3, 4.

Neunter Abschnitt. Offenbarungseid. Untersuchung von Sachen. Pfandverkauf.

§ 163. 1. ZBlFG. **12** 296 (LG. Zwickau). Die Anberaumung eines Termins zur Offenbarungseidesleistung hat zur Voraussetzung, daß der Antragsteller die zu beeidigenden Angaben des Schwurpflichtigen dem AG. beibringt.

2. *Josef, ZBlFG. **12** 450 (vgl. JDR. **9** 913). Beantragt der auf Erteilung einer Auskunft Berechtigte die Anberaumung eines Termins aus § 163 und ergibt sein Antrag nicht, daß und welche Auskunft ihm der Pflichtige bereits erteilt hat, so ist der Antrag nicht zurückzuweisen, sondern das Gericht hat den Antragsteller zur Ergänzung des Antrags in der gedachten Richtung aufzufordern. Der Antragsteller, der den Pflichtigen bis dahin zur Auskunftserteilung nicht aufgefordert hat, erhält hiermit Gelegenheit, dies noch nachträglich zu tun. Zeigt er sodann dem Gerichte den Inhalt der ihm gewordenen Auskunft an, so ist der Termin zur Eidesleistung anzuberaumen und der Eid dem erschienenen Pflichtigen abzunehmen, ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Antragsteller eine Verurteilung des Pflichtigen zur Eidesleistung im Prozeßweg (§ 2028 Abs. 2, 3 BGB.) hätte erzwingen können. Dagegen ist der Antrag auf Terminsanberaumung abzulehnen, wenn nach Inhalt des Antrags oder nach der vom Berechtigten dem Gericht auf die Aufforderung zur Ergänzung gemachten Anzeige der Pflichtige eine Auskunft bisher gar nicht erteilt oder gar ausdrücklich verweigert hat.

3. OLG. **25** 413, ZBlFG. **13** 368 Nr. 263, R. **12** Nr. 2585 (BayObLG.). Keine Entscheidungspflicht des Nachlaßgerichts über die Pflicht zur Eidesleistung und zur Kostentragung.

§ 164. RJA. **12** 55 (KG.). Ist eine offene Handelsgesellschaft durch den Tod des einen Gesellschafters aufgelöst und führt der andere das Geschäft mit der Firma fort, so ist das Registergericht nicht befugt, einen Sachverständigen auf Kosten der Gesellschaft zu dem Zwecke zu bestellen, das Abfindungsguthaben der Erben durch eine Inventur und Bilanz festzustellen.

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

Literatur: Josef, Beurkundung der Erklärung über Bestehenbleiben der Hypothek, BayNotV. **12** 414. — Derselbe, Beurkundung von Tatsachen durch den Notar, Bad. NotV. **12** 85. — Derselbe, Beurkundung von Erklärungen Geschäftsbeschränkter, ZBlFG. **12** 340. — Derselbe, Ablehnung richterlicher Beurkundung wegen Lebensgefahr, DRZ. **11** 408.

§ 167. I. Zuständigkeit. 1. *Josef, BayNotV. **12** 414 (vgl. du Chesne, JDR. **9** 914 unter 5). Der § 91 Abs. 2 ZVG. verleiht dem Vollstreckungsgerichte die Zuständigkeit zur Beurkundung der Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Hypothek, also der Vereinbarung mit allen ihren die Hypothek betreffenden Bestandteilen. Als ein Bestandteil jener Vereinbarung stellen sich nun auch dar die Abreden über die Änderung der Zins- und Zahlungsbedingungen. Daher ist das Vollstreckungsgericht als solches zur Beurkundung auch dieser Abreden, ja sogar zur Beurkundung der Erklärung eines Dritten zuständig, der der Haftung für die Sicherheit der Hypothek gegenüber dem Gläubiger, also eine Bürgschaft für den Ersteher, übernimmt. Denn alle diese Erklärungen hängen mit dem Verteilungsverfahren dergestalt zusammen, daß sie einen zu ihm gehörigen Akt darstellen; ihre Beurkundung erfolgt sonach in Form des zivilprozessualen Protokolls (das keiner Unterzeichnung durch die Beteiligten bedarf), und nicht nach den Vorschriften der §§ 168 ff. FGG. Dagegen sind diese letzteren anzuwenden, wenn der Versteigerungsbeamte die Beurkundung jener Vereinbarung außerhalb des Versteigerungstermins bewirkt.

2. *Josef, ZBlFG. 12 341. Behufs Heranziehung des Erzeugers zur Unterhaltspflicht lädt der Richter in seiner Eigenschaft als Vormundschaftsrichter die Beteiligten zum Termin, und in dieser selben Eigenschaft als Vormundschaftsrichter verhandelt er gütlich mit den Beteiligten. Kommt aber eine Einigung zustande, so bewirkt der Richter deren Beurkundung nicht in seiner Eigenschaft als Vormundschaftsrichter, sondern in seiner Eigenschaft als Beurkundungsrichter, als Vorsteher des AG. als des Urkundsamts. Das tritt besonders hervor in dem Regelfalle, wo der Richter die Verpflichtungserklärung des Erzeugers in vollstreckbarer Urkunde beurkundet: der Vormundschaftsrichter als solcher ist zu einer solchen Beurkundung ganz außerstande.

3. *Josef, BuschsZ. 42 28. Kommt im echten Streitverfahren (JDR. 9 876) ein Vergleich der Beteiligten zustande, so ist der Antrag auf gerichtliche Tätigkeit grundsätzlich erledigt; eine Vorschrift wie die des § 160 ZPO., nach der das Gericht der FG. den Vergleich aktenkundig machen, ihn zu Protokoll nehmen müßte, besteht nicht; dem Gerichte der FG. ist nur die Entscheidung über den Erlaß der beantragten Anordnung übertragen. Doch wird der Richter im Interesse der Beteiligten den Vergleich in irgendeiner Weise offenkundig machen, und zwar (wofern das AG. zugleich Urkundamt ist, Art. 31 PrFGG.) durch Beurkundung nach den Vorschriften der §§ 168 ff. Die Beurkundung in dieser letzteren Art liegt dann freilich ganz außerhalb des Verfahrens über den Antrag auf die verlangte Anordnung; die Beurkundung ist danach ein ganz selbständiges Verfahren der FG.

4. OLG. 23 382, R. 12 Nr. 2359 (Celle). Die in Preußen aufgenommenen Urkunden eines mecklenburgischen Notars sind keine öffentlichen. — Dazu Weißler, DNotV. 12 619. Die Gültigkeit der Urkunde des mecklenburgischen Notars ist zunächst nach mecklenburgischem Rechte zu beurteilen und muß, wenn sie nach diesem gültig war, im ganzen Reiche anerkannt werden.

II. Rechtsgeschäftliche Erklärungen und sonstige Tatsachen. 1. **RG.** JW. 11 576 Nr. 8. Ein Protokoll über die Generalversammlung einer GmbH. kann sich auf die bloße Feststellung von Vorgängen beschränken, es kann aber auch rechtsgeschäftliche Erklärungen des Unterzeichners enthalten (JDR. 9 915 unter 3).

2. **RG.** 75 259 (266), R. 11 Nr. 1032 u. 1044. Die §§ 168 ff. gelten nicht für die Protokolle über die Beschlußfassungen in Gläubiger- oder sonstigen Generalversammlungen, bei denen es sich mehr um die Beurkundung tatsächlicher Vorgänge als um die eines Rechtsgeschäfts handelt. Insbesondere ist nach § 259 HGB. die Unterschrift einer weiteren Person als die des Notars nicht erforderlich.

3. OLG. 25 4, DJZ. 12 1413 (KG.). Unzuständigkeit des Notars zur Erteilung eines Zeugnisses über den Inhalt einer Vollmachtsurkunde.

4. DNotV. 12 264. Notarielle Zeugenvernehmungen.

5. Howeg, R. 13 27. Zuständigkeit des Notars zur Bescheinigung über das Vorhandensein von Vermögen?

6. *Josef, BadNotV. 12 85. a) Ist der Notar nach Landesrecht zuständig zur Beurkundung von Tatsachen, so ist der Begriff dieser sprachlich zu deuten, also als etwas Geschehenes, Feststehendes, das nicht bezweifelt werden kann. Daraus folgt: α. die zu beurkundende Tatsache muß eine solche sein, die nach außen hervortritt, die also mit Gesicht und Gehör (nicht etwa bloß mit dem Gefühle, der Zunge oder Nase) wahrgenommen werden kann, und zwar so, daß — wie bei Erklärungen — ihre genaue Wiedergabe (nicht wie bei Geräuschen eine bloße Beschreibung des Gehörten) möglich ist; β. die Beurkundung darf niemals hinauskommen auf ein Urteil, auf Schlußfolgerungen des Notars; er kann also mit beweisender Kraft beurkunden, daß ihm eine Urkunde, deren Inhalt feststeht, vorgelegt ist, nicht aber, daß die ihm vorgelegte Urkunde (Vollmacht oben 3,

Ehevertrag) einen bestimmten Inhalt habe: denn eine solche Beurkundung käme hinaus auf ein Urteil über die rechtliche Wirksamkeit der Urkunde. Der Notar kann also beurkunden, daß dem befreiten Vorerben bei der Verfügung über eine Nachlaßforderung eine Zahlung geleistet ist, so daß hiermit die Entgeltlichkeit der Verfügung (§ 2113 Abs. 2 BGB.) erwiesen ist; er kann aber nicht beurkunden, daß Sachen (z. B. Handelsbücher) eine gewisse Beschaffenheit haben, daß jemand einen Wohnsitz habe, auch nicht die Anzahl der entgeltlichen Bezieher einer Zeitung. γ. Der Notar ist nur zuständig zur Wahrnehmung der zu beurkundenden Tatsache, nicht aber zuständig, eigene Handlungen vorzunehmen, durch die erst die Beurkundung ermöglicht werden soll; er ist also nicht zuständig, Messungen oder Proben vorzunehmen und ihr Ergebnis zu beurkunden. Die Fälle, in denen ihm bei der Beurkundung eine erweiterte Tätigkeit dieser Art obliegt (z. B. Versteigerungen, Verzeichnungen, Abmarkungen), sind im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben und hiermit als Ausnahmevorschriften gekennzeichnet. b) Die nach Obigem an sich begründete Zuständigkeit des Notars fällt fort, wenn nach der ausdrücklichen oder sonst erkennbaren Absicht des Gesetzes die Beurkundung anderen Amtsstellen ausschließlich übertragen ist; so ist durch § 1 PStG. die Zuständigkeit des Notars zur Beurkundung von Personenstandsfällen und durch § 164 FGG. die Zuständigkeit zur Feststellung des Zustandes in den dort bezeichneten Fällen ausgeschlossen, selbst wo diese Feststellungen als solche bloßer Tatsachen an sich durch den Notar erfolgen könnten. c) Die so begründete Zuständigkeit des Notars kommt besonders in Betracht zur Unterstützung der Beteiligten, deren Rechtsverhältnisse in öffentliche Bücher und Register eingetragen werden sollen. Der Notar ist insbesondere zuständig zu beurkunden, daß jemand, der in einer Urkunde mit einem ihm nicht rechtlich zustehenden Namen bezeichnet ist oder der die Urkunde mit einem anderen Namen unterzeichnet hat als dem ihm vom Notar bei der Bezeichnung beigelegten, tatsächlich diesen Namen führt. d) Der Notar ist zu Beurkundungen der oben bezeichneten Art grundsätzlich ebenso verpflichtet, wie zu rechtsgeschäftlichen Beurkundungen; er kann aber behufs Prüfung, ob die verlangte Beurkundung überhaupt den Zwecken des Rechtsverkehrs dient, vom Beteiligten Aufschluß verlangen.

III. Beurkundung von Geschäften zweifelhafter Gültigkeit und von Erklärungen Geschäftsbeschränkter (JDR. **9** 915). 1. OLG. **25** 397, ZBlFG. **13** 571 Nr. 458 (KG.). Der Antrag auf Terminsanberaumung zur Verlautbarung nichtiger Geschäfte ist abzulehnen.

2. RheinNotZ. **11** 59, DNotV. **11** 560 (KG.). Die Urkundsperson hat zwar in allen Fällen der Beurkundung die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu prüfen und sie darüber zu belehren; eine Protokollierung dieser Prüfung und Belehrung ist jedoch nur dann erforderlich, wenn die Urkundsperson Zweifel an der Geschäftsfähigkeit hat. Auch dies ist aber nur Sollvorschrift.

3. OLG. **23** 312 (Rostock), Josef, R. **11** 512, ferner ZBlFG. **13** 339. Erklärung minderjähriger Erzeuger zu vollstreckbarer Urkunde s. zu § 2 unter II 3.

4. *Josef, ZBlFG. **12** 340. Beurkundung von Erklärungen Geschäftsbeschränkter, wie JDR. **9** 916. Dazu Pfeiffer, ZBlFG. **13** 394.

IV. Ablehnung der gerichtlichen Beurkundung wegen Lebensgefahr. *Josef, DRZ. **11** 408 (gegen Schwartze, DNotV. **10** 873). Es besteht keine Vorschrift, die den Richter ermächtigt, eine ihm obliegende Amtshandlung, insbesondere Beurkundung, zu verweigern, weil ihre Ausführung für ihn mit Lebensgefahr verbunden ist. In solchem Falle ist aber Voraussetzung der Pflicht des Richters zur Amtsausübung, daß die Handlung wirklich unaufschiebbar ist, und daß die Übernahme der Lebensgefahr in einem vernünftigen Verhältnisse zur Wichtigkeit der Amtshandlung steht. In jedem Falle kann der Richter, wofern

er verpflichtet ist, sich der Lebensgefahr zu unterziehen, zunächst den Versuch machen durch geeignete Maßnahmen die Lebensgefahr zu beseitigen, und bis dies geschehen, die Amtshandlung aufschieben. Verweigert der Richter eine Amtshandlung, insbesondere eine Beurkundung, weil sie für ihn mit Lebensgefahr verbunden ist, so findet hiergegen nicht das Rechtsmittel der Beschwerde, sondern nur die Dienstaufsichtsbeschwerde statt.

V. KGJ. **40** 358. Begriff der Beurkundung für preuß. Gerichtskostengesetz.

§ 170. 1. *Josef, ZBlFG. **12** 194. Ausschließung von der Erteilung der Ausfertigung s. zu § 182 Ziff. 2.

2. **RG.** R. **11** Nr. 1370. Daß der als zuständiger Beamter für die Beurkundung der von einer Stadtgemeinde abzuschließenden Verträge ernannte Beamte selbst Magistratsmitglied ist, macht ihn zur Beurkundung nicht unfähig.

§ 171. 1. ZBlFG. **12** 153 Nr. 99, 308 Nr. 278, **13** 366 Nr. 248 (Colmar); OLG. **23** 380, DNotV. **12** 619, ZBlFG. **12** 149 Nr. 71 ,R. **11** Nr. 2210. Der Notar kann nicht eine Vollmacht auf sich selbst beurkunden, auch wenn sie nur dahin geht, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen und sie dem anderen Teile mitzuteilen. — Dazu **a)** **RG.** RheinNotZ. **56** 183, DNotV. **12** 33, ZBlFG. **12** 243 Nr. 222. Bei Auseinandersetzungen durch das Gericht kann nach dem Willen der Beteiligten angenommen werden, daß dieses ermächtigt ist, Zustimmungserklärungen in Empfang zu nehmen mit der Wirkung, daß mit Eingang der Erklärungen bei Gericht auch dem Vertragsgenossen Mitteilung gemacht ist. **b)** Weißler, DNotV. aaO. **c)** ElsLothNotZ. **11** 338, ZBlFG. **12** 419 Nr. 327 (LG. Colmar). Der Notar kann allerdings nicht die Erteilung der Vollmacht auf sich beurkunden; indes wird die mündlich erfolgte Bevollmächtigung durch die Tatsache der Beurkundung des Vorganges genügend dargetan. **d)** Pos. MSchr. **12** 79 (Posen), Weißler, DNotV. **12** 619. Der Notar kann die anderweit oder auch gar nicht beurkundete Vollmacht übernehmen und auf diese Weise zum Bevollmächtigten werden. **e)** ElsLothNotZ. **13** 139 (LG. Straßburg). Wenn in einer notariellen Urkunde bestimmt ist, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung beim AG. derart beantragt wird, daß der Genehmigungsbeschluß seitens des Gerichts in einer einzigen Ausfertigung dem Notar zugesandt werden und daß durch den Eingang beim Notar die Genehmigung als für alle Beteiligte geschehen betrachtet und wirksam werde, so ist durch diese Vereinbarung der gesetzlichen Vorschrift des § 1829 BGB. genügt, ohne daß die Beurkundung eine Vollmacht für den Notar enthält. **f)** v. Amelunxen, ElsLothNotZ. **12** 349. Der Notar kann auch eine Vollmacht auf sich selbst beurkunden. Denn alle Ermächtigungen eines Notars in der von ihm errichteten Urkunde zielen im Grunde genommen auf Besorgungen durch den Notar ab, auf seine Beauftragung und Verpflichtung. Sie unterscheiden sich also prinzipiell gar nicht von der gesetzlichen Vollmacht der §§ 15 GBO. usw., sondern bringen nur eine Umschreibung derselben, ihre Erweiterung oder Beschränkung, ihre Spezialisierung. Nicht sowohl berechtigt oder begründet wird der Notar, sondern „betraut", beauftragt und belastet, die Besorgung des Geldeinganges, der Eintragung, Anmeldung usw. zu übernehmen. Die „Macht", die er hierzu erlangt, ist nur das Mittel zur Besorgung, nicht das Prinzipale, sondern das Sekundäre; sie ist trotz des Gebrauchs von leicht irreführenden Ausdrücken nicht der Gegenstand der Beurkundung. — Dagegen **g)** *Josef, ElsLothNotZ. **13** 97. α. Die §§ 168 ff. FGG. betreffen nur die Beurkundung von Rechtsgeschäften, d. h. von Privatwillenserklärungen. Den Gegensatz hierzu bilden insbesondere auch Erklärungen, die das Verfahren des Notars betreffen, z. B. die Entlastung des Notars von der Verpflichtung, den Erbvertrag in besondere amtliche Verwahrung zu nehmen (§ 2277 BGB.) oder eine Urkunde, z. B. die Eintragungsgrundlage, dem Gericht

einzureichen. Derartige zu Protokoll gegebene Erklärungen sind also nicht Verfügungen zugunsten des Notars im Sinne des § 171 FGG. β. Dagegen findet diese Vorschrift Anwendung, wenn der Beteiligte zu notariellem Protokoll erklärt, daß das Gericht eine Urkunde (z. B. Bekanntmachung von der Eintragung, Genehmigung des Vormundschaftsgerichts) nicht ihm selbst, sondern dem Notar aushändigen solle; denn der Notar wird hierdurch bevollmächtigt zur Empfangnahme und erlangt gegenüber dem Gericht ein Recht auf Herausgabe der Urkunde an ihn. Eine solche Erklärung der Beteiligten ist also nicht rechtsgültig öffentlich beurkundet, hat aber als privatschriftlich (oder im Falle des § 177 Abs. 2 FGG. mündlich) erteilt, volle Gültigkeit. γ. Während den Gerichten und Notaren grundsätzlich nur die Amtspflicht zur Beurkundung obliegt, liegt ihnen nach §§ 81, 1733, 1753 BGB. die weitere Amtspflicht ob, bei der Beurkundung des Stiftungsgeschäfts, des Antrags auf Ehelichkeitserklärung und des Wahlkindschaftsvertrags auf besonderen Antrag diese Urkunden der zuständigen Behörde einzureichen. Indem das Protokoll zum Ausdrucke bringt, daß der Beteiligte das AG. oder den Notar mit dieser Einreichung „betraut" habe, wird also nicht eine vom Beteiligten dem Richter oder dem Notar erteilte Vollmacht beurkundet, sondern nur, daß der Beteiligte die Amtspflicht zur Einreichung in Anspruch genommen habe. δ. Der § 171 schließt auch eine Beurkundung aus, in der der Notar vom Beteiligten zur einer Besorgung „beauftragt", „betraut" oder „verpflichtet" wird. Denn auch hier wird ein Rechtsverhältnis beurkundet, aus dem für den Notar Pflichten und als deren Folge und Kehrseite zugleich Rechte entstehen. ε. Hat der Notar Geld oder Wertpapiere in amtliche Verwahrung genommen und beurkundet er deren Teilung unter die Berechtigten, so kann er hierbei rechtsgültig zugleich die von ihm als Verwahrer an jeden der Berechtigten erfolgte Leistung von Geld und Papieren und die Quittung der einzelnen Empfänger beurkunden. Denn jeder von diesen schuldet dem anderen die diesem zustehenden Beträge und Papiere, so daß die Quittung eines jeden eine Verfügung zugunsten der Mitberechtigten ist und nur mittelbar eine Verfügung zugrunde des Notars darstellt. — Vgl. hierzu die Bemerkungen von v. Amelunxen, ebendas. 110.

2. **RG.** R. **11** Nr. 1765. Wird eine Verfügung zugunsten einer juristischen Person getroffen, so ist der Gerichtsschreiber, der zu ihren gesetzlichen Vertretern gehört, von der Mitwirkung nicht ausgeschlossen (Testament).

3. *Josef, GruchotsBeitr. **56** 758. Beurkundung der vom früheren Mündel dem Vormundschaftsgericht erteilten Entlastung, s. zu § 2 unter II 4 c.

4. Weißler, DNotV. **11** 559. Der Notar ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Beteiligten vereinbart haben, die Beurkundung durch diesen Notar zu bewirken.

§ 174. RG. GruchotsBeitr. **56** 639, JW. **12** 87. Es ist nicht erforderlich, daß der Beteiligte vor dem Notar zunächst mündlich die Erklärung abgibt, die dann der Notar als abgegeben beurkundet; es genügt vielmehr, wenn der Notar vom Beteiligten oder von einem Dritten für ihn Mitteilung von dem zu beurkundenden Sachverhalt erhält, die Urkunde daraufhin vorbereitet und sich dann darauf beschränkt, sie den Beteiligten vorzulesen. Aber dem Beteiligten, der die Urkunde durch Unterzeichnung genehmigt hat, steht der Gegenbeweis zu, daß er die Erklärung nicht abgegeben habe. — Dazu Weißler, DNotV. **12** 616.

§ 176. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1010, JW. **11** 589, R. **12** Nr. 610. Es genügt, wenn aus dem Protokolle selbst (gleichgültig an welcher Stelle) mit Sicherheit die Tages- und Ortsbezeichnung hervorgeht; besondere Angabe über sie ist nicht erforderlich (Testament).

2. KGJ. **41** 86, SeuffBl. **11** 708, R. **11** Nr. 3665. Die Tagesangabe kann nicht ersetzt werden durch eine nur außerhalb des Protokolls aufklärbare Bezugnahme („heute") (Testament).

3. a) **RG.** R. 12 Nr. 3145. Der Erschienene, dessen Erklärung beurkundet werden soll, ist zu bezeichnen, nicht der von ihm Vertretene. b) **RG. 80** 402. Für die Bezeichnung des Vertreterverhältnisses besteht kein Unterschied zwischen der öffentlichen und der privatschriftlichen Form.

4. *Schwartze, Erbscheininhalt. Die Praxis hält meist die Feststellung der Persönlichkeit der Frau durch den Richter (Notar) im Protokoll über die Beurkundung der Versicherung an Eidesstatt für ausreichend, um die Frau im Erbschein als Erbin unter der Bezeichnung Ehefrau, Witwe, geschiedene Ehefrau aufzuführen. Es ist bedenklich, dieser Feststellung im Protokoll eine so weit gehende Bedeutung beizumessen. Das Protokoll über die Beurkundung der Versicherung an Eidesstatt braucht keine Angabe darüber zu enthalten, wie der Richter (Notar) die Persönlichkeit der Beteiligten festgestellt hat. In den maßgebenden Artt. 53 f. PrFGG. fehlt eine dem § 176 Abs. 3 FGG. entsprechende Vorschrift. Allerdings beweist das Protokoll bis zum Beweise des Gegenteils die Feststellung der Persönlichkeit, auch wenn im Protokolle nicht angegeben ist, weshalb sich der Notar für berechtigt hielt, die Feststellung zu treffen, daß die Frau M. oder die Witwe M. oder die rechtskräftig geschiedene M., die ihren Mädchennamen N. wieder angenommen hat, die Versicherung erklärt hat (Josef, Lehrbuch 410). Daraus folgt aber nur, daß eine weibliche Person, die dem Notar als Frau M. bekannt ist, die als Frau M. bezeichnet werden kann, ohne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht zu lassen, die Versicherung abgegeben hat, nicht daß es wirklich Frau M. ist. Es ist nicht die Richtigkeit der Feststellung durch öffentliche Urkunden bewiesen, daß Fräulein N., die als Erbin im Testament eingesetzt ist, als Ehefrau M. Erbin geworden ist, um so weniger als der Zeitpunkt der Heirat ungewiß ist. Wenn die Urkundspersonen bei der Feststellung der Persönlichkeit sorgfältiger wären, würde das Protokoll lauten: „die dem Richter persönlich bekannte Frau Rechtsanwalt L. von hier erklärte: Ich heiße mit Rufnamen Gertrud und bin eine geborene M., im Testamente meines Vaters bin ich als Gertrud M. zur Alleinerbin berufen". Hier fehlt die Feststellung im Protokolle, daß der Frau Rechtsanwalt L. mit Gertrud M. identisch ist. Der Richter kennt wohl Frau Rechtsanwalt L., aber nicht ihren Ruf- und Mädchennamen. Die Beurkundung „Es erscheint die persönlich bekannte Frau Rechtsanwalt L. Gertrud geb. M.", ist also falsch (10 f.).

5. KGJ. **41** 81. Ausreichende Bezeichnung der Mitwirkenden durch eine im Texte des Protokolls enthaltene Bezugnahme auf die Unterschriften, wenn dort oder seitwärts am Eingang nur das Gericht bezeichnet ist, vor dem die Beurkundung erfolgte (Testament).

6. ZBlFG. **11** 664, DNotV. **12** 24 (Dresden). Die im Protokolle fehlende Bezeichnung der Urkundsperson kann durch deren Unterschrift ersetzt werden (Testament).

7. a) **RG. 77** 415, ZBlFG. **12** 543 Nr. 437, DNotV. **12** 612, JW. **12** 192, R. **12** Nr. 284. Bezugnahme auf eine nicht als Anlage beigefügte Urkunde ist zulässig; Abs. 2 erfordert also nicht, daß jene in Bezug genommene Schrift als Anlage beigefügt werden müsse, sondern sagt nur, daß wenn sie beigefügt ist, sie einen Teil des Protokolls bildet. b) Dagegen OLG. **23** 381 (Dresden). Haben sich Miterben im notariellen Protokolle zu dem Inhalt eines dem Protokolle beigefügten privatschriftlichen Teilungsvertrags bekannt, und erklären demnächst andere Miterben, daß sie sich ebenfalls zu dem ihnen bekannten Inhalte der jenem notariellen Protokoll als Anlage beigefügten Schrift bekennen, so ist letztere Urkunde ungültig, weil die in Bezug genommene Schrift nicht als Anlage beigefügt ist. — Dagegen Weißler, DNotV. **12** 614. Jener privatschriftliche Vertrag war nach Abs. 2 Teil des Protokolls, also öffentliche Urkunde geworden, und die Beitretenden nahmen auf diese öffentliche Urkunde Bezug; folglich ergaben beide Urkunden die Erklärungen der Beteiligten in öffentlicher Form, und der Beitrittserklärung brauchte sonach die in Bezug ge-

nommene Urkunde nicht als Anlage beigefügt zu werden. c) Dorst, DNotV. 12 381. Auch in vollstreckbaren Urkunden sind Verweisungen zulässig; es ist nicht erforderlich, daß die Forderung aus der Urkunde allein hervorgeht oder daß die andere Urkunde als Anlage beigefügt wird (gegen Buhes ebendas. 312).

8. **RG.** R. **11** Nr. 1033. Der Vermerk erfolgter Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls bezieht sich auch auf die dem Protokoll als Anlage beigefügten Schriftstücke.

9. Krafft, SeuffBl. **13** 11. Der Urkundsbeamte soll sich streng an die Fassung des Abs. 3 halten und demgemäß angeben, wie er sich „Gewißheit" verschafft hat.

§ 177. Literatur: Herzfelder, Bedeutung des Wortes „Protokoll" im § 177 FGG., ZBlFG. **12** 101. — Josef, Abwägende Feststellungen des Notars bei Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, JheringsJ. **61** 412.

1. **RG. 76** 191, ZBlFG. **12** 149 Nr. 70, R. **11** Nr. 2302. Verhältnis des § 126 BGB. zu § 177 s. JDR. **10** 32 unter 4.

2. R. **11** Nr. 1976 (KG.). Die Gültigkeit des Vermerkes der den Beteiligten erfolgten Vorlesung wird nicht dadurch berührt, daß im Sinne des § 168 Satz 2 nur ein Beteiligter in Frage kommt.

3. a) **RG.** JW. **11** 766, ZBlFG. **12** 310 Nr. 297, R. **11** Nr. 3493, DJZ. **11** Nr. 1219. Randzusätze, auf die im Texte durch Striche (Auslassungszeichen) hingewiesen ist, s. JDR. **10** 530 (Testament). — Dazu Rausnitz, DNotV. **11** 306. Das Protokoll ist eine Einheit; einzelne Worte, die nicht an richtiger Stelle stehen, sind mitgenehmigt. b) ZBlFG. **13** 209 Nr. 98 (LG. Düren). Randvermerke auf der Ausfertigung.

4. **RG.** BayRpflZ. **12** 19, ZBlFG. **12** 543 Nr. 436. Die Feststellung der Genehmigung braucht im Protokolle nicht ausdrücklich zu geschehen.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 639. Gegenbeweis gegen die Genehmigung s. zu § 174.

6. Schreiber, DNotV. **11** 608; **RG.** GruchotsBeitr. **56** 587, JW. **11** 749. Notarielle Verträge der preuß. Landgemeinden; Beidrückung des Gemeindesiegels (JDR. **9** 919 oben).

7. a) **RG.** JW. **11** 804, R. **11** Nr. 3203. Auch die Angaben über den Ort und die Mitwirkenden müssen dem Beteiligten vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben werden (Testament). b) Dagegen Herzfelder, ZBlFG. **12** 101. Es ist ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den rechtsgeschäftlichen Erklärungen, also dem verfügenden Teile des Protokolls, und dessen amtlichen Feststellungen zu machen; es erscheint eine Genehmigung seitens der Beteiligten nach vorgängiger Vorlesung und mit nachfolgender Unterzeichnung hinsichtlich der Feststellung äußerer Umstände und Vorgänge des Beurkundungsverfahrens, mithin solcher Tatsachen praktisch bedeutungslos und zwecklos, deren Beurkundung dem Wesen der Sache nach dem Urkundsbeamten obliegt, ohne daß in bezug darauf eine Nachprüfung und Bestätigung der Beteiligten erforderlich oder bedeutsam erschiene. c) *Hiergegen Josef, JheringsJ. **61** 412. Die Angabe von Ort und Zeit der Verhandlung, sowie die Bezeichnung der Beteiligten und der Mitwirkenden hat der Urkundsbeamte selbständig und ohne Zutun der Beteiligten zu bewirken (§ 176 Abs. 1 Ziff. 1, 2). Aber diese Feststellungen des Urkundsbeamten sind andererseits auch nicht (wie die Feststellung erfolgter Vorlesung oder der erklärten Schreibensunkunde oder der Nämlichkeit oder der Sprachfremdheit oder eines Gebrechens) ein bloßes Zeugnis des Urkundsbeamten derart, daß ihre Vorlesung und Genehmigung durch die Beteiligten ohne Zweck und Bedeutung, sonach nicht erforderlich wäre. Vielmehr haben die Beteiligten ein Interesse daran, daß der Notar bei Erfüllung der Amtspflicht zur Tages- und Ortsangabe sowie zur Bezeichnung richtig verfahre, da eine Unrichtigkeit in den gedachten Fest-

stellungen den Beteiligten Nachteile bringen kann. Folglich muß entsprechend dem Wortlaute des § 177 Abs. 1 Satz 1 FGG. auch derjenige Teil des Protokolls vorgelesen werden, der Ort und Tag der Verhandlung sowie die Bezeichnung der Beteiligten und der Mitwirkenden enthält. Unterschreibt der Beteiligte das Protokoll, erhebt er aber gegen die eben gedachten Feststellungen des Urkundsbeamten Widerspruch, so wird, wenn der Widerspruch die vom Urkundsbeamten gewählte Ortsangabe oder Bezeichnung betrifft, die Rechtswirksamkeit der Beurkundung nicht berührt. Dagegen hat im gedachten Fall ein Widerspruch gegen die Angabe des Tages der Verhandlung die Nichtigkeit der beurkundeten materiellen Erklärungen zur Folge, wenn diese nach der Absicht des Beteiligten sich auf einen anderen Tag erstrecken sollen als auf den wahren Tag der Verhandlung.

8. **RG. 79** 366, JW. **12** 812, ZBlFG. **13** 208 Nr. 90, R. **12** Nr. 1940 ff. (Nachträgliche Feststellungen). Eine sich als abgeschlossen darstellende und den Beteiligten — durch Erteilung von Ausfertigungen — zugänglich gemachte gerichtliche oder notarielle Urkunde, der ein wesentliches im Gesetze vorgeschriebenes Formerfordernis fehlt, dessen Mangel die Nichtigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts nach sich zieht, kann nicht durch einseitige Feststellungen des beurkundenden Beamten nachträglich zu einer formgerechten öffentlichen Urkunde werden. Eine solche nachträgliche Feststellung kann sonach nicht das bisher nichtige Rechtsgeschäft wirksam machen. Der nach Beurkundung der Vertragserklärungen der Beteiligten und nach den Unterschriften lediglich hinzugefügte Vermerk „beglaubigt" mit der Unterschrift der beurkundenden Beamten kann die Vorschrift, daß das Protokoll die Feststellung zu enthalten habe, daß es vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben sei, nicht erfüllen. — Die Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist, gehört nicht selbst zu denjenigen Teilen des Protokolls, die nach § 177 Abs. 1 Satz 1 FGG. (§ 2242 Abs. 1 Satz 1 BGB.) vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und unterschrieben werden müssen. Es kann deshalb der Feststellungsvermerk den Unterschriften der Beteiligten im Protokolle nachfolgen. Hieraus folgt weiter, daß, da das Gesetz eine zeitliche Einheit der Akterrichtung nicht vorschreibt, diese Feststellung nicht notwendig im Laufe der Verhandlung selbst in Gegenwart der Beteiligten zu erfolgen braucht. Jedoch kann sie nur bis zum endgültigen Abschlusse des Protokolls erfolgen.

9. OLG. **24** 96, ZBlFG. **12** 747 Nr. 577 (Jena). Feststellung der Genehmigung s. JDR. **10** 529 unter II.

10. Erklärung der Schreibensunfähigkeit s. JDR. **10** 530, 531.

11. RJA. **12** 141, DNotV. **12** 612, ZBlFG. **13** 363 Nr. 223 (KG.). Aus der Stellung des Dolmetschers als Hilfsorgans des Beteiligten folgt, daß er nicht zugleich Schreibzeuge sein kann. — Dagegen Weißler, DNotV. aaO.

12. Eigenhändigkeit der Unterschrift (Unterstützung beim Schreiben) s. JDR. **10** 530 unter IV.

13. OLG. **23** 380, DNotV. **12** 28, ZBlFG. **12** 243 Nr. 221, R. **11** Nr. 2965 (Colmar). Eine in nicht deutschen (hebräischen) Schriftzeichen gegebene Unterschrift ist gültig, wenn der Notar sie (aus eigner Kenntnis oder unter Zuziehung eines Dolmetschers) als solche bestätigt.

14. Müller, ZBlFG. **12** 18. Ein von einem der Beteiligten nicht unterschriebenes Protokoll kann für die anderen Beteiligten gültig sein.

15. DJZ. **12** 1303 (Dresden). Unterschrift des Zeugen an der Seite genügt, wenn nur sein Namenszug tiefer als der Text ist und dieser ersichtlich von ihm gedeckt werden soll (Testament).

16. *Josef, ZBlFG. 12 340. Wenn im Termine vor dem Vormundschaftsgericht der minderjährige Erzeuger, sein gesetzlicher Vertreter und vielleicht auch noch der Vormund des unehelichen Kindes Erklärungen abgeben, so gelten diese Erklärungen (gleichgültig wer von den drei Beteiligten seine Erklärungen zuerst und wer sie zuletzt abgibt) als gleichzeitig abgegeben. Keinesfalls kann man daraus, daß das Terminsprotokoll zuerst die Erklärungen des minderjährigen Erzeugers und dann erst die Zustimmungserklärung des gesetzlichen Vertreters erwähnt, folgern, daß tatächlich die Erklärungen des Minderjährigen vor denen des Vertreters abgegeben sind. Danach kann also in dem Regelfalle des einheitlichen Termins die Frage nach der Anwendbarkeit des § 111 BGB. gar nicht entstehen (gegen Pfeiffer, ebendas. 229 u. 13 394).

§ 179. DNotV. 12 612 (KG.). Dolmetscher als Schreibzeuge s. zu § 177 unter 11.

§ 181. BayRpflZ. 12 402, ZBlFG. 13 363 Nr. 222, R. 12 Nr. 2586, 2587 (BayObLG.). Die Ausnahmevorschrift des Satz 2 ist unanwendbar, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die Auflassung erst mit Bewirkung der Unterschrift des Versteigerungsprotokolls als bewirkt gelten soll; dann kann die lediglich die Beurkundungsform ersetzende Ausnahmevorschrift nicht die bereits zum Zustandekommen des Rechtsgeschäfts erforderliche Unterschrift ersetzen. Die Vorschrift des Satz 2 bezieht sich auch auf die Auflassung selbst, nicht bloß auf den obligatorischen Vertrag (die Versteigerung); das folgt aus dem Zwecke des Gesetzes, die rheinländischen Versteigerungen zu erleichtern.

§ 182. Literatur: Josef, Ausschließung des Notars von der Erteilung der Ausfertigung, ZBlFG. 12 194.

1. *Josef, ZBlFG. 12 19. Schadensersatzpflicht des Notars wegen verzögerter Ausfertigung.

2. *Josef, ZBlFG. 12 194. Der § 182 ist im § 168 nur so weit herangezogen, als er die Form der Ausfertigung gerichtlicher Protokolle regelt, nicht aber in dem Sinne, daß die Ausfertigung als ein Teil der gerichtlichen Beurkundung gelten soll. Vielmehr versteht das Gesetz unter Beurkundung lediglich den Vorgang, durch den der Beamte die vor ihm abgegebenen Erklärungen aktenkundig macht, wogegen die Ausfertigung eine bereits abgeschlossene (§ 177 Abs. 3) Beurkundung voraussetzt. Daher regelt § 170 nur die Ausschließung von der Aufnahme, nicht von der Ausfertigung des Protokolls. Auf die Ausschließung von der Tätigkeit bei der Ausfertigung (auch des Richters, der die Erteilung der Ausfertigung nach Landesrecht anordnet), findet also § 6 FGG. (Artt. 1, 2, 84 PrFGG.) Anwendung. Ist der Notar, nachdem er eine Beurkundung rechtsgültig bewirkt hat, nachträglich in ein Verhältnis zu den Beteiligten getreten, das ihn von der Ausfertigungstätigkeit ausschließt, so gibt es in Preußen keine Amtsstelle, die die Ausfertigung erteilen könnte. Das gilt insbesondere auch von vollstreckbaren Ausfertigungen, bei denen sich die Ausschließung nach Art. 84 PrFGG. regelt. ➠ Infolge eines Versehens ist im ZBlFG. 12 197 hier der § 41 ZPO. angezogen. Red. ⟵

3. *Josef, KGBl. 11 85. Beschwerde wegen Verweigerung der Ausfertigung s. zu § 19 unter 15.

§ 183. Literatur: Josef, Fälschliches Anerkennen von Unterschriften und Handzeichen vor dem Notar, BayNotV. 12 141. — Derselbe, Unstimmigkeiten bei der Unterschriftsbeglaubigung, R. 12 47.

1. *Josef, BayNotV. 12 141. a) Der § 126 BGB. verlangt seiner Wortfassung nach zur Erfüllung der Schriftform, daß, wie die Unterschrift, so auch das Handzeichen des Ausstellers eigenhändig sein müsse. Auf dieser Auffassung beruhen auch die Abs. 2 der §§ 126, 129, wonach derjenige, der auch nicht einmal zur Fer-

tigung von Handzeichen imstande ist, auf den Weg der förmlichen Beurkundung verwiesen wird; diese Vorschriften wären unnötig, wenn die Fertigung von Handzeichen durch einen Dritten zulässig wäre. b) Rührt die unter einer Urkunde befindliche Unterschrift nicht vom Beteiligten her, verlangt dieser aber vom Notar die Beglaubigung der Unterschrift mit der fälschlichen Erklärung, es liege seine eigenhändige Unterschrift vor, so erklärt er hiermit stillschweigend, daß er die (ohne seinen Willen) von einem Dritten erfolgte Unterzeichnung seines Namens genehmige, und diese Genehmigung wird nach § 182 BGB. wirksam dadurch, daß er die so zustande gekommene Urkunde an den Gegenbeteiligten gelangen läßt. Die Schriftform wird durch eine solche Urkunde also gewahrt. c) Das Gesetz versteht unter „Handzeichen" die Betätigung des Unterzeichnungswillens durch eine äußere, mechanische Handlung, verlangt also hierzu Zeichen, die der Aussteller mit seiner eigenen Hand vollzieht. Da erst durch die Beglaubigung des Handzeichens die Schriftform erfüllt wird, das Handzeichen für sich allein ohne jede Rechtswirkung ist, kann es folglich auch nicht gemäß § 182 BGB. genehmigt werden. Folglich ist, wenn das Handzeichen von einem Dritten herrührt, der Beteiligte aber fälschlich vor dem Notar anerkannt, daß er selbst es gefertigt habe, durch die so erfolgte Beglaubigung die Schriftform nicht gewahrt.

2. *Josef, R. **12** 47. Der Notar, dem der Abs. 1 nur persönliche Verhandlung als Mittel für seine Überzeugung von der Echtheit der Unterschrift gestattet, soll im Vermerke nicht die Tatsache der Befolgung des Abs. 1 bezeugen, sondern er soll lediglich seiner Überzeugung von der Echtheit der Unterschrift Ausdruck geben. Dieser Ausdruck der amtlichen Überzeugung ist also das Maßgebende; liegt er vor, so hat, auch wenn feststeht, daß der Abs. 1 verletzt ist, die Unterschrift (das Handzeichen) als echt zu gelten, so lange, bis die Unechtheit erwiesen wird. Abs. 1 ist eine bloße Ordnungsvorschrift, bei deren Verletzung das im Abs. 2 gedachte Zeugnis seine Wirksamkeit behält. Anders, wenn der Notar im Beglaubigungsvermerke die Unterschrift beglaubigt, aber zugleich bemerkt: er habe mit dem Beteiligten nicht persönlich verhandelt, sondern auf andere Weise die Überzeugung von der Echtheit der Unterschrift erlangt. Ein Zeugnis zum öffentlichen Glauben, worin der Notar selbst bezeugt, daß er es vorschriftswidrig hergestellt habe, kann öffentlichen Glauben nicht beanspruchen.

3. ElsLothNotZ. **09** 381, DNotV. **11** 328 (Colmar). Siegel oder Stempel können nicht durch Stempelmarken ersetzt werden.

4. HoldheimsMSchr. **12** 290 (KG.) (nach Marcus). Die Ausschließung von der Unterschriftsbeglaubigung regelt sich nach §§ 6, 7, nicht nach §§ 170, 171. Die dem zuwider erfolgte Beglaubigung der Anmeldung macht diese also nicht unwirksam (JDR. **9** 922 unter 3).

5 **RG.** JW. **13** 328, R. **13** Nr. 502—505. Der Notar braucht zwar die Siegelung seiner Urkunden nicht eigenhändig zu betätigen, aber er muß die Handhabung durch Bureauangestellte persönlich überwachen. Die Überlassung von Siegel und Stempel zum selbständigen unbeaufsichtigten Gebrauch an Bureaubeamte widerspricht auch dann dem Gesetz und macht haftbar, wenn der Bureauangestellte durchaus erprobt ist. — Die Beglaubigung einer Unterschrift erfordert, die vollzogene Beglaubigung bescheinigt zugleich die Feststellung der Persönlichkeit. Die Verantwortlichkeit des beglaubigenden Notars für die zu dieser Feststellung gebotene Prüfung folgt aus dem Wesen der Amtshandlung. Sie besteht gegenüber allen, die im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beglaubigung im Rechtsverkehr tätig werden (**RG. 78** 241). — Zum Nachweise der Personenechtheit für die Beglaubigung genügen regelmäßig weder Privatbriefe noch solche amtliche Zuschriften, die von den richtigen Empfängern nicht sorgfältig verwahrt zu werden pflegen. Ältere Benachrichtigungen nach § 88 ZVG. reichen nicht. Auch Sachkenntnis genügt nur, soweit sie

über das beabsichtigte Geschäft hinaus nachprüfbar ist. — Wird einem Notar, der die Unterschrift eines vor ihm Erschienenen beglaubigen soll, durch eine geeignete zuverlässige, vertrauenswürdige Person der Erschienene als bekannt bezeugt, so ist der Notar, wenn sich nicht aus besonderen Umständen Bedenken ergeben, nicht verpflichtet, die Auskunftsperson über die Grundlagen ihrer Kenntnis von jener Persönlichkeit zu befragen.

6. Goldschmitt, BayNotV. **11** 395. Die Entgegennahme der Unterschrift ist nicht vorbereitende Handlung, sondern Amtshandlung oder dieser gleichartig (JDR. **6** zu § 183 unter 4). Keinesfalls darf der bayerische Notar im fremden Amtsbezirk oder an Sonn- und Feiertagen auch nur eine Unterzeichnung oder Anerkennung der Unterschrift entgegennehmen.

7. Muck, BayNotV. **11** Nr. 7 u. 8. Erörterung, ob die innerdienstlichen Verbote des Amtierens mit Beteiligten in bezug auf Ort und Zeit sich auch auf die bloße Entgegennahme der Unterschrift u. dergl. beziehen (bayerisches Landesrecht).

Elfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 189. 1. SeuffBl. **12** 167 (BayObLG.). Standesherrliche Vormundschaften in Bayern; Zuständigkeit; Norm für Entscheidung der Frage, ob beim Wegfall eines von mehreren Vormündern andere zu bestellen sind.

2. Keller, DJZ. **12** 86; DNotV. **12** 48 (Darmstadt). Siegelrecht der hessischen Standesherren.

3. ZBlFG. **12** 288 (Dresden). Vormundschafts- und Nachlaßbehörde für sächsische Standesherren.

4. *Josef, ZBlVormWes. **4** 23. Der den Standesherren in Preußen durch die Kgl. VO. vom 21. Juni 1815 bewilligte bevorrechtigte Gerichtsstand vor den OLG. ist durch die VO. vom 12. November 1855 nur für die Grundbuchsachen beseitigt, besteht also noch für die sonstigen Angelegenheiten der FG. Wenn nun dem zuwider ein preußisches AG. einem Standesherrn einen Vormund bestellt, so ist diese Vormundschaft als nicht vorhanden anzusehen, und das AG. kann nicht innerhalb dieser Vormundschaft, weil sie einmal zu Unrecht eingeleitet ist, noch Anordnungen erlassen. Das gleiche muß gelten, wenn ein preußisches AG. einem Familienfideikommiß einen Kurator bestellt hat, da diese Art der Pflegschaft zur Zuständigkeit des OLG. gehört. Und wenn ein preußisches AG. den Erbschein betreffs eines Standesherrn erteilt, so wäre diese Urkunde kein Erbschein im Sinne des BGB.; er hätte also nicht die Wirkungen, die dieses in §§ 2365—2367 dem (rechtsgültig erteilten) Erbschein beilegt. In solchen Fällen ist das Gericht eben sachlich nicht zuständig.

5. **RG.** ZBlFG. **13** 368 Nr. 261, R. **12** Nr. 2961. Auch eine Erbeinigung oder Erbteilung in einer Nachlaßsache bedarf bei altrechtlichen Sterbefällen der Formen des früheren Rechtes.

§ 199. 1. Unger, BuschsZ. **42** 186. Für Beschwerden gegen verfahrenleitende Verfügungen des Beschwerdegerichts betreffend Armenrecht, Zeugnisverweigerung ist nicht das im Abs. 1 bezeichnete, sondern das örtlich vorgesetzte OLG. zuständig (JDR. **9** 883 unter II).

2. ZBlFG. **12** 310 Nr. 292, BayRpflZ. **11** 410, R. **11** Nr. 3705 (BayObLG.). Die Zuständigkeit der OLG. an Stelle des RG. nach §§ 5, 46 in der Neufassung ist dem BayObLG. nicht übertragen.

§ 200. *Josef, GruchotsBeitr. **56** 766. Landesgesetzliche Ergänzungsvorschriften über Form und Inhalt der Protokolle.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Der Streit um die Tragweite des Verfügungsrechts des befreiten Vorerben dauert fort. Während das KG. auf seinem Standpunkte (FDR. 8 zu § 41 Ziff. I 1) verharrt, hat das OLG. Colmar die kammergerichtliche Auffassung als im Widerspruch mit der Entscheidung des RG. in **RG. 65**, 217 stehend bezeichnet (§ 41 Ziff. I 8). Das BayOLG. läßt noch keine feste Anschauung erkennen (§ 41 Ziff. I 6 und 7). Auch Landauer (§ 41 Ziff. I 1) hat als Schluß seiner in den Vorbemerkungen zu FDR. **10** erwähnten Abhandlung die Frage erörtert; er steht im wesentlichen auf dem Standpunkte der herrschenden Meinung, wonach ein besonderer Beweis der Entgeltlichkeit nicht erforderlich ist. du Chesne hat den Begriff der inhaltlichen Unzulässigkeit einer Eintragung im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. einer eingehenden und interessanten Erörterung unterzogen (§ 54 Ziff. B I 1). Im Gegensatze zu der Auffassung Landauers (FDR. **10** zu § 19 Ziff. I 2) gelangt Güthe (§ 22 Ziff. I 1 ff.) dazu, der Berichtigungsbewilligung das ihr bestrittene Daseinsrecht im Rahmen des formellen Grundbuchrechts einzuräumen und ihre rechtliche Natur auf den von der Rechtsordnung anerkannten Willen des Betroffenen zu gründen. Im Anschluß hieran ist auf eine bedeutsame Entscheidung des KG. hinzuweisen, die sich mit der Beziehung zwischen der Berichtigungsbewilligung und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung beschäftigt (§ 22 Ziff. I 2). Von praktischer Bedeutung ist ein weiterer Beschluß des KG., der die Möglichkeit erörtert und anerkennt, das, was das RG. in **RG. 54** 362 für die Buchhypothek ausgesprochen hat, d. h. die Anwendung des § 185 Abs. 1 BGB. auf die Briefhypothek zu übertragen; das KG. hat diesen Gedanken für den Fall nutzbar gemacht, daß die infolge der Amortisation einer Hypothek entstandene Eigentümerteilgrundschuld bei der mehrfach erfolgten Veräußerung des Grundstücks ohne Bildung und Übergabe eines Teilbriefs auf den jeweiligen Erwerber des Grundstücks mitübertragen worden ist (§ 40 Ziff. 1). Auch die zahlreichen für Wassergrundstücke ergangenen Entscheidungen (§ 3 Ziff. III) können noch Anspruch auf Beachtung erheben. Denn, wenn auch das neue preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 an die Stelle der bisherigen Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Flüssen die Unterscheidung zwischen Wasserläufen erster, zweiter und dritter Ordnung gesetzt hat, so ist doch nicht anzunehmen, daß das Gesetz vor dem Jahre 1914 in Kraft treten wird. Endlich sei noch auf eine Verfügung des Hessischen Justizministeriums aufmerksam gemacht, die in eingehenden und einleuchtenden Ausführungen sich mit der praktisch wichtigen Frage der Ergänzung unvollständiger Eintragungen beschäftigt (§ 54 Ziff. A II 1).

Literatur: Von zusammenfassenden Erläuterungen der GBO. ist im Berichtsjahre die zweite Auflage von Meikel, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich erschienen. Die Textausgabe zur Grundbuchordnung von Fischer ist in 6. Auflage herausgekommen. Im übrigen ist auf die Literaturnachweise des § 873 BGB. hinzuweisen.

§ 2. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 798. Die spätere unvollständige Übernahme der Angaben des Grundsteuerbuchs kann an dem Bestande des Grundstücks und den materiellen Rechtsverhältnissen nichts ändern. Denn die Zurückführung der Grundbücher auf die Steuerbücher hat sowohl nach dem früheren preußischen Grundbuchrechte (§ 4 GBO.) als auch nach dem heutigen (§ 2 Abs. 2 GBO., Art. 2 PrVO. über das Grundbuchwesen vom 13. November 1899), wenigstens so lange, als nicht Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren oder gutgläubiger Erwerb durch Auflassung hinzukommt, nur formelle, nicht materielle Bedeutung. Unvollständigkeiten sind daher unschädlich und können jederzeit berichtigt werden.

2. Breme, ZBlFG. **13** 356 (361). Falls man nicht die Fortschreibung des Katasteramts als hinreichenden Nachweis der Unrichtigkeit der Bestandsangaben an-

sieht — was, da sie sich in der Hauptsache auf die Zustimmung des Beteiligten stützt, nicht stets einwandfrei sein wird —, muß eine der Form des § 29 GBO. entsprechende Zustimmung des passiv Beteiligten verlangt werden. Es muß ferner gemäß § 22 Abs. 2 GBO. die Zustimmung des wirklichen Eigentümers zur Eintragung beigebracht werden, und endlich ist gemäß § 13 GBO. zu einer derartigen Berichtigung ein Antrag zu stellen. Diese Zustimmungen zur Eintragung in das Grundbuch sind aber keineswegs identisch mit dem in der AVf. vom 18. Februar 1911 erwähnten Einverständnisse der Beteiligten in die katastermäßige Grenzberichtigung. Auch wird der Katasterbeamte zur Entgegennahme der Eintragungszustimmungen nicht zuständig sein, so daß sie — selbst wenn sie in der Erklärung gewollt sind — als der Form des § 29 GBO. entbehrend nicht als Grundlagen für die Eintragung hinreichen.

3. Schmitt, BayRpflZ. 12 371. Grundbuch und Wirklichkeit in Bayern.

§ 3. I. Der Begriff des Grundstücks. 1. R. **12** Nr. 261 (KG.). Der Grundstücksbegriff ist aus § 890 BGB., § 2 Abs. 2 GBO. in Verb. mit § 3 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 8 Abs. 1 Satz 2 PrAJMVf. vom 20. November 1899, §§ 3, 4, 6, 86 GBO. zu entnehmen. Danach ist als ein Grundstück im Rechtssinn ein solcher aus einer oder mehreren Katasterparzellen bestehender Flächenraum anzusehen, der im Grundbuch eine besondere Stelle hat und dadurch in selbständiger Weise gebucht ist. Die besondere Stelle ist entweder ein besonderes Grundbuchblatt (§ 3 GBO.) oder wenn gemäß §§ 4, 86 GBO. ein Blatt über mehrere Grundstücke geführt wird, die Aufführung im Bestandverzeichnis unter einer besonderen Nummer (**RG.** JW. **10** 60 Nr. 1, Komm. v. RGR. § 873 Anm. 4 BGB., Güthe, GBO. [2] § 19 Anm. 112, § 3 Anm. 6). Entscheidend ist in diesem Falle die Aufführung im Grundbuch unter einer besonderen Nummer. Die auf einer solchen Buchung beruhende rechtliche Selbständigkeit der Grundstücke besteht mangels einer Unterscheidung im Gesetz auch dann, wenn mehrere solche Grundstücke wirtschaftlich zusammenhängen und wenn, wie hier, Gebäude, Hausgärten und Hofräume zur Gebäudesteuer nur mit einem Nutzungswert angesetzt sind.

2. RJA. **11** 233, R. **12** Nr. 1666 (KG.). Man versteht unter einem selbständigen Grundstücke jeden im Grundbuche besonders gebuchten Teil der Erdoberfläche. Es gilt daher jedes Grundstück, welches im Flurbuch eine besondere Nummer führt und auch im Grundbuche besonders gebucht ist, als einheitliches Grundstück. Danach ist also die Eintragung im Verzeichnisse der Grundstücke entscheidend dafür, ob eine Einheit oder eine Mehrheit von Grundstücken vorliegt. Jedes auf einem besonderen Grundbuchblatt und jedes auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt verzeichnetes Grundstück hat als ein selbständiges Grundstück zu gelten (vgl. Güthe, GBO. I, 80 Anm. 6 zu § 3, 434 Anm. 112 zu § 19, Oberneck, R. **02** 306). Von diesem Grundsatze sind nur in besonderen Fällen Ausnahmen denkbar, z. B. wenn ohne oder gegen den Willen des Eigentümers einzelne Parzellen oder Grundstücke durch ein Versehen des Grundbuchrichters unter besonderen Nummern gebucht worden sind. . . . Die Entsch. des BayObLG. (OLG. **1** 75) ist ergangen zu einer Zeit und für ein Gebiet, in dem das Grundbuch noch nicht als angelegt galt. Diese Entscheidung fußt somit auf dem nach Art. 189 EGBGB. noch weiter maßgeblichen bayerischen Landesrechte, welches eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts enthielt, daß ein aus mehreren Grundstücken bestehender Gutskomplex, wenn und solange er auf einem Blatte des Hypothekenbuchs eingetragen war, für die Belastung mit Hypotheken als ein einheitliches Ganze anzusehen sei.

3. **RG.** WarnE. **12** 143, BayRpflZ. **12** 109, SeuffBl. **12** 238. Die preußische Abgabengesetzgebung versteht unter einem Grundstücke jede Grundfläche, die in den Karten und Verzeichnissen der Steuerbehörde unter einer besonderen Nummer aufgeführt ist (vgl. § 2 Abs. 2 GBO.), jede sog. Katasterparzelle. Das

Liegenschaftsrecht des BGB. und die GBO. sehen dagegen als ein selbständiges Grundstück und einen selbständigen Rechtsgegenstand für die Regel nur eine Grundfläche an, die eine besondere Stelle im Grundbuche hat, mag auch diese grundbuchmäßig einheitliche Fläche aus einer ganzen Reihe von katastermäßig selbständigen Grundstücken bestehen (vgl. z. B. für Preußen die AVf. des JM. z. Ausf. der GBO. vom 20. November 1899 — JMBl. 349 — § 3 Abs. 2 u. § 8). Der gewöhnliche Verkehr endlich, der nicht Grundbuch und Kataster, sondern die Flächen selbst vor sich hat, sieht vornehmlich darauf, ob eine Grundfläche ihrer äußeren Erscheinung nach, insbesondere ihrer wirtschaftlichen Benutzung nach, ein selbständiges Stück Grund und Boden darstellt.

II. Buchung von Grundstücken. 1. **RG.** WarnE. **12** 156. Ein Grundstück, das seiner Natur nach in niemandes Eigentum stehen kann, wird weder durch die Aufnahme in das Grundbuch noch durch Auflassung und Eigentumsumschreibung, noch endlich durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung Gegenstand des Privateigentums. Gegenüber dem „gemeinen Eigentume" des Staates würde sich der Beklagte namentlich nicht auf die nur für eigentumsfähige Grundstücke geltenden Bestimmungen der §§ 90, 180, 37 Nr. 5 ZVG. (vgl. **RG. 45** 284, JW. **03** 406 Nr. 23) berufen können. . . . Dagegen wird ein öffentlicher Fluß schon mit dem Aufhören der Öffentlichkeit eigentumsfähig, und die Öffentlichkeit erlischt nicht erst dadurch, daß das Bett vom Wasser verlassen ist, sondern schon dadurch, daß der Fluß seine natürliche Schiffbarkeit verliert (vgl. Nieberding-Frank, Wasserrecht [2] 59, StriethA. **81** 73, besonders 86).

2. Kley, BadNotZ. **12** 57 (83). Die gesonderte Buchung eines ideellen Anteils an einem Grundstücke sowie seine Zuschreibung zu einem anderen Grundstück ist unzulässig. S. die Bemerkungen zu § 890 BGB.

III. Wassergrundstücke. 1. DJZ. **12** 758 (PrOVG.). Unter dem Meeresufer im Sinne des § 21 II. 14 und des § 80 II. 15 ALR. ist bei einem Meere, welches die Erscheinungen der Ebbe und Flut aufweist, derjenige Teil des Strandes zu verstehen, welcher jenseits der mittleren höchsten Flut, nach dem Lande zu gerechnet, liegt. Derjenige Teil des Strandes dagegen, welcher von der mittleren höchsten Flut bedeckt wird, ist zum Bette des Meeres zu rechnen. Das **RG.** hat diese begriffliche Abgrenzung eingehend und überzeugend hinsichtlich eines der Einwirkung von Ebbe und Flut unterliegenden Flußufers für das Gebiet des gemeinen Rechtes dargelegt (vgl. **RG. 44** 130). Für das Meeresufer und den Geltungsbereich des ALR. müssen diese sich aus der Natur der Sache ergebenden Rechtsgrundsätze ebenfalls Platz greifen. Das „gemeine Eigentum", welches dem Staate an den Meeresufern in obigem Sinne zusteht, ist nun aber ein privatrechtliches Eigentum. Dies ergibt sich schon daraus, daß es nach § 25 II. 14 ALR., „den Domänen völlig gleichzuachten ist". Nur ist dieses privatrechtliche Eigentum an den Meeresufern mit dem Gemeingebrauche belastet. Die Meeresufer gehören also zu den res publicae im engeren Sinne, d. h. denjenigen Sachen, welche an sich im privatrechtlichen Eigentume stehen, aber dem öffentlichen Gebrauch unterliegen. Soweit ihre Bestimmung zum Gemeingebrauche reicht, ist das privatrechtliche Eigentum an ihnen einer Beschränkung unterworfen (**RG. 1** 367). Der von der mittleren höchsten Flut überströmte Teil des Strandes dagegen ist als Bestandteil des Meeres res publicae im weiteren Sinne, d. h. res communis omnium, und steht als solche in niemandes Eigentume.

2. Laue, PrVerwBl. **12** 163. Es gibt kein einheitliches Recht am Strande. Das EGBGB. läßt den früheren Rechtszustand in Geltung. Es finden daher in den Provinzen Ost- und Westpreußen und Pommern mit Ausnahme von Neuvor-

pommern und Rügen sowie in Ostfriesland die Bestimmungen des ALR., in den Großherzogtümern Oldenburg, Mecklenburg-Schwerin und -Strelitz, in Neuvorpommern und Rügen, in Schleswig-Holstein und an der hannoverschen Küste außer Ostfriesland das gemeine Recht Anwendung. Beide Rechtsquellen gelten jedoch in der Regel nur subsidiär; zahlreich sind die Partikular- und Sonderrechte, welche die allgemeinen Rechtsgrundsätze wieder durchbrechen. So gilt in einem Teile von Schleswig-Holstein das von Waldemar II. auf dem Reichstag in Wordingburg 1240 gegebene Jütisch Low, in einem anderen Teile und auf einigen vorgelagerten Inseln das Nordseestrander Landrecht, auf der Insel Rügen das Rügensche Scharrecht.

3. a) R. **12** Nr. 533 (PrOVG.). Die Öffentlichkeit eines Flusses reicht soweit wie seine natürliche Schiffbarkeit. Flußstrecken, welche nur flößbar sind, sind keine öffentlichen Flüsse. b) **RG.** JW. **12** 361. Nach dem früheren preußischen Rechte gehörte das Flußbett eines Privatflusses, auch wenn es nicht in das Grundbuch übernommen war, als unbewegliches Zubehör den angrenzenden Ufereigentümern bis zur Mittellinie des Flusses. Diese nicht ganz unbestrittene und zweifellose Ansicht (vgl. über die verschiedenen Meinungen die ausführliche Darlegung in dem Urteile des erkennenden Senats in GruchotsBeitr. **27** 148) entspricht der ständigen Rechtsprechung des RG. (vgl. GruchotsBeitr. aaO., auch **29** 873, **RG.** **3** 246, **16** 179, Urt. vom 16. 10. 07, V. 50/07). c) **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1115. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. beruht der Genuß der Vorteile, die den Uferbesitzern daraus erwachsen, daß ihre Grundstücke an einem öffentlichen Flusse liegen, lediglich auf der gesetzlichen Bestimmung der öffentlichen Flüsse zum allgemeinen Gebrauch als Wasserverkehrsstraßen und Wasserbehälter, und begründet die Tatsache des Uferbesitzes für sich allein überhaupt kein Privatrecht an dem vorüberfließenden Strome (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **26** 714, **29** 679, **38** 1045, JW. **98** 176 Nr. 60, **02** 638 Nr. 24.

4. OLG. **26** 11 (KG. und OLG. Celle). Eigentumsverhältnisse eines von einem schiffbaren Flusse durchströmten Sees.

5. **RG.** R. **12** Nr. 677. Daß der Mühlgraben künstlich angelegt ist, steht der Annahme, er sei ein öffentlicher Fluß, nicht entgegen (s. **RG.** GruchotsBeitr. **37** 1011, Nieberding-Frank, Wasserrecht [2] 60 § 13). Nach der im gemeinen Rechte herrschenden Ansicht hängt die Eigenschaft eines Wasserlaufs als öffentlicher Fluß wesentlich nur davon ab, ob er beständig fließt (**RG.** **52** 382/383 Nr. 99), was bei dem Mühlgraben ohne Frage zutrifft. Ist dieser aber öffentlicher Fluß, so konnten Sonderrechte und konnte insbesondere Eigentum daran nur durch einen Akt der Staatsgewalt (Verleihung) oder durch unvordenkliche Verjährung begründet werden.

§ 6. KGBl. **12** 42 (KG.). Dadurch, daß drei verschiedene belastete Grundstücke gemäß § 890 BGB. und § 5 GBO. zu einem Grundstücke vereinigt worden sind, ist die Rechtslage eingetreten, die durch den § 6 Satz 1 GBO. gerade vermieden werden soll. . . . Wenn diese zwar nur durch ordnungsmäßiges Verfahren geschaffene, aber trotzdem dem Grundgedanken des § 6 Satz 1 GBO. widersprechende Rechtslage durch eine neue Eintragung beseitigt werden soll, so folgt, daß der § 6 Satz 1 GBO. dem Eintragungsantrage nicht entgegengesetzt werden darf. Die Erstreckung der Pfandhaft einzelner zugeschriebener Grundstücke auf das ganze Grundstück ist ebenso zulässig, wie die Erstreckung einer Bruchteilshypothek auf das ganze Grundstück. . . . Denn § 6 dient dazu, das Grundbuch übersichtlich zu erhalten. Dieser Zweck versagt in dem Falle, in dem durch die Abschreibung und selbständige Buchung der zu belastenden Grundstücksteile die Übersichtlichkeit des Grundbuchs in keiner Weise gefördert wird, in dem also das Grundbuch auch nach der Abschreibung ebenso übersichtlich bleibt, als vorher.

§ 7. du Chesne, BayRpflZ. **12** 325. Die GBO. gebraucht die Ausdrücke „Vermerk“ und „vermerken“ in den §§ 7, 8, 13, 21, 44, 46, 47

49, 61, 62, 63, 65, 68, 97, ohne daß aus einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung erhellte, ob mit diesen Worten ein besonderer Begriff verbunden wird und bejahendenfalls welcher. . . . Vermerk ist die selbständige durch schriftliche Worte erfolgende grundbücherliche Aufzeichnung eines rechtserheblichen Umstandes, um ihm Beachtung zu sichern.

§ 9. du Chesne, BuschsZ. **43** 61. Für das Grundbuchverfahren außerhalb des Eintragungsverfahrens . . . ergeben sich zwei Möglichkeiten. Das Verfahren beginnt entweder aus eigener Entschließung des Grundbuchamts oder auf Anstoß eines Interessenten. Ein Verfahren der ersten Art, Offizialverfahren, betreffen § 6 Satz 1, § 7 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2, § 8 Abs. 2, § 9 Abs. 1, §§ 56, 57 Abs. 1, §§ 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 68—70, ein Antragsverfahren betreffen § 7 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 1, § 11, zum Teil §§ 57, 63, 65, auch §§ 66 u. 67. Besonderer Art scheint § 9 Abs. 2 zu sein. Allein wenn daselbst bestimmt ist, die Beteiligten sollen eine Urkunde zur Aufbewahrung übergeben können, so heißt dies doch nur, sie sollen eine solche Aufbewahrung beanspruchen, also beantragen können. § 9 Abs. 2 reiht sich somit den Vorschriften über Antragsverfahren ein. Von diesen Verfahrensarten können aber als selbständige Verfahrensarten, nämlich solche mit eigenen Zwecken nur angesprochen werden die des § 9 und des § 11; alle anderen, seien sie Offizial- oder Antragsverfahren, dienen einem mit ihrem unmittelbaren Ziele nicht zusammenfallenden Zwecke, §§ 6—8 Eintragungszwecken, §§ 56—70 Briefzwecken. Das deutlichste Bild eines Grundbuchverfahrens außerhalb des Eintragungsprozesses werden deshalb die §§ 9 und 11 geben, von denen § 9 ein Offizial- und ein Antragsverfahren betrifft. Von ihnen aus werden dann die Verfahrensregeln auf die Hilfsverfahrensarten, nämlich die auf untergeordnete Zwecke gerichteten, übertragen werden können.

§ 11. 1. OLG. **25** 368 (Jena). „Darlegen" ist mehr als das nackte Behaupten, aber weniger als Glaubhaftmachen. Es ist das Auseinandersetzen der Tatsachen, die das berechtigte Interesse begründen, in einer Art, daß der Grundbuchrichter einen überzeugenden Anhalt für ihre Richtigkeit gewinnt (RJA. **1** 75, Güthe, GBO. I, 152 Anm. 7, Predari § 11 Anm. 3, Turnau-Förster II, 757). Im Einzelfalle kann mithin schon die bloße nähere Angabe der begründenden Tatsachen zur Darlegung genügen. Dies wird namentlich dann zutreffen, wenn der Antragsteller (oder sein Vertreter) nach seiner Persönlichkeit die Gewähr für die Richtigkeit seiner Darstellung bietet (vgl. Güthe aaO.). In anderen Fällen, wenn die Darstellung nicht in sich verläßlich ist, werden Beweisstücke zu verlangen sein.

2. Kupfer, SeuffBl. **12** 261. Die Auskunfteien sind regelmäßig als Vertreter ihrer Auftraggeber einsichtsberechtigt. Eine Zurückweisung des Bevollmächtigten wird sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn der begründete Verdacht besteht, daß er nicht das Interesse seines Vollmachtgebers, sondern sein eigenes oder das anderer Personen wahrnehmen wird (OLG. **3** 302).

§ 12. I. Die Prüfungspflicht des Grundbuchbeamten.
1. **RG.** JW. **12** 866, WarnE. **12** 379, SeuffA. **67** 484. Unzweifelhaft gehört es zu den ersten Aufgaben des Grundbuchrichters vor Vollziehung eines Eintragungsantrags, den derzeitigen Inhalt des Grundbuchs genau zu prüfen und zu untersuchen, ob sich daraus etwa Hindernisse ergeben, die dem Antrag entgegenstehen. . . . Unzutreffend ist, daß sich niemand über den Vollzug des von ihm selbst gestellten Antrags beschweren dürfe. Der Grundbuchrichter muß unabhängig von dem oft auf tatsächlichem oder rechtlichem Irrtume beruhenden Eintragungsantrage dessen Zulässigkeit prüfen und nach Maßgabe der GBO. verfahren.

2. **RG.** **77** 423, JW. **12** 195. Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, außer dem Entwurfe des Gerichtsschreibers auch die Ausfertigung des Hypothekenbriefs selbst zu prüfen.

3. SeuffA. **67** 485 (Cassel). Eine Vorschrift, in welcher Weise die Prüfung der Einträge vom Grundbuchrichter vorgenommen werden soll, besteht nicht. Daß er den Wortlaut der Neueintragung mit dem Wortlaute seiner Verfügung oder der darin in Bezug genommenen Protokoll- oder Eintragstelle selbst vergleiche, kann, zumal bei einem stark beschäftigten Grundbuchamte, weil undurchführbar, nicht gefordert werden, ist auch, wie gerichtsbekannt, nicht üblich. Es muß genügen, daß der Grundbuchführer dem Grundbuchrichter den Wortlaut, sei es der Verfügung oder der in Bezug genommenen Stelle, sei es der neuen Eintragung, vorliest, während dieser gleichzeitig die Eintragung oder die Verfügung nachliest.

4. ThürBl. **59** 104 (Jena). Der Grundbuchbeamte muß sich beim Protokollieren vergewissern, ob die von den Beteiligten gebrauchten grundbuchtechnischen Ausdrücke ihrem wahren Willen entsprechen, wenn er nach Personen und Umständen Anlaß zu Zweifeln darüber haben muß; sonst verletzt er schuldhaft eine ihm den Beteiligten gegenüber obliegende Amtspflicht.

5. **RG. 77** 423, JW. **12** 195. Grobe Fahrlässigkeit — ein vom Gesetze nicht näher gekennzeichneter Begriff — ist dann gegeben, wenn nach den Umständen des Falles angenommen werden muß, daß der Beklagte die von ihm zu gewährende Sorgfalt in besonders schwerer Weise vernachlässigt hat. Das Vorhandensein grober Fahrlässigkeit ist dagegen zu verneinen, wenn die gesamten Umstände des Falles oder auch nur ein einzelner besonders bedeutungsvoller Umstand zu dem Ergebnisse führen, daß eine so schwere Pflichtvernachlässigung nicht angenommen werden kann.

6. **RG.** ZBlFG. **12** 723. Haftung des Notars wegen nicht rechtzeitiger Erledigung einer Hypothekenangelegenheit und Unterlassens der Benachrichtigung des Auftraggebers von einer Beanstandung seitens des Grundbuchamts.

II. Private Auskünfte. 1. **RG.** BayRpflZ. **12** 135, R. **12** Nr. 1358, 1359. Es könnte eine Amtspflichtverletzung auch in Frage kommen, wenn der Gerichtsschreiber außerhalb seiner amtlichen Befugnis und ohne dazu verpflichtet zu sein, die erbetene Auskunft in einer Form erteilt hätte, daß der Anschein erweckt worden wäre, es handle sich um eine amtliche Beurkundung, wenn der Gerichtsschreiber also in der Auskunft nicht als Privatperson, sondern in Anmaßung einer ihm nicht zustehenden Befugnis als Beamter aufgetreten wäre (**RG. 68** 282 und **71** 62).... Das liegt aber nicht vor, wenn nur eine „private" Mitteilung begehrt und nur eine private Auskunft aus Gefälligkeit erteilt ist.

2. SeuffA. **67** 429 (Jena). Der Staat haftet nicht für Schäden aus einer falschen privaten Auskunft des Grundbuchführers.

III. Der Kreis der Beteiligten (s. JDR. **6** zu § 12 GBO. Ziff. 1, **9** zu § 12 GBO. Ziff. 1). 1. **RG. 78** 241, JW. **12** 349. Es ist nicht gerechtfertigt, den Kreis der Personen, deren Interessen die dem Beamten zur Amtspflicht gemachte Tätigkeit unter Berücksichtigung ihrer besonderen Art und ihres Zweckes dienen soll, in allen Fällen gleichzustellen mit dem Kreise der Personen, die bei der betreffenden Amtstätigkeit als unmittelbar Beteiligte erscheinen. Diese beiden Kreise können allerdings zusammenfallen, sie können aber auch voneinander verschieden sein. Ob das eine oder das andere der Fall ist, richtet sich nach der Art der Tätigkeit des Beamten, nach ihrer inneren Natur. So fallen die beiden Kreise zusammen bei der Tätigkeit des Prozeßrichters; hier sind nur die Parteien im Sinne des 2. Abschnitts des 1. Buches der ZPO., also einschließlich der am Rechtsstreite beteiligten Dritten, die in diesem Sinne Beteiligten. Sie sind aber auch allein die, derem Interesse die dem Prozeßrichter zur Amtspflicht gemachte Tätigkeit nach ihrer besonderen Art und ihrem Zwecke dienen soll. Dagegen fallen die beiden Kreise nicht zusammen, wenn es sich um die Amtstätigkeit des Grundbuchrichters handelt.

Hier erscheinen als die Beteiligten im Sinne des § 12 GBO., also als die, denen gegenüber dem Grundbuchbeamten die Amtspflicht im Sinne des § 839 BGB. obliegt (vgl. **RG. 72** 329) alle die Personen, in deren Rechtskreis durch die Pflichtverletzung des Grundbuchbeamten unmittelbar eingegriffen wird. Schon nach der natürlichen Wortbedeutung sind, wie der V. Sen. in der Entsch. **RG. 66** 109 zutreffend hervorgehoben hat, bei der pflichtwidrigen Handlung des Grundbuchbeamten die Personen beteiligt, deren Rechte dadurch berührt werden. Es brauchen dies nicht immer die Personen zu sein, denen auch das Recht zur Beschwerde gegen die pflichtwidrige Handlung zugestanden hätte. Denn einerseits ist das Recht zur Beschwerde in Grundbuchsachen durch § 71 Abs. 2 GBO. Beschränkungen unterworfen, anderseits sind, wie in jenem Urteile mit Recht bemerkt wird, sehr wohl auch Fälle denkbar, in denen jemand erst durch die eingetretene Verletzung seiner Rechte zum Beteiligten wird. Damit soll gesagt sein, daß der Kreis der Personen, die bei der Amtspflichtverletzung eines Grundbuchbeamten beteiligt erscheinen, denen gegenüber dem Grundbuchbeamten die verletzte Amtspflicht oblag, vorläufig ein ganz unbegrenzter ist, weil jeder in die Lage kommen kann, sich auf die richtige Handhabung der Grundbucheinrichtungen verlassen zu müssen, und somit jeder durch eine Täuschung in diesem Vertrauen Schaden erleiden kann. Erleidet jemand in dieser Weise Schaden, dann ist er dadurch aus der unbegrenzten Zahl der in diesem Sinne möglichen Beteiligten herausgehoben; ihn hat die Verletzung der dem Grundbuchbeamten der Allgemeinheit gegenüber obliegenden Amtspflicht durch den Eingriff in seinen Rechtskreis geschädigt.

2. **RG.** WarnE. **12** 425, GruchotsBeitr. **56** 802, R. **12** Nr. 2881, ZBlFG. **13** 400. „Beteiligter" im Sinne des § 12 GBO. ist, entsprechend dem § 839 BGB. der „Dritte", dem gegenüber dem Grundbuchbeamten die verletzte Amtspflicht obliegt. Wird aber beim Grundbuchamte die Vornahme einer solchen Amtshandlung beantragt, die den Übergang eines Vermögensrechts auf einen Dritten zur Folge hat, so liegt dem Grundbuchbeamten die Amtspflicht, auf die Erledigung des Antrags die gehörige Sorgfalt zu verwenden, nicht nur gegenüber dem Antragsteller ob, sondern auch gegenüber dem Dritten; denn dieser ist in betreff der Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse, die durch die Erlangung des fraglichen Vermögensrechts eintreten soll, auf die pflichtmäßige Ausübung der grundbuchamtlichen Tätigkeit angewiesen (**RG. 72** 330).

IV. Das Mitverschulden der Beschädigten. 1. **RG. 77** 423, JW. **12** 195. Wenn das Berufungsgericht hier angenommen hat, daß sich die Sparkasse unbedingt auf die Richtigkeit des Hypothekenbriefs hat verlassen können, und daß für ihre Verwaltung keine Verpflichtung bestanden hat, das Grundbuch selbst noch einzusehen, so ist dem nur beizutreten. Ein Mitverschulden liegt also nicht vor.

2. **RG.** WarnE. **12** 425, GruchotsBeitr. **56** 802. § 12 ist nicht anwendbar, wenn der Geschädigte nicht versucht hat, den Schaden abzuwenden, sondern ein ungeeignetes Mittel angewandt hat, um den entstandenen Schaden ersetzt zu erlangen.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

§§ 13 ff. I. Zulässigkeit der Eintragungen. 1. SeuffBl. **12** 95, BayRpflZ. **12** 52 (BayObLG.). Das Recht einer Kirchengemeinde, ihre Toten in einem fremden Grundstücke zu begraben, kann nur dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn das Recht ein privatrechtliches ist.

2. SchlHolstAnz. **12** 289 (Kiel). Das Recht auf Erstattung von Straßenbaukosten läßt sich nicht als dingliches Recht begründen.

3. Bad.NotZ. **12** 45 (LG. Mannheim). Die Eintragung der Unterwerfungsklausel für ein Darlehen in das Grundbuch ist unstatthaft, wenn

aus der vorgelegten Urkunde sich ergibt, daß das Darlehen noch nicht ausgezahlt wurde.

4. a) Bourier, DNotV. **13** 37. Eine verzinsliche Frauenhypothek am Mannesgrundstücke darf eingetragen werden.... Das Grundbuch ist nicht dazu bestimmt, über das ehemännliche Nutzungsrecht oder dessen Ausschließung Aufschluß zu geben. Die weitere Folge ist der Satz: Der Grundbuchrichter hat sich um das ehemännliche Nutzungsrecht nicht zu kümmern. Dieser Satz gilt mindestens dann, wenn nicht eine Verfügung über das Recht der Ehefrau in Frage steht, sondern ein Recht der Frau eingetragen werden soll. b) Ricks, DNotV. **12** 853. Die Eintragung einer verzinslichen Frauenhypothek auf dem Grundstücke des Mannes ist zulässig, weil der Grundbuchrichter nicht feststellen kann, ob es sich in der Tat um eine Änderung des Güterrechts handelt.

5. RheinANV. **12** 136 (KG.). Bei der Zwangshypothek ist der Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundbuchparzellen zu verteilen, auch wenn diese wirtschaftlich eine Einheit bilden (§ 867 Abs. 2 ZPO.).

6. HessRspr. **13** 281 (LG. Darmstadt). Zusammenrechnung mehrerer Forderungen aus verschiedenen Schuldtiteln gewährt keinen Anspruch auf Eintragung einer Zwangshypothek aus § 866 ZPO.

7. a) ElsLothNotZ. **12** 256 (Colmar). Auf Grund eines Urteils zur Duldung der Eintragung einer Hypothek kann nicht eine Zwangshypothek eingetragen werden. Die Verurteilung hat vielmehr eine Willenserklärung der Beklagten zum Gegenstand, auf Grund deren erst die Hypothek durch Eintragung zur Entstehung gelangt. b) SeuffBl. **12** 439, R. **12** Nr. 2979 (KG.). Die Eintragung einer Zwangshypothek aus dem von einem Miterben erstrittenen vollstreckbaren Urteile, durch das der Nachlaßschuldner verurteilt ist, die von ihm geschuldete Summe zur Bildung einer Nachlaßmasse zu hinterlegen, ist unzulässig. c) BadNotV. **12** 165 (GBA. Weinheim). Aus einem Urteil auf Sicherheitsleistung kann nicht die Eintragung einer Zwangshypothek beantragt werden.

8. KGJ. **41** 188 (KG.). Ein Vermerk in Abt. II des Grundbuchs, daß der Teil eines Grundstücks enteignet sei, ist inhaltlich unzulässig. Er ist deshalb von Amts wegen zu löschen; zugleich ist die bei Eintragung dieses Vermerkes gelöschte Vormerkung über das eingeleitete Enteignungsverfahren von neuem einzutragen.

9. Wolff, PosMSchr. **12** 69. Die Verpflichtung des Ansiedlers, das Grundstück ohne Genehmigung der Ansiedlungskommission nicht zu veräußern, kann nicht mit dinglicher Wirkung begründet werden.

10. a) Heymann, DJZ. **12** 512. Die Kosten der Eintragung der Zwangshypothek, worunter nach dem Sprachgebrauche der ZPO. sowohl die Anwaltskosten wie die Gerichtsgebühren fallen, sind weder eintragungsbedürftig noch auch eintragungsfähig. Für sie haftet nach § 867 Abs. 1 Satz 2 ZPO. das Grundstück kraft Gesetzes. Dieser Haftung bleibt als etwas Selbstverständlichem die Eintragung ins Grundbuch verschlossen. Anders steht es dagegen mit den Kosten einer früheren fruchtlosen Zwangsvollstreckung, seien es nun Kosten und Auslagen des Gerichtsvollziehers oder Gerichtsgebühren für einen Pfändungsbeschluß, seien es Auslagen für Wohnungsauskünfte, Katasterauszüge u. a. m. Diese im Verhältnisse zur Hauptsumme oft nicht unerheblichen Kosten sind sowohl eintragungsfähig als auch der Eintragung bedürftig, wenn das Grundstück für sie mithaften soll. Ihre Eintragung kann aber ohne Vorlegung eines Titels verlangt werden. b) Freymuth, DJZ. **12** 685. Das KG. hat im Beschlusse vom 13. Januar 1908 (KGJ. **35** A 325) dahin sich ausgesprochen, die Eintragung der

Kosten aus § 867 Abs. 1 Satz 2 sei zwar nicht erforderlich; daher könne, wenn das Grundbuchamt die Eintragung dieser Kosten ablehne, eine Beschwerde dagegen keinen Erfolg haben. Jedoch ist die Eintragung dieser Kosten nicht unzulässig, sondern statthaft.

11. Krückmann, AZivPr. **108** 179 ff. (383). Die Praxis hat mit Recht anerkannt, daß für unerzeugte Erben Vorkehrungen getroffen, insbesondere Eintragungen in das Grundbuch gemacht werden können. Es kann gar nicht davon gesprochen werden, daß hier eine Personalvertretung vorliege, und das RG. (**RG. 65** 277) hat denn auch richtig zur fingierten Rechtspersönlichkeit gegriffen. Die Fiktion erklärt natürlich nicht und hilft über die Tatsache nicht hinweg, daß ein berechtigtes Subjekt eben nicht da ist. Die für die unerzeugten Erben eingetragenen Hypotheken sind einfach subjektlos, und dies darf nicht fortgedeutet, auch nicht mit einem Vorwirken der Person erklärt werden, sondern es will einfach als Tatsache hingenommen sein. Neuerdings vertritt Siber, KrVJSchr. **49** 56 den Gedanken, daß die subjektlosen Rechte bis zur Geburt des Berechtigten denen zustehen, die ohne die erbrechtliche Verfügung Erben sein würden. Das glaubt ihm kein Nachlaß- und kein Grundbuchrichter. Sibers Lehre ist nicht einfach genug und wird durch die tatsächliche Praxis entscheidend widerlegt. Diese subjektlosen Rechte sind aber nicht besitzlos, sondern es wird ihnen in einem Pfleger ein Rechtsbesitzer gegeben. Stirbt der Pfleger, so werden die Rechte auch besitzlos, wir haben dann ein subjektloses und besitzloses, aber doch nicht herrenloses Recht vor uns. Dieselben Erwägungen treffen aber auch für § 1912 BGB. zu, Pflegschaft für eine Leibesfrucht. Auch diese ist noch kein Rechtssubjekt, die für sie offen gehaltenen Rechte sind subjektlos, aber nicht besitzlo .

12. *v. Henle, R. **12** 74. Die Eintragung der auf Grund des § 326 StPO. ausgesprochenen Vermögensbeschlagnahme ist zur Ausschließung der Wirkungen des § 892 BGB. nicht erforderlich und daher auch nicht zulässig (vgl. BayObLG. **12** 31, aM. Güthe, GBO. 221).

II. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. 1. du Chesne, RheinZ. **5** 206 (213). Für die Prüfung der Tätigkeit des Grundbuchrichters ist erheblich, in welcher Weise sich dieser seine Überzeugung zu bilden hat. Dies geschieht:

Außerhalb des Verfahrens:

1. Er hat sie schon, weil alle Menschen sie haben: Gemeinkundigkeit.
2. Er hat sie bereits auf Grund seines Amtes: Amtskundigkeit.

Durch das Verfahren:

3. Er hat sie sich aus den Akten zu verschaffen: Amtskundigkeit.
4. Er hat sie als vorhanden zu behandeln: Annahmen, Vermutungen.
5. Er hat sie sich von Privaten erbringen zu lassen: Beweis.

Wenn man unter Beweis nur die Erbringung der Überzeugungsgrundlagen durch die beteiligten Privaten versteht, im Beweis also nur eine besondere Art der Beschaffung der Überzeugungsgrundlagen sieht, so lassen sich die Kategorien 1—4 unter den Oberbegriff der Beweisfreiheit des Privatbeteiligten einbeziehen, während die fünfte Kategorie mit der Beweislast des Privatbeteiligten zusammenfällt . . . (222). Diese fünf Kategorien müssen auch für den Grundbuchrichter gelten, wenn sich nicht aus dem positiven Rechte ein Anhalt für das Gegenteil entnehmen läßt. Für die Gemein- und Amtskundigkeit folgt die Beachtlichkeit bereits aus § 29 GBO.; denn mindestens diese beiden Kategorien werden auch sonst unter Offenkundigkeit verstanden. Für die Aktenkundigkeit folgt es aus der Gleichwertigkeit mit der Amts-, also Offenkundigkeit. Die Frage endlich, ob der Grundbuchrichter auch Annahmen und Vermutungen zu beachten hat, läuft nach dem oben Gesagten darauf hinaus, ob der Grundbuchrichter allgemeine Erfahrungsregeln auch für sich nutzbar

machen darf. Es ist anzunehmen, daß das Gesetz im Mangel einer klaren gegenteiligen Vorschrift dem Grundbuchrichter nicht den Gebrauch des gesunden Menschenverstandes, der zu jenen Erfahrungssätzen führt, hat verweigern wollen. Diese Erfahrungssätze sind keine Beweismittel — als solche könnten nur Urkunden in Frage kommen —, sondern Errungenschaften des menschlichen Verstandes, mit dem auch der Grundbuchbeamte an die Bildung seiner Überzeugung und Entscheidung herangehen muß. Müssen die inneren Erfordernisse des zu bewährenden Rechtsgeschäfts nicht mit Urkunden bewiesen werden — und ein solcher Beweis wird in den meisten Fällen nicht möglich sein —, so brauchen sie überhaupt nicht bewiesen zu werden. Nun ist richtig, daß § 29 GBO. die Fälle der Annahmen und Vermutungen nicht erwähnt. Allein darin liegt nicht, daß ihre Beachtung ausgeschlossen sein solle. § 29 will nur die Frage regeln, wie bewiesen werden muß, nicht wann es geschehen muß; er setzt fest: Wenn bewiesen werden muß, so muß es durch Urkunden geschehen. Er ist daher, wenn er sagt: „— soweit sie (die Eintragungsvoraussetzungen) nicht offenkundig sind", nicht dahin zu verstehen, als ob er sagen wollte: Nur offenkundige Tatsachen brauchen nicht bewiesen zu werden, als ob er demnach die Offenkundigkeit begrifflich bestimmen und der Beweisfreiheit gleichsetzen wolle. Unter offenkundig kann schon dem Wortsinne nach nur etwas verstanden werden, was feststeht, nicht etwas, was nur angenommen und vermutet wird. Lassen wir also unter Offenkundigkeit die Gemeinkundigkeit, die Amtskundigkeit und die Aktenkundigkeit zusammen, so stellt sie sich als ein Teilbegriff der Beweisfreiheit dar. Außer ihm begreift die Beweisfreiheit auch noch die Annahmen und Vermutungen unter sich.

2. RJA. **11** 242, R. **12** Nr. 1662 (KG.). Der vollstreckbare Titel ist für die Wirksamkeit der Eintragung ebenso notwendig wie die Einigung, sodaß also die Eintragung einer Zwangshypothek beim Fehlen eines vollstreckbaren Titels ebenso nichtig ist, wie die Eintragung einer Vertragshypothek beim Fehlen der Einigung (**RG. 70** 353, KGJ. **27** A 128). Was von dem Titel gilt, muß auch von den anderen Voraussetzungen gelten, von denen die ZPO die Zwangsvollstreckung in zwingender Weise abhängig macht. Für die nach § 750 Abs. 1 ZPO. erforderliche Zustellung des Schuldtitels ist dies vom KG. (KGJ. **34** A 323) im Anschluß an die Auffassung von **RG. 20** 433, **25** 368, (GruchotsBeitr. **28** 845, **36** 467) bereits ausgesprochen worden. Ebenso ist aber auch der Fall des § 765 ZPO. zu behandeln, insbesondere steht dieser Annahme der § 868 ZPO. nicht entgegen. Allerdings erwirbt nach dem Abs. 1 dieser Vorschrift der Grundstückseigentümer die Zwangshypothek nicht nur dann, wenn die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben wird, sondern auch dann, wenn durch eine solche Entscheidung die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird. Diese Vorschrift knüpft, wie die Begründung zu der Zivilprozeßnov. von 1898 (zu § 757 d) erkennen läßt, an den § 775 Nr. 1 ZPO. (früher § 691 Nr. 1) an. Im § 775 Nr. 1 ist aber bei der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht an die bloße Unzulässigkeit einer einzelnen Vollstreckungsmaßregel wegen Nichtvorliegens einer Zwangsvollstreckungsvoraussetzung, sondern an den Fall gedacht, daß der Schuldtitel in seiner Wirksamkeit beseitigt oder beeinträchtigt ist, daß also die Vornahme der Vollstreckung auf Grund des Titels für unzulässig erklärt wird. Im gleichen Sinne muß auch der § 868 Abs. 1 ZPO. verstanden werden. Eine Entscheidung, durch die eine auf Grund des § 766 ZPO. erhobene Einwendung für begründet erklärt wird, fällt daher nicht unter die Fälle des § 868. Selbst wenn also das durch eine Beschwerde auf Grund der §§ 71 ff. GBO. angerufene Beschwerdegericht zuständig wäre, an Stelle des Vollstreckungsgerichts über eine auf das Nichtvorliegen einer Vollstreckungsvoraussetzung gestützte Einwendung gemäß § 766 ZPO. zu entscheiden und wenn ferner eine solche Entscheidung als eine vollstreckbare anzusehen wäre, würde sie doch nicht den Übergang der Zwangshypothek auf den Eigentümer zur Folge haben.

Die Hypothek ist vielmehr infolge des Nichtvorliegens der fraglichen Vollstreckungsvoraussetzung nichtig.

3. du Chesne, BuschsZ. 43 61. (78) Bei dem Offizialverfahren ist ohne weiteres klar, daß der Grundbuchbeamte, wenn er zunächst nicht zur Vornahme der Offizialhandlung gelangt ist, jederzeit erneut Anlaß nehmen kann, zu prüfen, ob nicht die Erfordernisse schon damals vorlagen oder wenigstens jetzt vorliegen, und daß er, wenn er nunmehr zur Bejahung dieser Frage gelangt, die Handlung doch noch vornehmen kann. Gesetzliche Vorschriften oder Rücksichten auf Interessenten, die ihm eine solche erneute Prüfung verboten, sind nicht erkennbar; im Gegenteile liegt es im Interesse der Sache, wenn der Grundbuchbeamte eine solche Frage nochmals ins Auge faßt. Gelangt nun der Grundbuchbeamte bei erneuter Prüfung zu dem Ergebnisse, daß seine frühere negative Entschließung unrichtig war, und daß die Voraussetzungen der Offizialhandlung bereits damals vorlagen oder wenigstens jetzt vorliegen, und nimmt er deshalb nunmehr die Handlung vor, so enthält diese Entschließung, verglichen mit der früheren eine Abänderung der früheren Entschließung. Nichts destoweniger aber handelt es sich um zwei vollständige Verfahren, die einander selbständig gegenüberstehen. Denn ist auch der Prüfungsgegenstand vollständig oder teilweise der gleiche, etwa dieselbe Urkunde im Falle des § 9, so ist doch der Eintritt in die Prüfungstätigkeit ein neuer selbständiger Akt, mit dem ein neues selbständiges Verfahren beginnt. Der Satz, daß die hier behandelten Entschließungen jederzeit frei abänderbar sind, ist demnach genauer dahin zu formeln, daß, solange die Offizialhandlung nicht vorgenommen und damit das Bedürfnis nach ihr erfüllt und beseitigt ist, der Grundbuchbeamte jederzeit ein neues Verfahren absetzen kann und, wenn die Voraussetzungen zum Eintritt in die Prüfungstätigkeit vorliegen, absetzen muß. . . . (80). Auch für das Antragsverfahren gilt, daß eine wirkliche Abänderung der früheren Entscheidung ein prozessual völlig selbständiges Verfahren mit allen Voraussetzungen eines solchen ist, und daß sie den Charakter einer Abänderung nur im Hinblick auf das vorausgegangene ebenso selbständige Verfahren hat, namentlich aber, daß auch das zweite Verfahren kein Offizial-, sondern ein Antragsverfahren ist. Es wäre ja auch verwunderlich, wenn derselbe Zweck für gewöhnlich eines Antragsverfahrens bedürfte, im besonderen Falle einer voraufgegangenen negativen Entscheidung aber im Offizialverfahren erreicht werden könnte . . . (82). Demnach muß der zur Abänderung bereite Grundbuchbeamte sich des fortbestehenden Willens des Antragsstellers in der Weise versichern, daß er ihn bei Mitteilung der Abänderungsbereitschaft veranlaßt, schriftlich oder zu Protokoll zu erklären, er wolle auch jetzt noch die vom Grundbuchbeamten in Aussicht gestellte Handlung, also einen Antrag stellen.

4. Fraeb, ZBlFG. 12 613 ff. (624). Nach einer vom KG. wiederholt begründeten Ansicht wird der allgemeine Grundsatz, daß, soweit eine Verfügungsbeschränkung nur zugunsten bestimmter Personen wirkt, aus ihrem Bestehen ein Grund für die Unzulässigkeit weiterer Eintragungen auf Antrag des eingetragenen Eigentümers nicht zu entnehmen sei, insofern durchbrochen, als Löschungen von Rechten, die für den in der Verfügung Beschränkten eingetragen sind, auf dessen Antrag allein nicht vorzunehmen sind. Diese Anschauung beruht auf der Erwägung, daß dem durch die Verfügungsbeschränkung Geschützten die Möglichkeit gewahrt bleiben muß, die Unwirksamkeit einer verbotswidrigen Verfügung geltend zu machen. Diese Möglichkeit wird jedoch durch die Löschung eines eingetragenen Rechtes beseitigt. Eine vorläufige Löschung (mit Vorbehalt der Wiedereintragung für den Fall der Rüge der Unwirksamkeit und namentlich der Wiedereintragung mit dem alten Range) ist, wie das KG. zutreffend ausführt, dem Gesetz unbekannt. Demgemäß darf der Grundbuchrichter eine Löschung bei Bestehen einer Verfügungsbeschränkung nicht eher vornehmen, als bis ihm die Zustimmung des Geschützten (§ 19 GBO.) nachgewiesen ist.

5. KGBl. **12** 51 (LG. III Berlin). Das KG. in OLG. **23** 329 hält das Grundbuchamt nicht für befugt, das ordnungsmäßige Zustandekommen der Schuldtitel nachzuprüfen. „Ein solches Recht hat das Grundbuchamt nicht einmal dann, wenn der Schuldtitel selbst die Grundlage zur Eintragung bildet, wenn also z. B. eine Privatperson die Eintragung einer Zwangshypothek beantragt. Der Grundbuchrichter muß vielmehr in einem solchen Falle die Hypothek auch dann eintragen, wenn der Schuldtitel unter Verletzung zwingender Vorschriften zustande gekommen ist." In Anwendung dieser Grundsätze hat das Grundbuchamt die Gesamtkostenrechnung als Schuldtitel auch dann anzusehen, wenn sie unter Verletzung des § 12 KassO. zustande gekommen ist. Dem Grundbuchamt ist ein äußerlich rechtsgültiger Schuldtitel über 300 M. vorgelegt, und es hat dementsprechend die Hypothek auf Antrag der Gerichtskasse einzutragen. Dem Schuldner steht es frei, im Wege der Beschwerde bei den der Kasse vorgeordneten Behörden das unrichtige Verfahren der Gerichtskasse bei der Herstellung der Gesamtkostenrechnung zu rügen. Solange aber die Gesamtkostenrechnung besteht, ist der Grundbuchrichter daran gebunden.

6. KGJ. **41** 253 (KG.). Das Vorschußjahr der Berufsgenossenschaften deckt sich mit dem Rechnungsjahre. Daher ist der durch die statutarische Bestimmung über die Bezahlung der Vorschüsse in Verbindung mit den für das letztvergangene Rechnungsjahr ausgestellten Heberollenauszügen gebildete Schuldtitel der Schuldtitel für sämtliche in dem betreffenden Kalenderjahre fälligen Vorschüsse.

7. a) KGJ. **41** 241 (KG.). Die Vollziehung des Arrestbefehls in eine Briefhypothek ist nur dann statthaft, wenn innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. nicht nur der Pfändungsbeschluß erlassen, sondern auch die Übergabe des Hypothekenbriefs erfolgt ist. **b)** BayObLG. **13** 248. Hat der Arrest, weil er nicht rechtzeitig vollzogen worden ist, seine Wirksamkeit als Vollstreckungstitel verloren, so kommt seiner Eintragung in das Grundbuch keine Bedeutung mehr zu.

8. Die Entsch. des OLG. Hamburg in JDR. **10** zu §§ 13 ff. Ziff. II 5 b auch KGJ. **41** 272.

9. OLG. **26** 4 (KG.). Die rechtsbegründende Natur des Eintragungsantrags macht erforderlich, daß das Verfügungsrecht des Vollmachtgebers auch noch zu der Zeit der Eintragung fortbesteht.

10. OLG. **26** 4 (BayObLG.). Wenn auch die Entscheidungsgründe der Rechtskraft nicht fähig sind, so können sie doch nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Vielmehr ist es statthaft, ihren Inhalt als Auslegungsbehelf für den Sinn und die Tragweite des Urteilssatzes beizuziehen. Für den Inhalt der im Urteilssatze festgestellten Grunddienstbarkeit sind also auch die Urteilsgründe von Belang. Ebenso können auch allenfalsige Zweifel hinsichtlich der Fähigkeit zur Eintragung ins Grundbuch durch Beiziehung der Urteilsgründe ihre Lösung finden. Denn die Urteilsformel in ihrer Erläuterung durch die Gründe bildet den Ersatz für die Eintragungsbewilligung, so daß durch die Bezugnahme hierauf der Inhalt der Grunddienstbarkeit eine genügende Bezeichnung erfährt.

11. a) BayNotZ. **13** 245 (LG. I München). Die Frage, ob der in Gütergemeinschaft lebende Ehemann, der ohne Mitwirkung seiner Frau ein Grundstück erwirbt, auch wenn er allein die Auflassung entgegennimmt, in der Urkunde beantragen kann, ihn und seine Frau als Miteigentümer in allgemeiner Gütergemeinschaft in das Grundbuch einzutragen, wie dies der Beschwerdeführer B. getan, ist sehr bestritten (vgl. Güthe, § 34 GBO. Anm. 64, Fuchs-Arnheim Note 17 zu § 34 GBO., Jung, BayNotZ. **11** 504 ff., **12** 8 ff., Bourier ebenda 401 ff., 648 ff., Meikel ebenda **12** 1 ff., Planck Note 5 z. § 1438 BGB.). Die autographierte JME. vom 2. Oktober 1911 Nr. 41 599, abgedruckt in der vorbezeichneten Zeitschrift **11** 472 473, bejaht diese Frage mit der Begründung, das erworbene Grundstück falle kraft Gesetzes in das Gesamtgut,

ohne daß es dazu der Zustimmung der Frau bedürfe (§ 1438 BGB.), die Eintragung der Frau als Miteigentümerin erfolge in diesem Falle nicht zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894, 1438 Abs. 3 BGB., § 22 Abs. 2 GBO.), sondern zur Vollständigkeit der Eintragung, durch die der Eigentumserwerb für das Gesamtgut erst vollendet werde (§§ 873, 925 BGB.). Dieser Anschauung schließt sich das Beschwerdegericht an. Von einer Berichtigung des Grundbuchs kann in dem angeführten Falle nicht die Rede sein; die sofortige Miteintragung der Frau erfolgt vielmehr zur Hintanhaltung einer mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange stehenden Eintragung in das Grundbuch. **b)** SchlHolstAnz. **12** 270 (LG. Altona). In der Bestellung einer Kaufpreishypothek für ein von einer Ehefrau gekauftes Grundstück ist nicht eine Verfügung über eingebrachtes Gut, sondern lediglich eine Beschränkung des Erwerbs der Ehefrau zu erblicken. Hätte diese sich im Kaufvertrage verpflichtet, ein bereits zum eingebrachten Gute gehöriges Grundstück mit der Restkaufgeldhypothek zu belasten, so würde sie zu dieser Belastung allerdings der Zustimmung ihres Ehemanns bedürfen, nicht aber, wenn es sich um die Belastung des Kaufgrundstücks selbst handelt, dessen Erwerb zum eingebrachten Gute verträgsmäßig erst durch die Belastung ermöglicht wird. **c)** Amann, BadRpr. **12** 185, 193. Die Pflicht des Grundbuchbeamten zur Prüfung des ehelichen Güterrechts. **d)** Bourier, BayNotZ. **13** 95. Zur Eintragung der Vollstreckbarkeit der Kaufpreishypothek nach § 800 ZPO. ist die Zustimmung der Ehefrau des in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Käufers nicht erforderlich.

12. *Kuttner, JheringsJ. **61** 116. Grundbucheintragungen sind nicht bloße Beurkundungen von Wahrnehmungen oder Wissenserklärungen, sondern richterliche Entscheidungen.

III. Rechtshilfe, DJZ. **12** 1472 (KG.). Ob eine Rechtshilfepflicht besteht, wenn das Grundbuchamt um Vernehmung ersucht, ist streitig und neuerlich vom RG. verneint, weil es sich dabei um eine Angelegenheit nicht des ersuchenden, sondern des ersuchten Gerichts — einen Beurkundungsakt — handle (JW. **10** 717 Nr. 30). Hier aber hat das Vormundschaftsgericht ersucht, um die Verwirklichung einer zugunsten des Mündels getroffenen letztwilligen Anordnung herbeizuführen. Wie das zur Wahrnehmung des Mündelinteresses berufene Vormundschaftsgericht als solches verpflichtet gewesen wäre, sich der Beurkundung zu unterziehen, so kann es dazu auch die Hilfe eines anderen Gerichts in Anspruch nehmen.

§ 13. I. duChesne, SächsRpflA. **12** 481. Der Antrag ist ohne Eingehen auf die weiteren Prozeß- und die Eintragungsvoraussetzungen zurückzuweisen, d. h. eine sachliche Prüfung und Entscheidung abzulehnen, wenn ein ordnungsgemäßer Eintragungsantrag nicht vorliegt, d. i. der Wille des Antragstellers nicht auf Eintragung (auch solche unter gegenwärtigen Umständen) geht oder ein Eintragungsanspruch nicht geltend gemacht wird, der Eintragungsanspruch sich somit selbst als Willkürakt gibt. Da der Eintragungsantrag inhaltlich ein Willensakt ist, so sind zu seiner Auslegung an sich alle Mittel verwendbar, die auch sonst zur Erschließung einer Willensäußerung dienen; es brauchen insbesondere die zur Erschließung vom Grundbuchamte herangezogenen Umstände nicht urkundlich feststehen, da das Urkundsprinzip des § 29 GBO. nur für Eintragungsunterlagen gilt.

II. OLG. **26** 8 (OLG. München). Der Eintragungsantrag ist beim Grundbuchamte gestellt, wenn es bei diesem eingeht; denn der Antrag ist ein dem Grundbuchamte gegenüber gestelltes Verlangen um Eintragung, es kann erst dann als angebracht gelten, wenn er dem Grundbuchamte mündlich oder schriftlich zur Kenntnis gebracht wird. Nirgends, auch nicht in der Begründung der GBO., ist dem in der notariellen Urkunde gestellten Eintragungsantrage die Wirkung der Gleichstellung mit dem beim Grundbuchamte gestellten Eintragungsantrage hinsichtlich der dem Zeitpunkte der Antragstellung zukommenden Bedeutung beigelegt. Ihr

Ausschluß ergibt sich vielmehr aus § 13 Satz 2 GBO., der gerade zu dem Zwecke geschaffen wurde, um die mit dem Zeitpunkte der Antragstellung im Hinblick auf § 892 Abs. 2 verbundene Bedeutung zu wahren.

III. Die Antragsberechtigung. 1. KGJ. **41** 220 (KG.). Durch § 941 ZPO. wird nicht ausgeschlossen, daß der Antragsberechtigte selbst den Antrag auf Vornahme der durch die einstweilige Verfügung angeordneten Eintragung stellt.

2. KGJ. **41** 243, RJA. **11** 283, R. **12** Nr. 2671 (KG.). In den Fällen, in denen dem Antrage zum Grundbuche nicht eine Bewilligung, sondern ein vollstreckbarer Schuldtitel zugrunde liegt, kann der Antragsteller die Eintragung eines geringeren Betrags als desjenigen des Schuldtitels beantragen. Ein solcher Antrag bedarf auch nicht der Form des § 29 GBO.

3. du Chesne, SächsRpflA. **12** 481. Die Tatsache, daß der Eintragungsantrag von einem Nichtberechtigten eingereicht wird, hat nicht die Wirkung, das Grundbuchamt zu dem von Güthe (§ 13 Anm. 15) bezeichneten Verfahren zu zwingen. Wesentlich ist allein, ob der Unterzeichner des schriftlichen Antrags die Eintragung wirklich will oder nicht. Nur als Beweisgrund hierfür kann die Einreichung durch einen Unberechtigten in Frage kommen. Aus ihr allein aber kann man noch nichts für den mangelnden Eintragungswillen des Unterzeichners des Antrags folgern. Vielmehr kann der Einreichende ebensogut zur Einreichung berechtigt und verpflichtet sein, als das Gegenteil der Fall sein kann. Nur wenn sich ein weiterer Anhalt für den mangelnden Eintragungswillen des Unterzeichners ergibt, würde ein Anlaß vorliegen, Rückfrage an ihn vorzunehmen. Natürlich kann eine solche dem Grundbuchbeamten nicht verwehrt, aber sie kann ihm auch nicht, wie es Güthe hier tut, geboten werden. Vielmehr wird hier alles Frage des einzelnen Falles sein. Jedenfalls kann der Grundbuchrichter nur, wenn er sicher ist, daß ein ordnungsgemäßer Eintragungsantrag nicht vorliegt (s. oben), die sachliche Entscheidung ablehnen. Güthe lehrt (246 Anm. 103) weiter: „Dagegen darf der Richter eine sachliche Entscheidung dann nicht ablehnen, wenn zwei einander widersprechende Anträge gleichzeitig eingehen, z. B. der Antrag auf Umschreibung derselben Hypothek auf B. und C. Es sind vielmehr beide Anträge zurückzuweisen (Achilles-Strecker § 17 Anm. 2 b, Meikel 144, Melchior § 17 Anm. IV 1; aM. einerseits Predari § 13 Anm. 8, der sich für die Ablehnung einer sachlichen Entscheidung ausspricht — s. aber auch § 17 Anm. 3 a — und andererseits Fuchs-Arnheim § 17 Anm. 3, v. Staudinger § 879 Anm. A I 1 d Abs. 2 und Oberneck I, 307, die der Ansicht sind, daß beiden Anträgen unter Kenntlichmachung des Sachverhalts stattzugeben ist, und Dernburg § 45 Ziff. I e, der meint, es müßten beide Eintragungen unter Hinzufügung eines Widerspruchs vorgenommen werden)." Ein buntes Bild! Aber die große Meinungsverschiedenheit dürfte sich in der Hauptsache dadurch erklären, daß jede Meinung im Grunde einen anders gelagerten Fall im Sinne gehabt hat.

§ 14. 1. du Chesne, ZBlFG. **13** 392. Der Anspruch des § 14 ist ein unselbständiger, zur Vorbereitung des Vollstreckungseintrags bestimmter Vollstreckungsanspruch. Dieses innere Verhältnis des Anspruchs aus § 14 und des Anspruchs auf Zwangseintragung kommt auch in der weit überwiegenden Zahl der Fälle durch unmittelbare zeitliche Aufeinanderfolge der Berichtigungs- und der Vollstreckungseintragung zum Ausdruck. Ist aber die Geltendmachung des Anspruchs aus § 14 GBO. bereits Vollstreckungsakt, so müssen auch für sie bereits alle Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, insbesondere die Vollstreckungsklausel und der Zustellungsnachweis für den zu vollstreckenden Schuldtitel, vorliegen und es kann nicht mit Güthe angenommen werden, daß Vorlegung einer Ausfertigung des Titels genügt. . . .

Vielmehr bedarf es auch der Vorlegung der Vollstreckungsklausel und der Zustellungsurkunde.

2. Hoffmeister, Die Geldvollstreckung in nicht eingetragene Grundstücksrechte (26). Auch wenn der Schuldner nicht eingetragener Buchhypotheken-, Buchgrund-, Buchrentenschuld- oder Reallastgläubiger ist, kann der Gläubiger stets auf Grund seines vollstreckbaren Geldtitels eine Eintragung in das Grundbuch verlangen, nämlich die Eintragung der Pfändung (ZPO. §§ 830 Abs. 1 Satz 3, 857 Abs. 6). Dem widerspricht scheinbar der Wortlaut der ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 3, nach welchem „die Eintragung der Pfändung auf Grund des Pfändungsbeschlusses erfolgt". Der Pfändungsbeschluß ist kein vollstreckbarer Titel. Deshalb würde, wegen mangels einer Voraussetzung des § 14 GBO., hier ein Antragsrecht des Gläubigers aus § 14 GBO. nicht gegeben sein, wenn die Pfändung tatsächlich nur „auf Grund des Pfändungsbeschlusses" eingetragen wird. Das ist aber nicht der Fall. . . . (35). Die negative Feststellungsklage genügt allein nicht, um das Grundbuch durch Eintragung des Schuldnerrechts zu berichtigen. Das auf die negative Feststellungsklage ergehende Urteil schafft lediglich materielle Rechtskraft gegen den Beklagten, den fälschlich Eingetragenen, nicht gegenüber dem Schuldner (§ 325 ZPO.). Gegen ihn ist deshalb eine neue Klage und ein neues Urteil möglich, daß ihm das Grundstücksrecht nicht zusteht, ohne daß die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstände. Aus denselben Gründen genügt auch eine gegen den Schuldner gerichtete positive Feststellungsklage nicht. Neben der negativen Festellungsklage gegen den fälschlich eingetragenen ist darum schon eine positive Feststellungsklage gegen den Schuldner angebracht, daß er der wahre Berechtigte sei. Notwendig ist sie nur deshalb, weil der Grundbuchrichter leicht wegen mangelnder Rechtskraftwirkung des Urteils gegen den beteiligten Schuldner die Eintragung auf Grund des Urteils nach bloßer negativer Feststellungsklage ablehnen könnte. Das Grundbuchamt muß zum Beweise der Unrichtigkeit des Grundbuchs und des Bestehens des Schuldnerrechts stets beide Urteile verlangen oder ein Urteil, das gegen beide, Schuldner und fälschlich Eingetragenen, ergangen ist.

3. du Chesne, KGBl. 12 73. Der Anspruch aus § 14, das Vorliegen seiner übrigen Voraussetzungen vorausgesetzt, besteht solange, als der Anspruch des Berichtigungsberechtigten besteht, einerlei ob der Anspruch bereits geltend gemacht wird oder nicht. Werden nun beide Ansprüche nebeneinander geltend gemacht, so haben an sich beide Antragsteller auch die Beweislast für die Unrichtigkeit des Grundbuchs. Es wäre aber widersinnig, den Beweis für die gleiche Tatsache von beiden Antragstellern nebeneinander zu verlangen. Denn es kommt ja nicht auf das Erbringen des Beweises als solches an, sondern nur darauf, daß das Grundbuchamt die Überzeugung von dem Vorliegen des maßgebenden Zustandes erlangt; der Akt der Beweiserbringung ist nur Mittel zu diesem Zwecke. Hat somit das Grundbuchamt in dem einen Verfahren durch die Bemühungen des Antragstellers die Überzeugung vom Vorliegen einer Unrichtigkeit des Grundbuchs erlangt, so hat es dasjenige, was im anderen Verfahren an sich zu beweisen wäre, nämlich das bereits im ersten Verfahren Bewiesene, als offenkundig zu behandeln (§ 29 GBO.).

§ 15. 1. du Chesne, PosMSchr. 12 107. Die Ermächtigung des Notars aus § 15 GBO. umfaßt den Betrieb einer vor der rechtsändernden Eintragung erforderlichen Berichtigung dann mit, wenn diese sich nicht auf eine Berichtigungsbewilligung stützt oder wenn der Notar auch die Berichtigungsbewilligung beurkundet oder beglaubigt hat, nicht aber, wenn die Berichtigung im Wege der §§ 14, 22 GBO. im Betriebe der Vollstreckungseintragung erfolgt.

2. Bourier, BayNotZ. 12 230 ff. Der Notar handelt hier als Amtsperson kraft gesetzlicher (fingierter), nicht kraft rechtsgeschäftlicher (präsumierter) Vollmacht. S. auch die Bemerkungen zu § 32.

3. du Chesne, JW. 12 998. Die Ermächtigung des § 15 GBO. kommt nur deutschen, nicht auch ausländischen Notaren zu.

4. a) OLG. 25 374 (BayObLG.). Ein selbständiger Antrag des Notars im Sinne des § 15 liegt dann nicht vor, wenn er die Urkunde, die selbst den Eintragungsantrag der Beteiligten enthält, dem Grundbuchamte „zum Vollzug" oder „unter Anschluß an die von den Beteiligten gestellten Anträge zum Vollzuge" vorlegt. b) *v. Henle, R. 12 75. Der Notar ist nicht Antragsteller im Sinne des § 15 GBO., wenn er nur den von ihm beurkundeten Antrag an das Grundbuchamt zur Vollziehung übersendet, auch wenn er der Vorlegungsnote die Form eines Eintragungsantrags gibt.

5. OLG. 25 372 (Colmar). Der Notar ist nicht berechtigt, eine vom § 46 abweichende Rangbestimmung zu beantragen.

6. OLG. 25 371 (KG.). Der Notar, der die Bewilligung beurkundet hat, muß nicht auch die Eintragung beantragen.

§ 16. 1. *Bourier, BayNotZ. 12 230 ff. Ein unzulässiger Vorbehalt liegt auch im Eventualantrage.

2. *Bourier, BayNotZ. 12 250 ff. Einen vom Beteiligten vorbehaltslos gestellten Antrag kann der Notar nicht nach § 16 Abs. 2 beschränken; deshalb ist es ratsam, in die Bewilligungsurkunde keinen Antrag aufzunehmen, sondern von § 15 Gebrauch zu machen („antragslose Bewilligung").

§ 17. 1. HessRspr. 12 335 (Darmstadt). Die Zurückweisung des Antrags stellt sich als Erledigung im Sinne des § 17 GBO. dar. Vgl. Güthe § 17 Anm. 16 und 17. . . . Der Umstand, daß gegen die Zurückweisung die Beschwerde zulässig ist, ändert an der Tatsache der Erledigung nichts (vgl. Güthe § 17 Anm. 17).

2. ThürBl. 12 217 (Jena). Die Pfändung eines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist nicht möglich, wenn die Auflassung bereits erklärt ist, der Verkäufer des Grundstücks die Eintragung des Käufers als Eigentum bewilligt und dieser den Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamte gestellt hat, die Eintragung aber noch nicht erfolgt ist.

§ 18. I. Die Art der Entscheidung des Grundbuchrichters. 1. RJA. 11 230, R. 12 Nr. 1700 (KG.). Das Gesetz hat die Frage, ob wegen eines der beantragten Eintragung entgegenstehenden Hindernisses der Antrag zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung der Hindernisses zu bestimmen ist, in das pflichtmäßige Ermessen des Grundbuchrichters gestellt. Die Anwendung des Ermessens nach der letzteren Richtung stellt sich nur dann als dem Sinne des Gesetzes, beantragten Eintragungen, die an einem leicht zu behebenden Mangel der Begründung leiden, zur Vermeidung unnötiger Kosten durch den Erlaß einer Zwischenverfügung den Rang zu wahren (D. § 12), widersprechend dar, wenn der Mangel erst nach längerer Zeit zu beseitigen ist oder wenn der Antragsteller in der unlauteren Absicht, sich vor anderen Prätendenten den besseren Rang zu sichern, trotz Kenntnis des Mangels seinen Antrag verfrüht gestellt hat (vgl. Güthe, GBO. I 332 Anm. 20 § 18; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht [3] II, 127 Anm. II 1 zu § 18 GBO. . . . Predari (GBO. § 286 Anm. 3 zu § 18) nimmt an, daß bei Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung jeder Mangel, gleichgültig, ob er sich auf die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung oder auf die grundbuchrechtlichen Erfordernisse der Eintragung bezieht, zu einer sofortigen Zurückweisung des Antrags führen müsse. Dieser Ansicht ist jedoch nur insoweit beizupflichten, als es sich um Mängel in ersterer Hinsicht handelt. Die Zwangsvollstreckung darf erst beginnen, wenn alle Erfordernisse ihrer Zulässigkeit gegeben sind. Fehlt es daran, so ist für eine Zwischenverfügung, welche die Wirkung haben würde, daß der Rang der Zwangsvollstreckung nach einem Zeitpunkte bestimmt würde, in dem die Zwangsvollstreckung unzulässig war, kein

Raum. Liegen dagegen die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vor und fehlt es nur an einem grundbuchrechtlichen Erfordernisse, wie hier an dem Nachweise der Entstehung der gepfändeten Eigentumsgrundschuld, so besteht kein Grund für die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 18 GBO. Insbesondere trifft die Erwägung von Predari, daß der vollstreckbare Schuldtitel keinen privatrechtlichen, der Vormerkung zugänglichen Anspruch auf die Zwangseintragung gewähre, der Grundbuchrichter also nicht in der Lage sein würde, gemäß § 18 Abs. 2 GBO. den vollstreckbaren Anspruch vorzumerken, wenn ein neuer Antrag auf Belastung desselben Rechtes einginge, um deswillen nicht zu, weil die Vormerkung aus § 18 Abs. 2 GBO. nicht zur Sicherung persönlicher Ansprüche dient, diese Vorschrift vielmehr Eintragungen betrifft, die auf Grund dinglicher Rechtsakte ohne Rücksicht darauf vorgenommen werden sollen, ob ein persönlicher Anspruch auf Rechtsänderung begründet ist (vgl. Güthe aaO. 328 Anm. 14, 341 Anm. 46).

2. *v. Henle, R. **12** 75. Es ist nicht unzulässig, daß das Grundbuchamt die Ergänzung des Antrags, ohne ihn zurückzugeben und daher ohne Bestimmung einer besonderen Frist herbeiführt (gegen Güthe, GBO. [2. Aufl.] 326). Auch ist die Ansicht nicht zu billigen, daß eine Zwischenverfügung dann unzulässig ist, wenn der Antragsteller den Eintragungsantrag in Kenntnis des Mangels zu dem Zwecke einreicht, um sich einen besseren Rang zu sichern.

3. RJA. **12** 67 (KG). Die Zwischenverfügung bewirkt, daß sich die Rangstellung der beantragten Eintragung nach dem Zeitpunkte des Eingangs des Antrags und nicht nach dem Zeitpunkte der Hebung des Hindernisses richtet. Bei gleichzeitigem oder späterem Eingang eines dasselbe Recht betreffenden begründeten Eintragungsantrags ist deshalb gemäß § 18 Abs. 2 GBO. zugunsten des anderen, die Grundlage einer Zwischenverfügung bildenden Antrags, wenn durch diesen Antrag eine Rechtsänderung begehrt wird, eine Vormerkung oder, wenn eine Grundbuchberichtigung in Frage steht, ein Widerspruch einzutragen. Die begehrte Eintragung muß hiernach einen Inhalt haben, der durch die angegebenen eine endgültige Buchung vorbereitenden Vermerke geschützt werden kann. Fehlt es an einem solchen Inhalte des Eintragungsantrags, so ist eine Zwischenverfügung ausgeschlossen (vgl. Güthe, GBO. I, 327, 336 Anm. 14, 34 zu § 18; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I, 268; Predari, GBO. 288, 291). Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Antrag auf Eintragung einer Hypothek für eine verzinsliche Forderung geht, ohne daß der nach § 1115 BGB. einen notwendigen Bestandteil der Eintragung bildende Zinssatz angegeben ist.

4. Sch., SeuffBl. **12** 263. Eine Zwischenverfügung durch das Grundbuchamt ist nicht zulässig, wenn der Betrag der einzutragenden Zwangshypothek nicht gemäß § 867 Abs. II ZPO. durch den Gläubiger auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird. . . . Es darf der Betrag durch den Grundbuchrichter nicht verteilt werden.

5. *Ricks, 106. Ist die beantragte Eintragung nur zum Teile zulässig, so ist nicht, wie das KGJ. **39** A 257, **37** A 212 annimmt, der Antrag ganz abzuweisen, sondern zu prüfen, ob für die Beteiligten die nicht eintragungsfähige Bestimmung so wesentlich ist, daß sie im Falle ihrer Nichteintragung überhaupt keine Eintragung wünschen, aber ob die Bestimmung so unwesentlich ist, daß den Beteiligten nur deren Beurkundung und die sofortige Eintragung der übrigen wesentlichen Bestimmungen genügt. So ist z. B. sicher einer Gemeinde die sofortige Eintragung der Vormerkung auf Auflassung von Straßenland auch ohne den unzulässigen, beantragten Zusatz „unentgeltlich und lastenfreie" oder einem Gläubiger die sofortige Eintragung einer Hypothek ohne die nicht eintragungsfähigen Zinseszinsen oder eine unzulässige Goldklausel wichtiger und wesentlicher als die unzulässigen Zusätze bzw. die völlige Nichteintragung. — Die Abweisung des unzulässigen

Antragsteils ist zusammen mit der Nachricht von der Eintragungsformel mitzuteilen. Im Zweifelsfalle muß vor der Eintragung Beanstandung erfolgen. Im übrigen könnte die nachträgliche Eintragung des für unzulässig gehaltenen Teiles stets durch die Beschwerde erzwungen werden (Ricks, 127).

6. HessRspr. **12** 335 (Darmstadt). Der Umstand, daß die zur Beseitigung des Hindernisses gesetzte Frist noch nicht abgelaufen ist, hindert den Grundbuchrichter nicht, die erlassene Zwischenverfügung aufzuheben und den Eintragungsantrag endgültig abzuweisen (vgl. Güthe § 18 Anm. 35).

7. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 152 Ziff. 12, 158 Ziff. 12, DNotV. **12** 235. Eine Beanstandung von Eintragungsanträgen durch das Grundbuchamt aus § 18 darf gegenüber bestimmten beglaubigten Erklärungen nicht mit entfernten, in tatsächlicher Hinsicht nicht gerechtfertigten Möglichkeiten, z. B. der fehlenden Ernstlichkeit der Erklärungen begründet werden. Vielmehr zwingt der erklärte Wille der Beteiligten den Grundbuchrichter zur Ausführung des Antrags. Es sei denn, daß der Richter aus bestimmten Tatsachen weiß, daß er einen schon vorliegenden Brief zu einem neuen Antrage nicht benutzen soll (s. die Bemerkungen zu § 42), oder daß eine Vollmacht widerrufen ist oder ein Rechtsstreit wegen Rückgabe der Eintragungsbewilligung schwebt. Das KG. hat sich in diesem Punkte widersprochen.

8. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 113, 215. Stellt der Grundstückseigentümer zu seinem nach Abt. II seit wenigstens sechs Wochen (§ 43 ZVG.) unter Zwangsversteigerung stehenden Grundstücke Eintragungsanträge, so muß das Grundbuchamt bei der Vollstreckungsabteilung erfragen, ob und an wen der Zuschlag schon erteilt ist. Ist der Ersteher ein anderer als der Antragsteller, muß der Antrag des bisherigen Eigentümers (Bucheigentümers) sofort abgewiesen werden, weil er mit dem Zuschlage nicht mehr wahrer Eigentümer und nicht mehr verfügungsberechtigt ist.

II. Bedeutung der Entscheidung des Grundbuchrichters. 1. KGJ. **42** 23, RJA. **11** 257 (KG.). Der den Zivilprozeß beherrschende Grundsatz der materiellen Rechtskraft, daß nämlich das rechtskräftig Zuerkannte nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Abgewiesene nicht mehr geltend gemacht werden kann, ist in dieser Allgemeinheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit unbekannt und muß ihr unbekannt bleiben, da sie in erster Linie nicht bezweckt, einen Streit unter Parteien zu entscheiden, vielmehr in erster Linie den Zweck verfolgt, das rechtliche Leben zu fördern. Mit letzterem Zwecke steht aber ein Festhalten an einer für unrichtig erkannten Entscheidung in Widerspruch (Josef, Lehrb. d. Verfahr. d. FG. 252 ff. u. in BuschsZ. **31** 71 ff., Unger, BuschsZ. **36** 4, 5, **37** 439 ff., 497, 498 [auch letztinstanzliche Entscheidungen sind abänderbar); Rausnitz, FGG. 135, 136, Weißler, FGG. 54, ähnlich KGJ. **6** 10). In der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist zwischen formeller und materieller Rechtskraft zu unterscheiden. Über die formelle Rechtskraft einer Entscheidung bestimmt der § 18 FGG., der besagt, daß das Gericht, wenn es eine von ihm erlassene Verfügung nachträglich für ungerechtfertigt hält, berechtigt ist, sie zu ändern, und diese Berechtigung zur Änderung der von ihm erlassenen Entscheidung nur in Wegfall kommt, wo diese Entscheidung der sofortigen Beschwerde unterliegt. Wie aus der D. zum FGG. hervorgeht, soll der § 18 eine den besonderen Bedürfnissen der nichtstreitigen Rechtspflege entsprechende Fortbildung der Vorschrift des § 571 ZPO. sein, daß das Gericht, gegen dessen Entscheidung Beschwerde eingelegt ist, der Beschwerde abhelfen darf. Für die Fälle der sofortigen Beschwerde erachtet die D. die Zulassung der Abänderungsbefugnis nicht für angezeigt, weil es dort vor allem darauf ankomme, den baldigen Eintritt der Rechtskraft herbeizuführen. Ob die D. hier mit dem Ausdrucke „Rechtskraft" die materielle oder formelle Rechtskraft hat treffen wollen, kann dahingestellt bleiben,

obgleich das angedeutete Ziel einer Beschleunigung des Verfahrens mehr für die Betonung der formellen als der materiellen Rechtskraft spricht. Jedenfalls läßt die Bezeichnung des § 18 (§ 17 Entw.) FGG. als Fortbildung des § 571 ZPO. erkennen, daß der § 18 seine Wirkung auf dem Gebiete des Verfahrens äußern sollte. Der Unterschied zwischen ihm und § 571 ZPO. besteht darin, daß das Gericht entsprechend seiner Offizialtätigkeit in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit seine Verfügung abändern kann, auch wenn Beschwerde nicht eingelegt ist, während auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit die Abänderungsbefugnis dem Gerichte nur dann zusteht, wenn Beschwerde eingelegt ist. Aus diesem Zusammenhange zwischen § 18 FGG. und § 571 ZPO. folgt, daß jede Abänderungsbefugnis des Gerichts auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegfällt, wenn das Gericht der höheren Instanz materiell entschieden hat, und daß eine Abänderungsbefugnis nach § 18 FGG. überhaupt nicht mehr in Frage kommt, wenn die höchste Instanz materiell in dem Verfahren entschieden hat, das Verfahren also durch einen formell rechtskräftigen Beschluß abgeschlossen ist. Von diesem Zeitpunkt an gibt es im Sinne des § 18 FGG. für keine der Instanzen eine Abänderungsbefugnis mehr (KGJ. **32** A 82, **31** A 353). . . . Unabhängig von der formellen Rechtskraft des Beschlusses ist aber die Frage zu beantworten, ob das Amtsgericht in der Lage ist, ein neues selbständiges Verfahren, sei es von Amts wegen oder auf Antrag über die Frage der Entziehung des Personensorgerechts einzuleiten und in diesem neuen Verfahren eine dem Ergebnisse des früheren Verfahrens entgegengesetzte Entscheidung zu erlassen. Diese Frage ist bejahend zu beantworten, sobald man annimmt, daß die Entscheidung des früheren Verfahrens neben der formellen Rechtskraft nicht auch materielle Rechtskraft erlangt hat. Für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit läßt sich eine allgemeine Regel über den Eintritt materieller Rechtskraft nicht aufstellen; vielmehr hängt es von dem Wesen des einzelnen Rechtsgebiets ab, ob der formell rechtskräftigen Entscheidung auch materielle Rechtskraft beizumessen ist (KGJ. **32** A 80, **39** A 44). Der Senat hat materielle Rechtskraft, d. h. Unabänderlichkeit der Entscheidung bei unveränderter Sachlage auf dem Gebiete der Fürsorgeerziehung (KGJ. **24** A 35) angenommen, dagegen solche bei Standesamtsregisterberichtigungen verneint (KGJ. **32** A 76, **39** A 46), obwohl hier ein Fall der sofortigen Beschwerde gegeben war.

2. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 162, 208, 209. Nach dem Wortlaute, Sinne und Zwecke des § 18 hat die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses eine derart rückwirkende Kraft, daß das Grundbuchamt die Sach- und Rechtslage so zu beurteilen hat, als ob zur Zeit der Beanstandung kein Hindernis vorhanden gewesen wäre. Eine später bis zur Hindernisbehebung eintretende Tatsache (z. B. Konkurseröffnung über das Vermögen des Eigentümers) ist also nicht beachtlich. Im übrigen umfaßt § 24 KO. auch Vermerkungen aus § 18 GBO. § 14 KO. findet selbst dann nicht Anwendung, wenn die Beanstandung eine Zwangshypothek betraf und eine Vormerkung aus § 18 GBO. dafür eingetragen war (aM. KGJ. **39** A 167). — Die Löschung einer solchen Vormerkung vor Beseitigung des Hindernisses, z. B. infolge Zurücknahme bedarf der beglaubigten Zustimmung ihres Gläubigers und des Eigentümers. — Vgl. auch unten die Bemerkungen zu § 54 GBO. wegen Beanstandung von Ersuchen des Vollstreckungsrichters (§ 130 ZVG.).

3. Josef, ZBlFG. **12** 565 ff. (588, 591). Weist das Gericht die Beschwerde als unbegründet zurück, so kann das AG. seine Verfügung nicht mehr ändern, weil insoweit die Rechtslage nicht mehr durch eine Verfügung des AG., sondern durch die des Beschwerdegerichts geordnet ist. Aber die Verfügung des AG. ist deshalb nicht bedeutungslos dahin geworden, daß sie etwa infolge der Bestätigung unanfechtbar wäre. Denn soweit das Gesetz anderen als dem ersten Beschwerde-

führer die Beschwerde gegen die Verfügung verleiht, können sie dieses Rechtes nicht dadurch verlustig werden, daß ein Dritter das ihm selbst zustehende Beschwerderecht ausgeübt hat. Seitens des früheren Beschwerdeführers aber kann die Beschwerde stets wiederholt werden, weil es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit — ganz besonders im Falle der unbefristeten Beschwerde — eine materielle Rechtskraft nicht gibt.... Der § 18 FGG. bezweckt, dem Gerichte, das mit der fortlaufenden und fortdauernden Bearbeitung einer Angelegenheit betraut ist, zu ermöglichen, jede nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen und demgemäß die erlassene Verfügung zu ändern. Diese Erwägung kommt nur in Betracht für das Gericht erster Instanz, nicht für das Beschwerdegericht, dessen Tätigkeit vielmehr darin besteht, die Beschwerdeentscheidung behufs endgültiger Regelung einer streitigen Sachlage zu erlassen und dessen Verrichtung hiermit beendigt ist. Das Beschwerdegericht kann also nicht die von ihm erlassene Beschwerdeentscheidung ändern.

4. du Chesne, BayNotZ. **13** 133. Bindende Wirkung und Rechtskraft der Grundbuchentscheidungen.

III. Die Vorschrift des § 18 Abs. 2. 1. RJA. **12** 74, OLG. **25** 388 (KG.). Wenn eine Vormerkung auf Grund des § 18 Abs. 2 GBO. zugunsten des Antrags auf Eintragung der Sicherungshypothek eingetragen ist, so verliert sie ihre Wirksamkeit mit dem Augenblick, in dem dem Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek stattgegeben und diese eingetragen wird.... Für eine Wiederherstellung der Vormerkung ist von nun an kein Raum mehr, auch wenn die Sicherungshypothek einen schlechteren Rang hat als die Vormerkung.... Diese Verschiebung der Rechtslage kann nicht durch die Wiedereintragung der Vormerkung, sondern nur dadurch wieder gutgemacht werden, daß die voreingetragenen Berechtigten der Sicherungshypothek den Vorrang einräumen oder dazu verurteilt werden. Kann hiernach die Wiedereintragung der Vormerkung nicht verlangt werden, so ist auch die Eintragung eines Widerspruchs unzulässig.

2. RJA. **11** 230, R. **12** Nr. 1700 (KG.). § 18 Abs. 2 GBO. kommt nicht überall da zur Anwendung, wo mehrere nacheinander eingegangene Anträge dasselbe Recht betreffen, sondern nur da, wo bei Begründetheit des späteren Antrags dem früheren Antrage noch ein durch eine Zwischenverfügung zu behebendes Hindernis entgegensteht.

§ 19. I. Wesen der Eintragungsbewilligung. 1. Güthe, ZBlFG. **13** 125 (140). Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich dreierlei. Erstens bedeuten die Worte, mit denen der § 19 GBO. anfängt: „Eine Eintragung erfolgt", soviel als: „Eine Eintragung muß erfolgen". Diese von Landauer zu Unrecht bestrittene Auffassung wird dadurch gerechtfertigt, daß der § 19 GBO. die Bestimmung des § 20 Entw. I GBO. wiedergeben will und dieser mit den Worten beginnt: „Eine beantragte Eintragung ist anzuordnen". Für diese Auffassung spricht weiter auch der Wortlaut des § 19 und die Tatsache, daß nach der D. für den Fall der Rechtsänderung „die Bewilligung desjenigen erforderlich und genügend ist, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird". Zweitens bezieht sich der § 19 auch auf den Fall der Grundbuchberichtigung. Dies wird auch allgemein angenommen und selbst von Landauer zugegeben. Drittens hat nach § 19 die Berichtigung des Grundbuchs dann zu erfolgen, wenn die Berichtigungsbewilligung des von der Berichtigung Betroffenen vorliegt; des Nachweises der Unrichtigkeit bedarf es also nicht. Daß der § 19 in diesem Sinne und nicht, wie Landauer meint, in dem Sinne zu verstehen ist, daß das Grundbuchamt im Falle der Grundbuchberichtigung die Tatsachen sich nachweisen lassen müsse, aus denen die mit der berichtigenden Eintragung zur Darstellung zu bringende wirkliche Rechtslage zu entnehmen ist, ergibt sich daraus, daß der § 19 in dieser Beziehung keine sachliche

Änderung des § 20 Entw. I GBO. herbeiführen wollte, dieser aber für den Fall der Grundbuchberichtigung gemäß § 843 Abs. 1 Satz 1 Entw. I BGB. die Berichtigungsbewilligung des Betroffenen für ausreichend erachtete und auch für ausreichend erachten mußte, weil der I. Entwurf des BGB. — abgesehen von der Ausnahmevorschrift des § 836 — den Nachweis der Unrichtigkeit als Voraussetzung der Grundbuchberichtigung nicht anerkannte. Diese Auffassung wird auch durch den § 22 GBO., der zum ersten Male eine gesetzliche Anerkennung des Unrichtigkeitsnachweises als Eintragungsvoraussetzung enthält, bestätigt. Denn wenn, wie Landauer meint, schon aus § 19 GBO. der Satz herzuleiten wäre, daß die Berichtigung nur auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs erfolgen dürfe, so wäre die im § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. gegebene Vorschrift unverständlich, daß an die Stelle der Berichtigungsbewilligung der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs treten könne.

2. Busch, ZBlFG. **12** 693 ff. (697). Die ordnungsmäßige Einigung muß die Eintragungsbewilligung in sich schließen. Denn sie ist im Grunde nichts anderes, als die vom anderen Teile angenommene Eintragsbewilligung. Es reicht also die nachgewiesene dingliche Einigung als Eintragungsgrundlage auch dann aus, wenn sie seitens des Passivbeteiligten nicht in Form der Eintragungsbewilligung erklärt ist. So kann auf Grund eines durch Auflassung vollzogenen Kaufvertrags eine Hypothek auf dem verkauften Grundstück eingetragen werden, wenn in dem überreichten Kaufvertrage festgestellt ist, daß für den Kaufpreis eine Sicherstellung durch Hypothek gewährt werden soll.

3. Bourier, BayNotZ. **13** 230. Die antragslose Bewilligung.

II. Inhalt der Eintragungsbewilligung. KGBl. **12** 44 (LG. II Berlin). Es ist nicht unbedingt erforderlich, daß die Eintragung der in der vorgängigen Schuldurkunde erwähnten Zwangsvollstreckungsklausel besonders bewilligt und beantragt wird.

III. Wirkung der Eintragungsbewilligung. R. **12** Nr. 2720 (BayObLG.). Liegt eine formell einwandfreie Eintragungsbewilligung vor, so kommt ein Widerspruch mit der Einigungsurkunde für das Grundbuchamt nicht weiter in Betracht.

IV. Der Betroffene. 1. **RG.** WarnE. **12** 299, R. **12** Nr. 1007. Wäre an einer bereits bestehenden Briefhypothek der Nießbrauch zu bestellen gewesen, so hätte es formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung außer dem Eintragungsantrag eines Beteiligten (§§ 13, 30 GBO.) gemäß §§ 19, 26, 29 GBO. einer von dem Hypothekengläubiger in der Form des § 29 GBO. abgegebenen Eintragungsbewilligung oder Erklärung über die Bestellung des Nießbrauchs (Gewährung des Zinsgenusses) bedurft. Vorliegend ist aber dadurch, daß der Eigentümer durch die die Zuweisung des Zinsgenusses mitenthaltende Eintragungsbewilligung zugleich mit der Eintragung der Hypothek die Eintragung des Zinsgenußrechts erwirkte, dasselbe Ergebnis herbeigeführt, wie wenn der Hypothekengläubiger die Eintragung des Zinsgenußrechts veranlaßt hätte.

2. Busch, ZBlFG. **12** 711. Die Erhöhung des Zinsfußes der Hypothekenforderung schließt in sich eine Erweiterung des Forderungsrechts des Gläubigers. Zur Herbeiführung der Grundstückshaftung ist deshalb erforderlich die Eintragung der Erhöhung im Grundbuche. Hiernach ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Einwilligung des Eigentümers in grundbuchmäßiger Form erforderlich. Aber auch der Gläubiger hat in gleicher Weise seine Zustimmung abzugeben. Nach dem Standpunkte der D. (GMat. 39), der von der Grundbuchpraxis befolgt wird, ist bei Änderungen des Inhalts eines Grundstücksrechts stets auch der Gläubiger als mitbetroffen gemäß § 19 GBO. anzusehen. . . . Die Herabsetzung des Zinsfußes einer verzinslichen Hypothek ist teilweise Auf-

hebung des Hypothekenrechts, da die Hypothek für die Zinsen den gleichen Regeln folgt, wie die Hypothek für das Kapital. Gemäß § 875 BGB. ist demnach erforderlich die Erklärung des Gläubigers und außerdem die Löschung des Zinsrechts im Grundbuche. Ferner bedarf es nach der für Hypotheken geltenden Sondervorschrift des § 1183 BGB. der Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks zur Löschung.

3. ZBlFG. **12** 726 (LG. Leipzig). Zur Eintragung der Unterwerfung des Grundstückseigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 800 ZPO.) bedarf es nicht der Zustimmung der Nachhypothekengläubiger. . . . Denn durch die Unterwerfung wird lediglich ein prozessuales neben das materielle tretendes Recht begründet. Geändert wird nicht der Inhalt, sondern nur die Ausübung des materiellen Rechtes. Änderung in der Ausübung des Rechtes ist aber nicht Änderung im Inhalte des Rechtes.

4. KGBl. **12** 43 (LG. II Berlin). Es bedarf nicht der notariell beglaubigten Zustimmung des eingetragenen Hypothekengläubigers, wenn bei seiner Hypothek noch eingetragen werden soll, daß sie auch dann fällig ist, wenn ein Nießbrauch an dem belasteten Grundstücke bestellt wird oder wenn die einkommenden Mieten aus dem Grundstücke gepfändet oder abgetreten werden. Denn dadurch werden die Rechte des Gläubigers erweitert, und nicht abgeschwächt.

5. RheinA. **109** 238 (Cöln). Nach der herrschenden Ansicht ist im gemeinen evangelischen Kirchenrechte das Recht des Pfarrers an den zur Dotation gehörigen Grundstücken kein bloßer Nießbrauch, sondern ein umfassenderes dingliches Recht, das sich dem Rechte des Vasallen am Lehen nähert und zwischen dem Nießbrauche des römischen Rechtes und dem des Vasallen am Lehngute steht. Durch den Verkauf eines solchen Grundstücks ist sonach der Pfarrer geschmälert worden in Rechten an dem veräußerten Grundstücke, die auch ohne Eintragung im Grundbuche dinglich wirkten. Dies mußte zur Anwendung der Bestimmung im § 19 GBO. führen, wonach eine Eintragung im Grundbuche nur erfolgen darf, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.

6. Die Entsch. JDR. **10** zu § 19 Ziff. III 2 auch OLG. **24** 7.

V. du Chesne, DNotV. **12** 844. Es bedarf in Theorie und Gesetzgebung einer schärferen und klareren Heraushebung und Ausgestaltung der Vollstreckungstätigkeit des Grundbuchamts gegenüber dem übrigen Grundbuchverfahren, wenn nicht das Vollstreckungsinteresse gegenüber dem im Grundbuchverfahren besonders hervortretenden Interesse der Sicherheit des Liegenschaftsverkehrs zu kurz kommen soll.

§ 20. 1. ElsLothNotZ. **12** 263 (Colmar). Allerdings vertritt das BayObLG. in stehender Rechtsprechung (BayObLG. **3** 439, **4** 957, **5** 42, RJA. **4** 132, OLG. **10** 71) gegenüber dem abweichenden Standpunkte des KG. (RJA. **2** 250, OLG. **5** 415) die Meinung, daß dann, wenn die Genehmigungserklärung von dem Genehmigenden zu dem Zwecke in notarieller Urkunde abgegeben wurde, damit der Notar sie dem Grundbuchamte vorlege und dieses die genehmigte Auffassung eintrage, es des Nachweises dafür, daß die Genehmigungserklärung entsprechend § 182 BGB. dem anderen Teile gegenüber erfolgt sei, überhaupt nicht bedürfe, und daß vielmehr das Grundbuchamt die Eigentumsveränderung auch ohne diesen Nachweis einzutragen habe. Dieser Ansicht ist aber nicht beizutreten. Denn sie verkennt, wie vom KG. mit Recht hervorgehoben wird, die Bedeutung des § 20 GBO., der den Nachweis einer wirklichen Einigung des bisherigen und des neuen Eigentümers bezüglich des Eigentumswechsels verlangt, weshalb, wenn ein Nichtberechtigter die Einigung erklärt hat, in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden muß, daß der Berechtigte dessen Erklärung nachträglich in rechtsverbindlicher Form, d. h. durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile, genehmigt hat.

2. S. im übrigen die Bemerkungen zu § 925 BGB.

§ 22. I. Verhältnis der Berichtigungsbewilligung zu dem Nachweise der Unrichtigkeit; Rechtsnatur der Berichtigungsbewilligung. 1. Güthe, ZBlFG. **13** 165. Die Entstehungsgeschichte des § 19 GBO. und der Wortlaut der §§ 19 und 22 GBO. sprechen für die Ansicht, daß die Berichtigungsbewilligung des Betroffenen grundsätzlich die Vornahme der beantragten Berichtigungseintragung rechtfertigt. Landauer (s. JDR **10** zu § 19 GBO. Ziff. I 2) macht den Unterschied zwischen Beweismittel und Beweisersatzmittel und erkennt der Berichtigungsbewilligung in gewissen Fällen den Charakter als Beweismittel zu, während er bestreitet, daß sie jemals Beweisersatzmittel sein könnte. Was die Frage anbetrifft, ob die Berichtigungsbewilligung Beweisersatzmittel ist, so ist diese Frage zu verneinen. Nicht die Berichtigungsbewilligung ist ein Mittel, um den Nachweis der Unrichtigkeit zu ersetzen, sondern der Nachweis der Unrichtigkeit ist umgekehrt ein Mittel, um die Berichtigungsbewilligung zu ersetzen. Der Unrichtigkeitsnachweis ist Bewilligungsersatzmittel. Denn die Berichtigungsbewilligung ist das erste und nach der Auffassung des ersten Entwurfes des BGB. und des ersten Entwurfes der GBO. das einzige Mittel, um eine Berichtigungseintragung zu rechtfertigen, und erst der zweite Entwurf der GBO. hat es im § 21 — jetzt § 22 GBO. — für zulässig erklärt, daß die Berichtigungsbewilligung durch den Nachweis der Unrichtigkeit ersetzt wird. Daß hierdurch die Rechtsnatur der Berichtigungsbewilligung beeinträchtigt werden sollte, ist nirgends auch nur angedeutet. Vielmehr ist in der Denkschrift lediglich bemerkt, daß der § 22 GBO. der Erleichterung des Verkehrs diene. Dies ist in der Kommission bestätigt worden. Dort ist weiter hervorgehoben worden, daß „das Grundbuchamt befugt sei, falls ihm der erbrachte Nachweis der Unrichtigkeit nicht völlig sicher erscheine, zu verlangen, daß die Eintragungsbewilligung des von der Berichtigung Betroffenen beigebracht werde. Dadurch sei der Gefahr, daß einem materiell Berechtigten sein Recht über seinen Kopf hinweg durch die Berichtigung genommen werde, ausreichend vorgebeugt". Nicht also vom Beweisstandpunkte, sondern vom Bewilligungsstandpunkte geht das Gesetz aus. Darum ist es nicht unzutreffend, wenn das RG. sagt: „Durch die Zulassung des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs an Stelle des strikten Erfordernisses, daß der von der Eintragung Betroffene die ihn benachteiligende Eintragung bewilligen müsse, hat nicht ein selbständiger, dem sog. Konsensprinzipe des § 19 gleichwertiger Grundsatz aufgestellt, sondern dies Prinzip im Interesse der Erleichterung des Grundbuchverkehrs abgeschwächt werden sollen. . . . Danach ist der Unrichtigkeitsnachweis gegenüber der Beibringung der Eintragungsbewilligung als das Mindere anzusehen. . . ." Allerdings sind die Worte: „als das Mindere" nicht ganz glücklich gewählt, weil sie einen gewissen mathematischen Anstrich haben, d. h. zu der Annahme verleiten können, als seien Eintragungsbewilligung und Unrichtigkeitsnachweis zwei gleichartige Größen, von denen die zweite als die kleinere in der ersten als der größeren enthalten sein müßte. Deswegen ist es richtiger, zu sagen, daß der Unrichtigkeitsnachweis gegenüber der Berichtigungsbewilligung erst in zweiter Linie — vom Standpunkte des Gesetzgebers, nicht von dem des Antragstellers aus — in Betracht kommt. Daraus ergibt sich weiter, daß nicht allein die Frage, ob die Berichtigungsbewilligung Beweisersatzmittel, sondern auch die Frage, ob sie Beweismittel sei, verneint werden muß. (170): Daraus folgt, daß sie mit dem Nachweise der Unrichtigkeit des Grundbuchs überhaupt nichts zu tun hat. Es kann daher der Berichtigungsbewilligung die Rechtswirksamkeit nicht deswegen versagt werden, weil sie nicht geeignet ist, die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu beweisen. . . . (187): Die Berichtigungsbewilligung ist vielmehr eine mit

besonderem Inhalt und besonderen Wirkungen ausgestattete Eintragungsbewilligung. Kann die rechtliche Natur der Berichtigungsbewilligung nicht durch eine Beziehung zu dem Nachweise der Unrichtigkeit erklärt werden, kann der Gesetzgeber also der Berichtigungsbewilligung die Fähigkeit, die Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen, nicht deswegen verliehen haben, weil die Ausstellung der Berichtigungsbewilligung die Unrichtigkeit des Grundbuchs beweise oder wenigstens die Wirkung habe, den Unrichtigkeitsnachweis zu ersetzen, so muß für den Gesetzgeber, wenn er die Berichtigungsbewilligung als eine besondere Einrichtung des Grundbuchrechts anerkannt hat, eine andere Erwägung maßgebend gewesen. Die Erwägung besteht darin, daß der in der Berichtigungsbewilligung zutage tretende Wille des von der Berichtigung Betroffenen die Eigenschaft hat, die verlangte Berichtigung zulässig zu machen, mag es sich um die Frage, ob überhaupt eine Unrichtigkeit des Grundbuchs vorliegt, oder um die Frage handeln, ob die beantragte Berichtigung der wirklichen Rechtslage entspricht. Die Berichtigungsbewilligung hat aber keine unbeschränkte Tragweite. Sie wirkt vielmehr nur soweit, als der Wille des Betroffenen, mit seinem Rechte nach Belieben zu schalten, von der Rechtsordnung anerkannt wird. Diese Beschränkung zeigt sich insbesondere in den Fällen, in denen eine Rechtsänderung nur mit Zustimmung eines Dritten oder einer Behörde zulässig ist. Es gehören hierher namentlich der Fall des § 880 Abs. 2 Satz 2 BGB. — Zustimmung des Eigentümers zu dem Rangrücktritt einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld —, ferner die Fälle, in denen ein Vormund oder Pfleger zu einer Verfügung über ein Recht des Mündels der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts (§§ 1812, 1821, 1822, 1915 BGB.) oder ein Nachlaßpfleger der Genehmigung des Nachlaßgerichts bedarf (§ 1962 BGB.; Beschl. des KG. vom 18. März 1912, 1. X. 472. 11) und endlich die Fälle, in denen die Genehmigung einer Aufsichtsbehörde nötig ist, z. B. nach preußischem Rechte die Genehmigung des Bezirksausschusses zu der Veräußerung eines Grundstücks durch eine Stadtgemeinde (§ 50 Ziff. 1 StädteO. für die östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853, GS. 261). (182): In diesen Fällen genügt die Berichtigungsbewilligung des Betroffenen für sich allein nicht, um die Vornahme der Berichtigung zu rechtfertigen. Zu ihr muß noch die Zustimmung des Eigentümers, des Vormundschaftsgerichts, der Aufsichtsbehörde hinzutreten, da der Wille des Betroffenen in seiner Wirksamkeit beschränkt wird.

2. KGJ. **42** 215 (KG.). Die GBO. hat zwar durch die gesetzliche Anerkennung der Berichtigungsbewilligung dem als Berechtigten Eingetragenen die Macht verliehen, kraft seines bloßen Willens die Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen. Diese rechtliche Macht hat aber ihre Grenzen. Das KG. (KGJ. **36** A 172) und ihm folgend das RG. (**RG. 73** 154) haben allerdings dem als Eigentümer eines Grundstücks Eingetragenen das Recht zugesprochen, durch seine bloße Berichtigungsbewilligung, also ohne Beobachtung der Auflassungsform, die Eintragung eines neuen Eigentümers zu bewirken. Sie haben jedoch dieses Recht für den Fall versagt, daß der Grundbuchrichter die wahre Rechtslage kennt, also weiß, daß der neu Einzutragende nicht Eigentümer ist. Die Übertragung dieser Auffassung auf den vorliegenden Fall würde zu einer Zurückweisung der Berichtigungsbewilligung eines Vormundes (Pflegers) freilich nur dann führen, wenn der Grundbuchrichter wüßte, daß der neu Einzutragende nicht Hypothekengläubiger ist, wenn der Grundbuchrichter also namentlich wüßte, daß der Mündel der wahre Berechtigte ist. Es muß indes aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des Vormundes (Pflegers) und dem hieraus sich ergebenden Aufsichtsrechte des Vormundschaftsgerichts (§§ 1837, 1915 BGB.) einerseits und dem für die Prüfung der Legitimationsbefugnis durch den Grundbuchrichter geltenden Grundsatze der Sachprüfung (Legalitätsprinzip) ander-

seits noch eine weitere Einschränkung der rechtlichen Macht des Vormundes (Pflegers) zur Ausstellung von Berichtigungsbewilligungen hergeleitet werden. Wenn der Vormund (Pfleger) in allen Fällen zu der Erteilung von Berichtigungsbewilligungen selbständig berechtigt wäre, so würde er die dem formellen Rechte angehörige Berichtigungsbewilligung dazu benutzen können, um ohne die Zuziehung des Vormundschaftsgerichts auch über solche Vermögenswerte des Mündels zu verfügen, die das materielle Recht durch §§ 1812, 1821, 1822 BGB. gerade unter die besondere Obhut des Vormundschaftsgerichts gestellt hat. Allerdings wird durch die auf Grund der Berichtigungsbewilligung erfolgende Berichtigungseintragung allein das Vermögen des Mündels noch nicht gemindert, dieser Erfolg kann indes durch einen sich an die Berichtigungseintragung anschließenden gutgläubigen Erwerb eines Dritten herbeigeführt werden. Dem Vormunde (Pfleger) eine solche Macht zu verleihen, widerspricht dem Sinne der angezogenen Vorschriften des Vormundschaftsrechts. Auf der anderen Seite ist es aber auch nicht gerechtfertigt, in den Fällen, in denen ein Vormund (Pfleger) die Berichtigung des Grundbuchs namens seines Mündels herbeiführen will, lediglich den durch § 22 GBO. vorgezeichneten Weg des Nachweises der Unrichtigkeit für gangbar zu erachten. Das würde dem aus §§ 19, 22 GBO. zu entnehmenden gesetzlichen Standpunkte widersprechen, daß die Berichtigung des Grundbuchs nicht nur vermittels des Nachweises der Unrichtigkeit, sondern auch vermittels der Ausstellung einer Berichtigungsbewilligung erzielt werden darf. Eine diesen Standpunkt wahrende und zugleich praktisch befriedigende Lösung kann hiernach nur in der Aufstellung des Grundsatzes gefunden werden: Der Vormund (Pfleger) bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Gegenvormundes) zu der Ausstellung einer Berichtigungsbewilligung hinsichtlich derjenigen Rechte des Mündels, über die er ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Gegenvormundes) nicht verfügen darf. Nach diesem aus dem Wesen der Berichtigungsbewilligung sich ergebenden materiellen Rechtssatz ist einesteils der Vormundschaftsrichter (Gegenvormund) zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet, falls er nach Prüfung der Rechtslage die Ansicht teilt, daß das Grundbuch unrichtig ist, und anderenteils der Vormund (Pfleger) in der Lage, ohne Erbringung des Nachweises der Unrichtigkeit und unter Vermeidung eines zum Zwecke dieses Nachweises zu führenden Rechtsstreits seiner Berichtigungsbewilligung Erfolg zu verschaffen (s. G ü t h e, GBO. [2] § 22 Anm. 34). Ebenso KG. 18. 3. 12, RJA. **12** 71.

3. G ü t h e, ZBlFG. **13** 165 (180). Im Gesetz ist nicht nur nicht angedeutet, daß die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines neuen Eigentümers nicht auf Grund einer Berichtigungsbewilligung bewirkt werden dürfte, sondern vielmehr der gegenteilige Standpunkt durch die Vorschrift des § 22 Abs. 2 GBO. zum Ausdrucke gebracht. Denn wenn es hier heißt: „Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers oder eines Erbbauberechtigten darf, sofern nicht der Fall des § 14 vorliegt, nur mit Zustimmung des Eigentümers oder des Erbbauberechtigten erfolgen", so ist die Bedeutung dieser Bestimmung die, daß im Gegensatze zu der Vorschrift des § 22 Abs. 1, wonach die Bewilligung des B e t r o f f e n e n durch den Nachweis der Unrichtigkeit ersetzt werden kann, im Falle der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers oder eines Erbbauberechtigten die Zustimmung des B e g ü n s t i g t e n niemals, also auch beim Vorliegen einer B e r i c h t i g u n g s b e w i l l i g u n g nicht entbehrlich ist. Diese Auffassung wird auch durch die D. zur GBO. bestätigt. Wenn dort gesagt wird: „Einer Beobachtung der Auflassungsform bedarf es übrigens nicht", so hat diese Bemerkung nur für den Fall der Berichtigungsbewilligung einen Sinn. Denn nur in diesem Falle stehen die Erklärung des Betroffenen (in der Form der Berichtigungsbewilligung) und die Erklärung des Begünstigten (in der Form der Zustimmung), also zwei Erklärungen einander gegenüber, deren Zusammenfassung in

der Form der Auflassung denkbar wäre. Sodann folgt aber auch aus der Erwägung, die der Rechtswirksamkeit der Berichtigungsbewilligung zugrunde liegt, ihre Verwendbarkeit für den hier fraglichen Fall der Berichtigung. Das Gesetz legt auf den Willen des Betroffenen das entscheidende Gewicht. Daher ist die Berichtigungsbewilligung nur insoweit zur Rechtfertigung eines Berichtigungsantrags geeignet, als der Wille des Betroffenen, mit seinem Rechte nach Belieben zu schalten, von der Rechtsordnung als wirksam anerkannt wird. Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Denn derjenige, der als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen ist, kann mit diesem nach Belieben schalten, soweit nicht diesem Willen besondere privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Schranken entgegenstehen. Zu diesen Schranken gehört die Vorschrift des § 925 BGB. nicht. Wenn hier bestimmt ist, daß zu der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück Auflassung nötig ist, so wird damit nur eine Form für die Erklärung des Willens, nicht aber eine Schranke für den Willen selbst in dem oben angegebenen Sinne geschaffen. Denn der Wille muß, wenn er für den Rechtsverkehr in Betracht kommen soll, in jedem Falle erklärt sein. Es kommt daher für den Rechtsverkehr nur der erklärte Wille in Betracht. Daraus ergibt sich zwar eine selbstverständliche Schranke für jeden Willen. Diese Schranke ist aber hier ohne Bedeutung. Denn hier handelt es sich nur um die Frage, ob der erklärte Wille von der Rechtsordnung als wirksam anerkannt wird, und diese Frage ist, wie bemerkt, zu bejahen. Hiernach bedarf es keiner Beantwortung der Frage, ob die Begründungen der Entscheidungen des RG. (**RG. 73** 154) und des KG. (KGJ. **36** A 172) in allen ihren Teilen zutreffend sind. Das Ergebnis, zu dem die beiden höchsten Gerichtshöfe gelangen, muß jedenfalls als richtig anerkannt werden.

4. SächsOLG. **33** 417 (Dresden). Das RG. hat allerdings ausgesprochen, daß neben der auf Eintragung des neuen Eigentümers gerichteten Bewilligung des die Unrichtigkeit des Grundbuchs anerkennenden bisher eingetragenen Eigentümers nicht noch der Nachweis gefordert werden dürfe, daß das Grundbuch in der Tat unrichtig sei. Allein die Voraussetzung hierfür ist immer, daß dem Grundbuchamte, das auch eine rechtspolizeiliche Aufgabe hat, nicht Umstände bekannt sind, die der Annahme entgegenstehen, daß es sich um eine Berichtigung des Grundbuchs handelt. So hat das RG. in derselben Entscheidung an anderer Stelle anerkannt, daß die Berichtigungsbewilligung dann zurückzuweisen sei, wenn sich aus dem mit ihr beigebrachten Urkundenmaterial ergebe, daß durch die der Bewilligung entsprechenden Berichtigung des Grundbuchs das Grundbuch umgekehrt gerade unrichtig werden würde.

5. HessRspr. **12** 289 (LG. Mainz). § 22 GBO. schafft nur einen Ersatz, eine Erleichterung gegenüber dem § 19 GBO.; ist der Nachweis der Unrichtigkeit geführt, so ist die Berichtigungsbewilligung nach § 19 GBO. überflüssig. § 20 GBO. behandelt nur die Fälle der Rechtsänderung, nicht die der Berichtigung. Schon aus dem Wortlaute des § 22 GBO. ergibt sich, daß Berichtigungsbewilligung und Nachweis der Unrichtigkeit nebeneinander nicht gefordert werden können. Es genügt entweder die Vorlage der Bewilligung (§ 19) oder der Nachweis der Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1), um die Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen.

6. Güthe, ZBlFG. **13** 165 (168). Nach den Ausführungen des KG. (KGJ. **40** 268), gegen deren Richtigkeit keine Bedenken zu erheben sind, ist es unmöglich, daß eine Berichtigungsbewilligung, wie Landauer meint, den Sinn und die Kraft einer Parteiverfügung hätte. Wenn der Hypothekengläubiger A. erklärt: „Ich bewillige die Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung meiner Hypothek auf B., da nicht mir, sondern dem B. die Hypothek deswegen zusteht, weil ..." so kann sich, falls die Hypothek in Wirklichkeit dem A. gehört, aus dieser Erklärung auch in Verbindung mit der sich daran anschließenden

Eintragung niemals die Rechtslage ergeben, die nach Inhalt des Berichtigungsantrags als die angeblich richtige eingetragen werden soll. Denn wenn A. in der — irrigen — Annahme, daß das Grundbuch unrichtig sei, daß die Hypothek also in Wahrheit dem B. gehöre, ihre Umschreibung auf B. bewilligt, so ist seine Erklärung eben nur auf die Berichtigung des für unrichtig gehaltenen Grundbuchs, nicht aber auf eine die Rechtslage ändernde Übertragung, insbesondere eine Abtretung der Hypothek gerichtet. A. kann zwar, etwa weil er meint, auf diese Weise leichter zum Ziele zu kommen, einen der Berichtigung ähnlich sehenden Buchzustand dadurch herbeiführen, daß er nicht eine Berichtigungsbewilligung, sondern eine mit der Abtretung verbundene Rechtsänderungsbewilligung dem Grundbuchrichter vorlegt und diesen, der die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kennt, veranlaßt, den B. als angeblichen Zessionar des A. in das Grundbuch einzutragen. Aber aus der Möglichkeit eines derartigen Falles ist kein Einwand gegen die hier vertretene Auffassung herzuleiten.

7. Güthe, ZBlFG. **13** 165 (169). Ebenso wie Rechtsänderungsbewilligung und Berichtigungsbewilligung voneinander inhaltlich streng zu trennende Erklärungen sind, hat auch eine Eintragung, die auf Grund einer Rechtsänderungsbewilligung erfolgt, eine andere Bedeutung und Wirkung als eine Eintragung, der eine Berichtigungsbewilligung zur Unterlage gedient hat. So wie die Rechtsänderungsbewilligung und die Berichtigungsbewilligung den dinglichen Rechtsakt angeben müssen, der die Eintragung rechtfertigt, müssen auch die Eintragungen, die auf Grund dieser Bewilligungen vorgenommen werden, diesen Rechtsakt bezeichnen. Dies ergibt sich gleichfalls aus den Gründen des kammergerichtlichen Beschlusses vom 9. Januar 1911 (KGJ. **40** 268) und wird für die rechtsändernde Eintragung durch § 873 Abs. 1 BGB. („Eintragung der Rechtsänderung") und für die berichtigende Eintragung durch § 894 BGB. („Berichtigung des Grundbuchs") gerechtfertigt. Es muß daher im Falle der Rechtsänderung: „Abgetreten an B.", und im Falle der Grundbuchberichtigung: „Umgeschrieben zwecks Berichtigung des Grundbuchs auf B. auf Grund . . ." eingetragen werden. Wird auf Grund einer Berichtigungsbewilligung ein Vermerk der zweiten Art eingetragen, so würde durch ihn, falls die Hypothek in Wirklichkeit dem A. und nicht dem B. zusteht, die wahre Rechtslage selbst dann nicht zum Ausdruck gebracht werden, wenn die Berichtigungsbewilligung als eine Verfügungserklärung aufgefaßt werden dürfte. Denn als die wahre Rechtslage käme in einem solchen Falle nur die in Betracht, die durch eine Rechtsänderungserklärung und Rechtsänderungseintragung, also insbesondere durch eine Abtretungserklärung und Abtretungseintragung dem nunmehr als Hypothekengläubiger eingetragenen B. hinsichtlich der an sich dem A. zustehenden Hypothek verschafft worden wäre. Diese Rechtslage ist aber solange nicht eingetreten, als im Grundbuche nicht die Abtretung der Hypothek durch A. an B. vermerkt ist. Die statt dessen bewirkte Eintragung: „Umgeschrieben zwecks Berichtigung des Grundbuchs auf B." kann unmöglich als „die Eintragung der Rechtsänderung" im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB. angesehen werden.

II. Die Berichtigungsbewilligung. 1. KGJ. **41** 201, RJA. **11** 237, R. **12** Nr. 1701 (KG.). Das Grundbuchamt darf den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs, der auf eine Berichtigungsbewilligung des von der Eintragung Betroffenen gestützt wird, nur dann ablehnen, wenn es weiß, daß die Erklärung den Tatsachen nicht entspricht und daß daher das Grundbuch durch die beantragte Eintragung unrichtig werden würde. Bloße Zweifel an der Richtigkeit der Erklärung rechtfertigen die Ablehnung nicht. . . . . Die Aufgabe des Grundbuchrichters, das Grundbuch mit der wahren Rechtslage im Einklange zu halten, muß da ihre Grenze finden, wo eine bewußte Mitwirkung des Grundbuchrichters zur Herbeiführung einer Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht in

Frage kommt. Es ist letzten Endes Sache der an der Richtigkeit des Grundbuchs unmittelbar interessierten Berechtigten, eine Unrichtigkeit des Grundbuchs hintanzuhalten, und sie haben es sich selbst zuzuschreiben, wenn durch eine der wahren Rechtslage nicht entsprechende Berichtigungsbewilligung das Grundbuch unrichtig wird und ihnen dadurch Nachteile entstehen. Es kann auch nicht als richtig anerkannt werden, daß durch Zweifel des Grundbuchrichters an der Richtigkeit der abgegebenen Erklärung ein Fall nach § 18 GBO. geschaffen würde, der den Erlaß einer Zwischenverfügung mit einer Fristbestimmung und einem Präjudize, wie dort vorgesehen, rechtfertigen könnte. Dem Grundbuchrichter ist allerdings unbenommen, den Versuch zu machen, sich durch eine Rückfrage Klarheit zu verschaffen, und er kann, wenn die Beteiligten eine Aufklärung verweigern oder nicht in ausreichendem Maße zu gewähren vermögen, eben dadurch die volle Überzeugung gewinnen, daß die ihm vorgelegten Erklärungen tatsächlich unrichtig sind. Dies ist jedoch eine nach den Umständen des einzelnen Falles frei zu entscheidende Frage, die den Normen des § 18 GBO. wegen der inneren Verschiedenheit des Falles nicht zu unterstellen ist.

2. Breme, ZBlFG. **13** 356—362. Die Übernahme der Katasterfortschreibungen, die die Berichtigung eines materiellen Irrtums mit Veränderung der Umfangsgrenzen enthalten, stellt eine Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des richtigen Eigentümers wegen des durch die frühere falsche und die neu ermittelte richtige Katastergrenze gebildeten Splißteils dar. Dieser Splißteil wird durch die Übernahme vom Grundbuchblatte der einen Parzelle auf das der anderen übertragen. Es ist daher zu dieser Berichtigung sowohl die Bewilligung des passiv beteiligten Eigentümers, als des aktiv beteiligten erforderlich (§ 22 GBO.), und zwar in der Form des § 29 GBO. Denn, als dem Eigentumsrecht unterliegend, ist der Erdoberflächenteil eingetragen, der der Übersetzung der Katasterkarte in die Wirklichkeit entspricht und durch die Parzellennummer bezeichnet wird (**RG. 73** 125). Die übrigen Angaben über die Wirtschaftsart, Größe usw. sind im Gegensatze zu dieser rechtlichen Eintragung tatsächlicher Natur und können ohne weiteres berichtigt werden. Auch wegen des Rechts- und Eigentumserwerbes sind wegen des Erfordernisses der Eintragung die Katastergrenzen von maßgeblicher Bedeutung. Die korrekte Form für derartige Berichtigungen ist die Bildung einer Katasterparzelle über den Splißteil und seine Übertragung auf das richtige Grundbuchblatt. Die Bedenken gegen das obige Verfahren können nicht durch die PrAllgVf. vom 28. Februar 1911 (JMBl. 91 ff.) ausgeräumt werden (vgl. auch Breme, Gegenstand des guten Glaubens im Grundbuchverkehre, JW. **11** 519).

III. Der Nachweis der Unrichtigkeit. 1. Busch, ZBlFG. **12** 693 ff. (700). Nach herrschender Ansicht behält die Quittung, auch wenn sie im voraus in Erwartung der künftigen Zahlung des Darlehens ausgestellt ist, ihre Bedeutung als Beweisurkunde für die Hingabe des Darlehens. Das RG. (**RG. 49** 6 ff., **57** 320 ff., **56** 235 ff., JW. **02** 421 Nr. 14, **05** 318 und in GruchotsBeitr. **34** 963) steht auch auf diesem Standpunkte, sieht sogar in dem Empfangsbekenntnisse nach dem Komm. von RGR. Anm. 7 zu § 607 BGB. noch mehr als eine bloße Beweisurkunde.

2. a) SächsOLG. **33** 425 (Dresden). Die herrschende Meinung geht davon aus, daß der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, die Forderung aus der Mitbürgschaft anderer kraft Gesetzes nur insoweit erwirbt, als er von ihnen Ausgleichung verlangen kann. Der Grundbuchrichter darf daher eine durch ein Pfandrecht an einer Hypothek gesicherte Forderung nur insoweit auf den Bürgen umschreiben, als dieser ausgleichungsberechtigt ist. Anderenfalls würde die Gefahr bestehen, daß die Unrichtigkeit des Grundbuchs lediglich durch eine andere Unrichtigkeit ersetzt würde. Der Umstand, daß die Umschreibung der Bürgschaftsforderung ohne Einschränkung bewilligt ist, steht dem nicht entgegen. Den §§ 22, 19 GBO. kann nicht entnommen

werden, daß die Berichtigung des Grundbuchs immer erfolgen muß, wenn sie von demjenigen, dessen Recht betroffen wird, bewilligt wird (RJA. **9** 205). **b)** Die Entsch. JDR. **10** zu § 22 GBO. Ziff. III 2 auch BayObLG. **12** 537, OLG. **25** 376, SeuffA. **67** 254 und BayRpflZ. **12** 52.

3. **RG.** WarnE. **12** 298, GruchotsBeitr. **56** 987. Eine nur zwischen den Parteien getroffene Feststellung erbringt nicht den nach dem § 22 GBO. zur Berichtigung des Grundbuchs genügenden Nachweis der Unrichtigkeit.

4. BadNotZ. **12** 39 (Karlsruhe). Wenn bei der Auseinandersetzung der ehelichen Gütergemeinschaft und des Nachlasses die Witwe das gesamte Vermögen gegen Zahlung von Gleichstellungsgeld übernimmt, so steht eine auf dem Grundstück bestehende Eigentümergrundschuld nach dem Übergange des belasteten Grundstücks auf die Witwe nicht dieser allein, sondern ihr und den Kindern gemeinsam zu, solange keine Übertragung der Grundschuld auf die Witwe gemäß § 873 BGB. stattgefunden hat.

5. KGJ. **41** 274 (Cassel). In den ländlichen Volksschulen des früheren Kurhessen besitzt entsprechend den organisch verbundenen Ämtern des Lehrers und Küsters die Schulstelle Vermögen regelmäßig nur zur gesamten Hand mit der Küsterstelle. Solange die Amtsverbindung und die Gesamthand nicht getrennt ist, besteht also keine reine Schulstelle. Es liegt demnach nicht der Fall des § 24, sondern der des § 30 PrVolksschulunterhaltungsG. vom 28. Juli 1906 vor.

6. BayRpflZ. **12** 313 (BayObLG.). Inwieweit kann in Bayern auf Grund der Nachlaßakten das Grundbuch berichtigt werden?

7. OLG. **25** 377 (Colmar). Wenn von Miterben alten Rechtes einer stirbt, ein anderer seinen Erbanteil verkauft, so bedarf es zur Eintragung der Erben und des Erwerbers der Zustimmung und der vorgängigen Eintragung sämtlicher Erben.

8. BayObLG. **12** 593 (605). Die Berichtigung nach § 22 GBO. setzt einen Antrag an das Grundbuchamt voraus (Predari, GBO. § 22 Anm. 13). Die Beschwerdeführerin will die Berichtigung des Grundbuchs von Amts wegen herbeigeführt wissen. Zur Grundbuchberichtigung von Amts wegen ist nach § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. erforderlich, daß die Eintragung unrichtig ist und vom Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen wurde.

IV. Die Vorschrift des § 22 Abs. 2. 1. KGJ. **41** 188 (KG.). Der Eigentümer, dessen Zustimmung im § 22 Abs. 2 zu der durch Eintragung eines Eigentümers vorzunehmenden Berichtigung des Grundbuchs gefordert wird, ist nicht der eingetragene Bucheigentümer, sondern der nicht eingetragene wahre Eigentümer, dessen Eigentum im Wege der Berichtigung eingetragen werden soll (KGJ. **25** A 98, **RG. 73** 156). Neben der Zustimmung des wahren Eigentümers ist die Bewilligung des Bucheigentümers nur erforderlich, wenn die berichtigende Eintragung gemäß § 19 GBO. auf Grund der Bewilligung des von der Eintragung Betroffenen, dagegen nicht, wenn sie gemäß § 22 Abs. 1 GBO. auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs erfolgen soll.

2. ElsLothJZ. **12** 260 (Colmar). Zur Berichtigung einer unrichtigen Eintragung über das Eigentum bedarf es nach § 22 GBO. zwar dann nicht der Bewilligung des eingetragenen Eigentümers, wenn, wie hier, die Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Wohl aber bedarf es in allen Fällen der Zustimmung des wirklichen Eigentümers. Zu deren Erklärung im Namen der Miteigentümer der Grundstücke gilt der beschwerdeführende Notar nach § 15 GBO. nicht als ermächtigt.

3. Jung, BayNotZ. **13** 8. Nach § 22 Abs. 2 GBO. kann der Ehemann auf Grund der Auflassung an ihn allein die sofortige richtige Eintragung des Gesamthandeigentums von ihm und seiner Ehefrau ohne Mitwirkung oder

Zustimmung seiner Ehefrau nicht beantragen; er ist vielmehr nach § 1438 Abs. 3 nur befugt, von seiner Frau die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs zu verlangen.

4. Bourier, BayNotZ. **13** 276. Die Frage, ob die nach § 22 Abs. 2 GBO. erforderliche Berichtigungszustimmung, wenn statt des Alleineigentums des Mannes die Gesamtgutseigenschaft des Grundstücks eingetragen werden soll, vom Manne allein kraft seines Verwaltungsrechts erklärt werden kann, ist zu bejahen.

5. Meikel, BayNotZ. **13** 1. Nach § 22 Abs. 2 GBO. ist zur Grundbuchberichtigung, wenn zuerst der Mann als Alleineigentümer eingetragen war, die von der Ehefrau selbst abzugebende Zustimmung der Frau erforderlich.

6. **a)** Die Entsch. JDR. **10** zu § 22 Ziff. IV 3 a auch OLG. **24** 10 und RJA. 11,75. **b)** Schilling, BadRpr. **12** 125. Bemerkungen zu der Entsch. des KG. vom 7. November 1910, KGJ. **40** 153 (JDR. **10** zu § 22 Ziff. IV 3 a).

§ 25. 1. KGJ. **41** 220 (KG.). Der § 25 GBO. enthält einen Fall der Grundbuchberichtigung.

2. RheinA. **109** 309 (Düsseldorf). Der Anspruch auf Löschung einer Vormerkung, der sich aus der Aufhebung der zugrunde liegenden Verfügung ergibt, ist nicht pfändbar.

§ 26. BayObLG. **13** 419, OLG. **25** 374, R. **12** Nr. 2721 (BayObLG.). Dem Grundbuchamt ist die Prüfung der materiell-rechtlichen Grundlagen der Rechtsänderung entzogen, es hat nur die formellrechtlichen Erfordernisse der Eintragung zu prüfen und festzustellen; sind diese zweifelsfrei dargetan, so kann und muß es die beantragte Eintragung vollziehen. Die Eintragungsbewilligung hat die einzutragende Rechtsänderung wiederzugeben. Bei der Abtretung einer Teilhypothek muß die Eintragungsbewilligung auch das Teilungsverhältnis darlegen und, sofern die Hypothek in bestimmten Tilgungsbeträgen zurückzuzahlen ist und bestimmte Tilgungsbeträge oder Anteile daran abgetreten werden, auch darüber die Angaben enthalten, die zur Verselbständigung der abgetretenen Teilhypothek erforderlich sind.

§ 27. I. Die Vorschrift des Abs. 1. 1. Die Löschungsbewilligung des Hypothekengläubigers. **a)** KGJ. **42** 268 (KG.). Obwohl derjenige, dem der Anspruch auf die Zinsrückstände zusteht, von der Löschung der Hypothek betroffen wird, ist seine Zustimmung zu der Löschung nicht erforderlich. Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht schon die praktische Erwägung, daß andernfalls zu der Löschung jeder Hypothek die Zustimmung sämtlicher früheren Hypothekengläubiger oder der Nachweis der Bezahlung der Zinsrückstände notwendig wäre. Ihre rechtliche Begründung findet jene Annahme in dem Grundsatze der Abhängigkeit der Zinsforderung von der Hauptforderung. Da nach diesem Grundsatze die Zinsforderung das rechtliche Schicksal der Hauptforderung teilt, soweit nicht besondere Bestimmungen gegeben sind, wie z. B. in §§ 902 Abs. 1, 1159, 1178 BGB., so muß dadurch, daß die Verbindung der Hauptforderung mit dem Grundstücke gelöst wird, auch die Verbindung der Zinsforderung mit dem Grundstück ohne weiteres, also auch ohne Zustimmung des Zinsberechtigten gelöst werden. Die Befugnis zur Herbeiführung dieser Wirkung wird daher schon durch das Recht zur Verfügung über die Hauptforderung begründet. Außerhalb des Grundbuchs besteht die Zinsforderung, falls sie noch nicht berichtigt ist, als persönliche Forderung gegen den Eigentümer weiter. **b)** SchlHolstAnz. **12** 283 (LG. Altona). Die Löschungsbewilligung des eingetragenen Gläubigers genügt nicht zur Löschung der Hypothek, wenn die mit der Löschungsbewilligung verbundene Quittung über die Bezahlung der Hypothek nicht die Angabe enthält, daß der Grundeigentümer bezahlt hat. **c)** HessRspr. **13** 39 (LG. Mainz). Das KG. hat am 28. No-

vember 1907 entschieden, daß die für Eheleute in Fahrnisgemeinschaft eingetragene Hypothek auf Grund einer Löschungsbewilligung des Ehemanns ohne Einwilligung der Ehefrau nur gelöscht werden kann, wenn nachgewiesen ist, daß die Löschung der Hypothek keine Schenkung ist, der Nachweis aber nicht an die Form des § 29 GBO. gebunden sei, der Grundbuchrichter die ihm beigebrachten Beweismittel jeder Art zu würdigen und nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden habe, ob der Beweis unter Berücksichtigung der allgemein im Verkehr anerkannten Erfahrungsgrundsätze geführt ist. Dem ist beizutreten. **d)** KGJ. **41** 249 (KG.). Die Versäumniswirkungen einer bestätigten Erbauseinandersetzung erstrecken sich auf eine von den erschienenen Beteiligten erklärte Löschungsbewilligung auch dann, wenn die Hypothek, deren Löschung bewilligt wird, infolge Erlöschens der Forderung aufgehört hat, Bestandteil des Nachlasses zu sein, soweit sich nicht aus dem Protokoll ein anderer Wille der Beteiligten ergibt.

2. Die Zustimmung des Eigentümers. **a)** OLG. **25** 380 (KG.). Wer zuzustimmen hat, bestimmt sich bei einem Eigentumswechsel zwischen der Einreichung und der Erledigung des Löschungsantrags nach dem zweiten Zeitpunkte. Denn nur wenn der neue Eigentümer zustimmt, wird die Hypothek mit Zustimmung des Eigentümers gelöscht (**RG. 4** 492, Güthe § 27 Anm. 11, Oberneck II, 348 Nr. 3). **b)** Walsmann, Der Verzicht 268. In allen Fällen, wo bei der Gesamthypothek die Hypothek erlischt, greift die Vorschrift des § 27 GBO. Abs. 1 nicht Platz. Vielmehr finden hier die Bestimmungen über Grundbuchberichtigung Anwendung. Eine nichtige Hypothek ist auch im formalen Sinne der GBO. keine Hypothek. **c)** SchlHolstAnz. **12** 332 (LG. Kiel). Der Schleswig-Holsteinischen Landschaft steht mangels einer besonderen Verleihung dieses Privilegs nicht das Recht zu, ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers die Löschung entstehender Eigentümergrundschulden zu beantragen.

II. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. BayRpflZ. **12** 181, BayObLG. **13** 63, R. **12** Nr. 1181, SeuffBl. **12** 398, ZBlFG. **13** 152 (BayObLG.). Der Pfandgläubiger darf die verpfändete Hypothekenforderung einziehen (§ 1282 Abs. 1 BGB.), wenn seine Forderung fällig ist (§ 1228 Abs. 2 BGB.). Da dieses Recht selbständig und an die Mitwirkung des Pfandschuldners nicht gebunden ist, der Schuldner aber nur gegen Aushändigung einer löschungsreifen Quittung zahlen muß (§ 1144 BGB.), so darf der Pfandgläubiger auch die Quittung an Stelle des Gläubigers erteilen. Durch die Einziehung erlischt die Hypothekenforderung (§ 362 BGB.). Zugleich geht nach § 1163 BGB. die Hypothek auf den Eigentümer über. Dadurch wird das Grundbuch unrichtig. Der Eigentümer wird durch die löschungsreife Quittung ermächtigt, die Bewilligung zur Löschung des Prandrechts und der Hypothek selbst zu verlangen. Beantragt er die Löschung, so wird durch die Löschung nicht mehr das Recht des bisherigen Gläubigers (des Pfandschuldners), sondern das des Eigentümers betroffen. Dessen Zustimmung ist also nach § 19 GBO. erforderlich, aber auch genügend. Infolge der Einziehung gilt die Forderung des Pfandgläubigers als von dem Gläubiger befriedigt, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt (§ 1288 Abs. 2 BGB.). Die Einziehung vernichtet also den Gegenstand des Pfandrechts, soweit dem einziehenden Pfandgläubiger der eingezogene Betrag gebührt, die ihm nachstehenden Pfandrechte erlöschen damit gleichfalls, soweit der eingezogene Betrag dem einziehenden Pfandgläubiger gebührt. Denn der Gegenstand, an dem sie hafteten, ist untergegangen. Durch die Einziehung wird also das Grundbuch auch insoweit unrichtig, als auch spätere Pfandrechte von selbst erlöschen, soweit der eingezogene Betrag dem einziehenden Pfandgläubiger gebührt. Mithin bedarf es nach § 27 Abs. 2 Satz 2 GBO. insoweit nicht der Zustimmung dieser Pfandgläubiger. Dagegen brauchen sich diese .... die rechtsgeschäftliche

Aufhebung der verpfändeten Hypothekenforderung nicht gefallen zu lassen, dazu bedarf es ihrer Zustimmung.

2. **RG.** BayRpflZ. **12** 255, WarnE. **12** 300. Das Pfandrecht an einer Hypothek erlischt durch Rückgabe des Hypothekenbriefs an den Verwalter im Konkurse des Verpfänders.

3. Gutmann, DNotV. **12** 309. Zur Löschung einer verpfändeten Hypothek und des Pfandrechts an ihr ist nur die Löschungserklärung des Hypothekengläubigers und des Pfandgläubigers erforderlich. § 876 Satz 1 BGB. schließt die Anwendbarkeit des § 27 Abs. 2 Satz 1 GBO. aus.

§ 29. I. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. **RG.** 6. 11. 11, WarnE. **12** 50, GruchotsBeitr. **56** 639, JW. **12** 87. Es mag zugegeben werden, daß es nicht erforderlich ist, daß der Beteiligte vor dem Notar zunächst mündlich die Erklärung abgibt, die dann der Notar als abgegeben beurkundet, daß es vielmehr genügt, wenn der Notar von einem Beteiligten oder von einem Dritten für diesen Mitteilung von dem zu beurkundenden Vertragsinhalt erhält, die Urkunde daraufhin vorbereitet und sich dann darauf beschränkt, sie den Beteiligten vorzulesen. Dagegen kann der Annahme nicht beigetreten werden, daß, wenn die Beteiligten die Erklärung durch eine widerspruchslose Unterzeichnung der Urkunde genehmigen, die Urkunde formell unanfechtbar geworden sei und die Beteiligten nicht damit gehört werden könnten, daß sie die Erklärung im Rechtssinne nicht abgegeben hätten.

2. **RG. 79** 366, JW. **12** 812. Es ist davon auszugehen, daß, wie das RG. unter Aufgabe einer früher (in einem Urt. vom 11. Juli 1905, JW. **05** 541 Nr. 33) ausgesprochenen Ansicht nunmehr wiederholt angenommen hat — **RG. 62** 1, **63** 31 ff. —, die im § 177 Abs. 1 Satz 2 FGG. — und ebenso für die Errichtung von Testamenten im § 2242 Abs. 1 Satz 2 BGB. — erforderte Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist, nicht selbst zu denjenigen Teilen des Protokolls gehört, die nach § 177 Abs. 1 Satz 1 FGG. und § 2242 Abs. 1 Satz 1 BGB. vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und unterschrieben werden müssen, und daß deshalb der Feststellungsvermerk den Unterschriften der Beteiligten im Protokolle nachfolgen kann. Hieraus wird aber auch weiter zu folgern sein, daß, da das Gesetz eine zeitliche Einheit der Akterrichtung (unitas actus) nicht vorschreibt, diese Feststellung nicht notwendig im Laufe der Verhandlung selbst in Gegenwart der „Beteiligten" zu erfolgen braucht, sondern auch nachher noch in Verbindung mit der im § 177 Abs. 3 vorgeschriebenen Unterschrift der bei der Beurkundung mitwirkenden Personen erfolgen kann, wobei dahingestellt werden kann, welche zeitliche Grenze einer solchen nachträglichen Vollziehung eines noch nicht durch die Unterschrift des Urkundsbeamten abgeschlossenen Protokolls gezogen werden muß. . . . Wesentliche Mängel des abgeschlossenen Protokolls können jedoch nicht durch nachträgliche Zeugnisse des Richters oder Notars geheilt werden.

3. **RG. 78** 26, JW. **12** 233. Schon die Rechtsprechung zu dem für gesetzlich angeordnete oder verabredete Schriftlichkeit der Verträge maßgebenden § 116 I. 5 PrALR. war schließlich wenig streng. Obschon diese Gesetzesstelle bestimmt, daß solche Verträge ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift erhalten, woraus auf die Notwendigkeit des Nachfolgens der Unterschrift nach der Willenseinigung und deren Niederschrift geschlossen werden konnte, wurde doch von diesem Erfordernis abgesehen und gestattet, daß die Unterschrift vorausgehe. Demzufolge wurde die Aushändigung bloßer Blätter mit Unterschriften (sog. Blankette), die der Empfänger

der Abrede gemäß ausfüllen dürfe, um so mehr gestattet, als auch § 440 Abs. 2 ZPO. für die Zulässigkeit bloßer Blankette spricht (vgl. gegen OTr. **50** 29 **RG. 14** 301, **36** 241, ferner Urt. vom 25. Februar 1905, V. 554. 04). Einen Schritt weitergehend hat der erk. Sen. zu dem angezogenen § 116 in seinem in **RG. 27** 269 abgedruckten Urteil ausgesprochen, daß derselbe Grundsatz, der für Blankette gelte, daß nämlich die Unterschrift der Niederschrift des Rechtsgeschäfts vorausgehen dürfe und daß die Unterschrift das ganze Maß der Schriftlichkeit erfülle, auch auf die nachträgliche Verwendung einer unwirksam gewordenen Urkunde zu einem neuen Vertragsabschluß Anwendung finden müsse. ... Da der § 126 BGB. den ausdrücklichen Beisatz des § 116 I. 5 ALR., daß die Urkunde ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift erhalte, nicht aufgenommen hat, so ist um so weniger ein Grund dafür ersichtlich, die im vorstehenden dargelegte Rechtsprechung zu § 116 ALR. nicht auf § 126 BGB. anzuwenden (vgl. Mot. I, 185). So wurde denn auch vom VI. Zivilsen. des RG. in **RG. 57** 66 die Verbürgung mittels eines nachträglich mit dem Namen des Gläubigers ausgefüllten Blanketts nach §§ 126, 766 BGB. für gültig erklärt. Derselbe Senat erachtete in **RG. 70** 411 die Forthaftung eines Bürgen für gegeben, wenn er sie trotz an sich anzunehmender Bürgschaftsbefreiung nach § 91 ZVG. dem Hypothekengläubiger bloß mündlich erklärt hatte, und der erk. Sen. hat in seinem Urt. vom 14. Januar 1911, V. 88/10 die Gültigkeit einer Mietvertragsurkunde nach Abänderung der Zeitdauer, jedoch mit unverändert gebliebenen alten Unterschriften, anerkannt und dabei auf die erwähnte Rechtsprechung, insbesondere auf die Entsch. **RG. 27** 269 hingewiesen. Es fragt sich aber, ob diese milde Anwendung des § 126 BGB. auch dann statthaft ist, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die das Grundbuchrecht berühren und deshalb im allgemeinen vom Gesetze strengeren Formvorschriften unterworfen sind. Bei der Mannigfaltigkeit der hierbei in Betracht kommenden Fälle braucht sich und hat sich aber die gegenwärtige Entscheidung nur auf den Fall der Hypothekverpfändung, über deren Erfordernisse jetzt gestritten wird, zu erstrecken. Allerdings erfolgt gemäß § 1274 BGB. die Bestellung eines Pfandrechts an einem Rechte nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften, und diese erfordern bei Briefhypotheken — abgesehen von der sie ersetzenden Grundbucheintragung — schriftliche Form neben Übergabe des Hypothekenbriefs. Nun hat freilich der erk. Sen. in **RG. 63** 230 die Frage verneint, ob nach dem jetzt geltenden Rechte eine Grundschuld rechtswirksam in blanco oder durch nachträgliche Einsetzung des neuen Gläubigers in die Urkunde abgetreten werden könne. Aber die Begründung dieser Entscheidung erkennt einerseits an, daß vielfach, wenn auch nur ausnahmsweise nach § 126 BGB. die Zulässigkeit von Verfügungen in blanco anerkannt werden muß, und anderseits läßt sie ersehen, daß sie nur für den besonderen Fall der Grundschuldabtretung ergangen ist, indem sie namentlich den vom Gesetzgeber (Mot. III, 783) ausdrücklich erklärten Willen hervorhebt, den § 55 PrEigErwG. nicht ins BGB. aufzunehmen und den Grundschuldbriefen die Bedeutung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber tatsächlich nicht zu verschaffen. Es liegt auf der Hand, daß diese Entscheidung auf bloße Grundschuld- oder gar Hypothekenverpfändungen nicht zutrifft. ... Im gegebenen Falle liegt keine eigentliche Hypothekverpfändung in blanco, sondern die Verwendung einer vollständigen, äußerlich unverändert gebliebenen, aber innerlich ungültig gewordenen Hypothekverpfändungsurkunde für ein neues Verpfändungsgeschäft vor. Es darf aber mit der Entsch. **RG. 27** 269 angenommen werden, daß dieselben Gründe, welche für Zulassung von Blankoverfügungen sprechen, es vielleicht in noch höherem Maße rechtfertigen, die Neuverwendung alter Urkunden für gültig zu erklären, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen. In beiden Fällen bleiben die früheren Unter-

schriften — das wesentlichste Erfordernis nach § 126 BGB. — echt, in beiden Fällen bestimmt der Wille der Beteiligten, wofür die echte Unterschrift gelten soll, und die Gefahr des Mißbrauchs eines bloß mit der Namensunterschrift versehenen Blattes, eines reinen Blanketts, ist bei Wiederbenutzung einer inhaltlich vollkommenen alten Urkunde nahezu ausgeschlossen.

4. a) **RG.** JW. **12** 816. Zwischen „Siegel" und „Stempel" wird seit dem Inkrafttreten des BGB. und seiner Nebengesetze ein Unterschied gemacht und unter „Siegel" ein Eindruck in einen mit der Urkunde verbundenen Stoff (Lack, Wachs, Oblaten), unter „Stempel" ein Aufdruck (Schwarzdruck, Farbdruck) oder ein Eindruck in die Urkunde (Trockenstempel) verstanden. Beide unterscheiden sich wieder von den „Siegelmarken", die mit einem außerhalb der Urkunde hergestellten Siegelzeichen versehen sind und lediglich aufgeklebt werden. . . . Der Unterschied zwischen Siegel und Stempel darf jedoch in die älteren Gesetze, die diesen Unterschied nicht kennen, sondern immer nur von Siegelung (Besiegelung, Untersiegelung) oder von einem Beifügen oder Beidrücken des Amtssiegels (Gerichts-, Gemeindesiegels) sprechen, nicht hineingetragen werden. **b) RG.** R. **12** 418. Ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß das Siegel einer Behörde durch das der Aufsichtsbehörde ersetzt werde, besteht nicht.

5. Josef, BadNotZ. **12** 85 (101). Ist der Notar nach Landesrecht zuständig zur Beurkundung von Tatsachen, so ist der Begriff dieser sprachlich zu deuten, also als etwas Geschehenes, Feststehendes, das nicht bezweifelt werden kann. Daraus folgt: a) Die zu beurkundende Tatsache muß eine solche sein, die nach außen hervortritt, die also mit Gesicht und Gehör (nicht etwa bloß mit dem Gefühle, der Zunge oder Nase) wahrgenommen werden kann, und zwar so, daß — wie bei Erklärungen — ihre genaue Wiedergabe (nicht wie bei Geräuschen eine bloße Beschreibung des Gehörten) möglich ist. b) Die Beurkundung darf niemals hinauskommen auf ein Urteil, auf Schlußfolgerungen des Notars; er kann also mit beweisender Kraft beurkunden, daß ihm eine Urkunde, deren Inhalt feststeht, vorgelegt ist, nicht aber, daß die ihm vorgelegte Urkunde (Vollmacht, Ehevertrag) einen bestimmten Inhalt habe; denn eine solche Beurkundung käme hinaus auf ein Urteil über die rechtliche Wirksamkeit der Urkunde. Der Notar kann also beurkunden, daß dem befreiten Vorerben bei der Verfügung über eine Nachlaßforderung eine Zahlung geleistet ist, so daß hiermit die Entgeltlichkeit der Verfügung (§ 2113 Abs. 2) erwiesen ist; er kann aber nicht beurkunden, daß Sachen (z. B. Handelsbücher) eine gewisse Beschaffenheit haben, daß jemand einen Wohnsitz habe, auch nicht die Anzahl der entgeltlichen Bezieher einer Zeitung. c) Der Notar ist nur zuständig zur Wahrnehmung der zu beurkundenden Tatsache, nicht aber zuständig, eigene Handlungen vorzunehmen, durch die erst die Beurkundung ermöglicht werden soll; er ist also nicht zuständig, Messungen oder Proben vorzunehmen und deren Ergebnis zu beurkunden. Die Fälle, in denen ihm bei der Beurkundung eine erweiterte Tätigkeit dieser Art obliegt (z. B. Versteigerungen, Verzeichnungen, Abmarkungen) sind im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben und hiermit als Ausnahmevorschriften gekennzeichnet.

6. Josef, BadNotV. **12** 141. Rührt die unter einer Urkunde befindliche Unterschrift nicht vom Beteiligten her, verlangt dieser aber vom Notar die Beglaubigung der Unterschrift mit der fälschlichen Erklärung, es liege seine eigenhändige Unterschrift vor, so erklärt er hiermit stillschweigend, daß er die (ohne seinen Willen) von einem Dritten erfolgte Unterzeichnung seines Namens genehmige, und diese Genehmigung wird nach § 182 BGB. wirksam dadurch, daß er die so zustande gekommene Urkunde an den Gegenbeteiligten gelangen läßt.

7. Josef, BadNotV. 12 141. Das Gesetz versteht unter „Handzeichen“ die Betätigung des Unterzeichnungswillens durch eine äußere mechanische Handlung, verlangt also hierzu Zeichen, die der Aussteller mit seiner eigenen Hand vollzieht. Da erst durch die Beglaubigung des Handzeichens die Schriftform erfüllt wird, das Handzeichen für sich allein ohne jede Rechtswirkung ist, kann es folglich auch nicht gemäß § 182 BGB. genehmigt werden. Folglich ist, wenn das Handzeichen von einem Dritten herrührt, der Beteiligte aber fälschlich vor dem Notar anerkennt, daß er selbst es gefertigt habe, durch die so erfolgte Beglaubigung die Schriftform nicht gewahrt.

8. Josef, BayNotZ. 13 414 (421). Der § 91 Abs. 2 ZVG. verleiht dem Vollstreckungsgerichte die Zuständigkeit zur Beurkundung der Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Hypothek, also der Vereinbarung mit allen ihren die Hypothek betreffenden Bestandteilen. Als ein Bestandteil jener Vereinbarung stellen sich nun auch dar die Abreden über die Abänderung der Zins- und Zahlungsbedingungen. Daher ist das Vollstreckungsgericht als solches zur Beurkundung auch dieser Abreden, ja sogar zur Beurkundung der Erklärung eines Dritten zuständig, der die Haftung für die Sicherheit der Hypothek gegenüber dem Gläubiger, also eine Bürgschaft für den Ersteher, übernimmt. Denn alle diese Erklärungen hängen mit dem Verteilungsverfahren dergestalt zusammen, daß sie einen zu ihm gehörigen Akt darstellen; ihre Beurkundung erfolgt sonach in Form des zivilprozessualen Protokolls (das keiner Unterzeichnung durch die Beteiligten bedarf) und nicht nach den Vorschriften der §§ 168 ff. FGG. Dagegen sind diese Vorschriften anzuwenden, wenn der Versteigerungsbeamte die Beurkundung jener Vereinbarung außerhalb des Versteigerungstermins bewirkt.

9. du Chesne, BuschsZ. 42 307 (312). Die Beweisbefreiung ist die Feststellung beweiserheblicher Tatsachen durch den Grundbuchbeamten auf Grund von Urkunden, zu deren Beschaffung eine Mitwirkung des Antragstellers oder ein Handeln in seinem privaten Interesse nicht erforderlich ist.

10. Busch, ZBlFG. 12 693 ff. (700). Die Schuldurkunde ist, da sie keine Voraussetzung der Eintragung der Hypothek bildet, an die Form der Eintragungsbewilligung nicht gebunden. Durch ihre regelmäßige Verbindung mit der Eintragungsbewilligung teilt sie aber von selbst deren Form.

11. Josef, ZBlFG. 13 345 (355). Eine Vorschrift, wonach die Wirksamkeit einer Verfügung davon abhängt, daß sie sämtlichen Personen, für die sie ihrem Inhalte nach bestimmt ist, bekannt gemacht ist, besteht nicht. Nach § 16 Abs. 1 wird folglich eine Verfügung im gedachten Falle für jeden Beteiligten mit dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie ihm bekannt gemacht ist, so besonders, wenn zwar eine einheitliche Verfügung vorliegt, in ihr aber die Verhältnisse mehrerer Personen geregelt sind. Daher kann jeder Beteiligte von der ihm bekannt gemachten Verfügung Gebrauch machen, auch wenn sie dem Gegenbeteiligten noch nicht bekannt gemacht, also für den Gegenbeteiligten noch nicht wirksam geworden ist. Dieser Grundsatz kommt aber nicht zur Anwendung, wenn die Verfügung ihrem Inhalte nach einen einheitlichen Zeitpunkt der Wirksamkeit erfordert, ein Wirksamwerden zu verschiedenen Zeiten für die verschiedenen Beteiligten nach dem Inhalte der Verfügung also ausgeschlossen ist.

12. *Bourier, BayNotZ. 12 230 ff. Über die Form der Zurücknahme des Antrags des § 15 s. den Bericht zu § 32 GBO.

II. Vollmacht und gesetzliche Vertretung. 1. OLG. 25 2 (KG.). Allerdings kann nach preußischem Rechte der Besitz der Vollmachtsurkunde durch ein notarielles Zeugnis darüber, daß dem Notar ihre Urschrift bei der Beglaubigung der Abtretung vorgelegen habe, gemäß Art. 31 Satz 2 PrFGG. bewiesen werden. Indessen schon hier gibt

der Zusatzvermerk zu Bedenken Anlaß, denn er läßt nicht sicher erkennen, ob dem Notar die Urschrift der Urkunde vorgelegen hat. Sollte ihm nur eine beglaubigte Abschrift vorgelegen haben, so würde ihr Besitz ohne den Nachweis des Verbleibs der Urschrift keine Gewähr dafür bieten, daß nicht die Vertretungsmacht durch Rückgabe der Vollmachtsurkunde erloschen ist (§ 172). Selbst wenn jedoch dem Vermerk entnommen werden könnte, daß dem Notar die Urschrift der Vollmacht vorgelegen hat, so bliebe immer noch die Frage offen, ob auch der Inhalt der Vollmacht in zulässiger Weise, d. h. nach § 29 GBO. nachgewiesen ist. Dies ist zu verneinen. Die Vollmacht muß, wenn sie nicht vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben wird, in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde erklärt sein und diese dem Grundbuchamte vorgelegt werden. Diese Vorlegung, welche durch die Verweisung auf andere der Vernichtung nicht unterliegenden Akten des das Grundbuch führenden Amtsgerichts ersetzt werden kann, ist erforderlich, damit das Grundbuchamt seiner Pflicht, die Echtheit, die Form und den Inhalt der Urkunde zu prüfen, genügen kann. Die Vorlegung erübrigt sich nicht durch die Vorlegung eines notariellen Zeugnisses über die Form und den Inhalt der Urkunde.

2. KGJ. **41** 79 (KG.). Die von einem Testamentsvollstrecker einem Dritten erteilte Vollmacht erlischt notwendig mit der Beendigung des Amtes des Vollstreckers.

3. ElsLothNotZ. **12** 197 (LG. Colmar). Eine vom Konkursverwalter während des Konkurses erteilte Auflassungsvollmacht hat auch noch nach Beendigung des Konkursverfahrens Gültigkeit.

4. KGJ. **41** 162 (KG.). Wann eine Vollmacht erlischt, richtet sich gemäß § 168 BGB. nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse. Um also die Wirksamkeit einer Vollmacht auch nach dem Tode des Vollmachtgebers zu prüfen, wird in der Regel auf das ihrer Erteilung zugrunde liegende Innenverhältnis einzugehen sein. Diese Prüfung ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn die Vollmachtsurkunde selbst den Willen des Vollmachtgebers zu erkennen gibt, daß die Vollmacht auch für die Erben gelten soll. Denn eine Vollmacht kann auch für die Erben wirksam erteilt werden (KGJ. **32** A 198, **37** A 231).

5 OLG. **24** 29 (Colmar). Das Gesetz verlangt nicht zur Vornahme von Verfügungen oder zur Eingehung von Verpflichtungen durch einen beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Es fordert die Einwilligung nur zu einer solchen Willenserklärung, durch die der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Willenserklärung im Sinne dieser Vorschrift ist bei einem Vertrage, der nur als einheitliches Ganzes in Wirksamkeit treten soll, die auf den Abschluß des Vertrags, also auf Herbeiführung der Gesamtwirkung des Vertrags gerichtete Erklärung des Minderjährigen. Der gesamte Vertragsinhalt in seinem untrennbaren Zusammenhang ist Gegenstand dieser Erklärung. Ob der Minderjährige zu ihr der Einwilligung bedarf, hängt also ganz allein davon ab, ob er durch den Vertrag als Ganzes lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Im besonderen kommt es nicht darauf an, ob jede einzelne im Vertrag enthaltene Willenserklärung auch für sich allein abgegeben diese Wirkung haben würde. . . . Daher bedarf der Minderjährige, dem ein Grundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs geschenkt wird, nicht der Einwilligung seines Gewalthabers.

6. a) KGJ. **41** 168 (KG.). Ein dem grundsätzlichen Verbote des § 181 BGB. zuwider von dem Vertreter mit sich selbst vorgenommenes Rechtsgeschäft ist zwar, wie in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des RG. (**RG. 67** 51, **68** 37) anzunehmen ist, nicht nichtig, sondern gleich einem von dem Bevollmächtigten unter Überschreitung der Vollmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte genehmigungsfähig im Sinne des § 177 BGB.; jedenfalls entbehrt es aber, solange die Genehmigung des Vertretenen fehlt, der Wirksamkeit und kann deshalb

bis dahin auch nicht die formell-rechtliche Grundlage für eine beantragte Eintragung in das Grundbuch bilden. . . . Das Verbot des § 181 BGB. bezieht sich nur auf zweiseitige und empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte. **b)** SeuffBl. **12** 267, BayNotZ. **13** 307 (BayObLG.). Der § 181 verbietet einem Vertreter, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Seinem Wortlaute nach gestattet der § 181 dem Vertreter, die Zustimmung zu einem von ihm selbst mit einem Dritten geschlossenen Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen dem Dritten gegenüber zu erklären; nur sich selbst gegenüber kann er die Zustimmung namens des Vertretenen nicht erklären. In diesem Sinne ist der § 181 auch von dem erk. Sen. in den Beschlüssen vom 4. November 1904 und 30. Juni 1905 (abgedruckt in der neuen Sammlung **5** 549 und **6** 435, auch RJA. **5** 25 und **6** 90), sowie vom RG. in dem Urt. des V. Zivilsen. vom 29. März 1911 (**RG. 76** 89) aufgefaßt worden. Der erk. Sen. glaubt indessen an dieser Ansicht nicht mehr festhalten zu sollen, nachdem er schon im Beschlusse vom 30. Mai 1908 (n. Samml. **9** 413) die Vorschrift des § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. in einem ähnlich gelagerten Falle in erweitertem Sinne ausgelegt hat. Die Sache ist daher dem RG. vorzulegen. **c)** Die Entsch. des KG. in JDR. **10** zu § 29 Ziff. III 5 auch KGJ. **41** 168.

III. Urkunden öffentlicher Behörden. 1. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. **a)** PosMSchr. **12** 8 (Posen). Nach §§ 1643, 1822 Ziff. 10 BGB. bedarf der Vater der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem für das Kind abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, durch welches das Kind eine fremde Verbindlichkeit übernimmt. Der Kaufvertrag enthält die Abrede, daß die Beklagte in Anrechnung auf den Erwerbspreis Hypothekenschulden der Kläger übernehme. Die Abrede stellt sich als Schuldübernahme im Sinne des § 416 BGB. dar; die Beklagte übernimmt durch sie außer der dinglichen Haftung auch die persönliche Schuld, die die Kläger gegenüber den Hypothekengläubigern haben. Die Vereinbarung betrifft somit die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit im Sinne des § 1822 Ziff. 10 BGB. . . . Auch der zum Vergleiche herangezogene Grundsatz, daß der gütergemeinschaftliche Ehemann ohne Zustimmung der Frau bei Erwerb eines Grundstücks an diesem für den Erwerbspreis Hypothek bestellen kann (§ 1445 BGB., **RG. 69** 177), läßt sich für die Entscheidung der vorliegenden Rechtsfrage nicht verwerten. Denn abgesehen davon, ob dieser aus dem Verfügungsrechte des Ehemanns hergeleitete Grundsatz auf Rechtsgeschäfte des Inhabers der elterlichen Gewalt übertragbar ist (vgl. KGJ. **32** A 232, OLG. **21** 266, 287), würde die Zulässigkeit einer derartigen Hypothekbestellung in keinem Falle den Schluß rechtfertigen können, daß der Vater eine Hypothekenschuld ohne Genehmigung auch übernehmen dürfe. **b) RG.** BayNotZ. **13** 308, WarnE. **12** 435, JW. **12** 790, BayRpflZ. **12** 308. Die Zustimmung des Nacherben zu einer Verfügung des Vorerben wird dadurch ersetzt, daß der Nacherbe und der Vorerbe zusammen die Verfügung vornehmen; es kann daher auch ein Vorerbe zugleich als gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Nacherben — die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorausgesetzt — ein Grundstück mit der Wirkung verkaufen und auflassen, daß der Vermerk der Nacherbfolge im Grundbuche nicht mitüberschrieben wird. **c)** KGJ. **42** 215 (KG.). Der Nachlaßpfleger bedarf in den Fällen des § 1812 BGB. der Genehmigung des Nachlaßgerichts, wenn ein Gegenpfleger nicht bestellt ist. Ebenso KG. 18. 3. 12, RJA. **12** 71. **d)** ElsLoth. NotZ. **12** 254 (Colmar). Die Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1829 BGB. durch Anheftung des Genehmigungsbeschlusses an die Urschrift der Vertragsurkunde genügt nicht. **e)** Leibfried, WürttZ. **12** 97. Die Rechtslage bezüglich der Löschungsbewilligung oder der sie ersetzenden materiellen Erklärungen bei Aufgabe der Hypothek durch den Vormund

ist nach § 1812 BGB. die, daß zum mindesten die Genehmigung des Gegenvormundes, oder wenn ein solcher nicht vorhanden ist, diejenige des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, falls nicht die Ausnahmebestimmungen des § 1813 Ziff. 2—4 zutreffen. ... Bezüglich der Zustimmung des Vormundes zur Löschung einer Hypothek herrscht Einigkeit darüber, daß sie keine Verfügung über das Grundstück im Sinne des § 1821 Ziff. 1 BGB. ist, denn sie enthält keine weitere Belastung des Grundstücks (Planck zu § 1821). Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob sie nicht nach § 1812 BGB. der Genehmigung des Gegenvormundes und damit in Württemberg üblicherweise derjenigen des Vormundschaftsgerichts bedarf. Die Frage muß für alle diejenigen Fälle bejaht werden, wo eine Eigentümerhypothek oder -grundschuld zugunsten des Mündels entstanden war. ... Der reine Antrag auf Löschung einer Hypothek ist keine Verfügung im Sinne des BGB. und bedarf daher nicht der Genehmigung.

2. Urkunden der Sparkassen. a) KGJ. **42** 1 (KG.). Wird ein Druckexemplar des Statuts einer Sparkasse überreicht, so muß, wenn der Grundbuchrichter sich nicht damit begnügen will, die Übereinstimmung des Exemplars mit der Urschrift in der für den Grundbuchverkehr vorgeschriebenen Form (§ 29 GBO.) nachgewiesen werden (KGJ. **33** A 303 oben, OLG. **8** 220). Es fragt sich daher nur, in welcher Form dieser Nachweis zu erbringen ist. In Betracht kommt nur der Satz 2 des § 29 GBO. Denn es handelt sich hier nicht um eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung, sondern um eine andere Voraussetzung der Eintragung, nämlich die Beurkundung einer Tatsache. Der zuständige Beamte hat die Tatsache zu beurkunden, daß das vorgelegte Exemplar des Statuts mit der Urschrift übereinstimmt. Zur Beurkundung von Tatsachen sind nach Art. 31 Abs. 1 PrFGG. die Amtsgerichte und Notare zuständig. Das gleiche ist für die Aufsichtsbehörden anzunehmen. Für diese Bescheinigung ist also der Regierungspräsident und der Oberpräsident, nicht aber auch der Bürgermeister zuständig. b) HessRspr. **13** 119 (LG. Mainz). Der mit der Vertretung einer Sparkasse beauftragte Bürgermeister oder Beigeordnete kann sich im Grundbuchverkehre durch einen Spezialbevollmächtigten vertreten lassen, wenn die Vertretung nicht in der Satzung ausdrücklich ausgeschlossen ist. c) OLG. **24** 242 (KG.). Rechtspersönlichkeit einer gemeinrechtlichen Sparkasse.

3. Urkunden der Gemeinden. a) **RG.** JW. **12** 925, WarnE. **12** 512, R. **12** 531. Grundsätzlich hält der erk. Sen. an der von ihm in Übereinstimmung mit dem II., V., VI. und VII. Zivilsen. des RG. ausgesprochenen Rechtsauffassung fest, daß ein Rechtsgeschäft, durch welches eine Landgemeinde einem Dritten gegenüber verpflichtet werden soll, der im § 88 LandgemO. bestimmten Form nicht nur dann bedarf, wenn darüber eine Urkunde errichtet wird, sondern daß ein solches Rechtsgeschäft überhaupt nur in dieser Form zustande kommen kann. Für eine Anwendung dieser grundsätzlichen Auffassung mag da kein Raum sein, wo es sich um die laufenden Geschäfte der Verwaltung handelt, die eines besonderen Beschlusses der Gemeindevertretung nicht bedürfen (vgl. Urt. d. VI. Zivilsen. vom 11. November 1911, JW. **12** 96 Nr. 53). Eine solche Einschränkung des Grundsatzes beseitigt die Bedenken, welche gegen die Zweckmäßigkeit und tatsächliche Durchführbarkeit der von dem RG. vertretenen Rechtsauffassung erhoben worden sind. Ob nicht auch sonst noch eine besondere Lage des Falles eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Auffassung rechtfertigen könnte, kann dahingestellt bleiben. b) **RG.** WarnE. **12** 157, GruchotsBeitr. **56** 623, R. **12** 62. Gerade, um einer Überschreitung oder einem Mißbrauche der Vertretungsmacht durch den Gemeindevorsteher vorzubeugen oder zu begegnen, hat das Gesetz zum Schutze der Gemeinden die Gültigkeit wichtigerer Rechtshandlungen des Gemeindevorstehers von der

Einhaltung bestimmter Förmlichkeiten auch nach außen abhängig gemacht. Im § 88 Abs. 4 Ziff. 7 ist vorgeschrieben, daß Urkunden über Rechtsgeschäfte, die die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses ... von dem Gemeindevorsteher und einem Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein müssen. Der erk. Sen. schließt sich der Rechtsprechung des II., III., V. und VII. Zivilsen. des RG. an, daß diese Förmlichkeiten nicht nur dann, wenn Urkunden über Rechtsgeschäfte der bezeichneten Art errichtet werden, sondern bei Vornahme solcher Rechtsgeschäfte überhaupt zu beobachten sind (JW. **05** 446, **RG. 64** 409, **67** 269, **68** 407, **73** 205). **c**) SchlHolstAnz. **12** 277 (Kiel). Die unter Nichtbeobachtung der Vorschriften des § 88 LandgemO. für die Provinz Schleswig-Holstein errichteten Vertragsurkunden sind nichtig. Eine Bestätigung eines solchen nichtigen Vertrags kann nur durch neue Errichtung unter Beobachtung der vorgeschriebenen Form erfolgen. **d**) Die Entsch. des **RG.** JDR. **10** zu § 29 Ziff. V 3 a auch Gruchots Beitr. **56** 385. **e**) **RG.** R. **12** 644, WarnE. **12** 512. Eine Willenserklärung, durch welche Verpflichtungen für eine Stadtgemeinde übernommen werden, kann nur in der durch § 56 Ziff. 8 StädteO. vorgeschriebenen Form oder durch einen mit dieser Formvorschrift entsprechenden Vollmacht versehenen Vertreter rechtswirksam abgegeben werden. Die Beobachtung der Vorschrift des § 56 Ziff. 8 — wenn auch vielleicht derart, daß an die Stelle der Unterschrift eines Magistratsmitglieds auch die eines dem Magistrate nicht angehörenden Deputationsmitglieds treten kann — ist auch in den Fällen geboten, in denen eine der zur dauernden Verwaltung einzelner Geschäftszweige oder zur Erledigung vorübergehender Aufträge eingesetzte besondere Deputation (§ 59 StädteO.) für die Stadtgemeinde handelt. Es geht nicht an, diesen dem Magistrat untergeordneten Verwaltungsbehörden und ihren Mitgliedern größere Befugnisse zuzuerkennen, als dem Magistrat und dessen Mitgliedern selbst.

4. Urkunden der Reichsbank. Dalchow, HirthsAnn. **12** 288 ff., 423 ff. (295): Es sind in der Literatur Zweifel über die Art der Rechtspersönlichkeit der Reichsbank entstanden, und zwar lassen sich die verschiedenen Meinungen vorwiegend in zwei Gruppen zusammenfassen, von denen die eine die Reichsbank als eine juristische Person des öffentlichen Rechtes, die andere als solche des Privatrechts ansieht. Ersterenfalls würde die Reichsbank jenen Normen unterliegen, die die Rechtsverhältnisse der physischen und juristischen Persönlichkeiten als Angehörige eines Staatswesens, sowie des Staates selbst regeln, während sie im letzteren Falle im Gebiete derjenigen Rechtsbeziehungen zu suchen wäre, die nur die Persönlichkeiten als Einzelwesen betreffen.... (303): Die Reichsbank ist keine Aktiengesellschaft. Mit Geschick hat der Gesetzgeber daher auch die Ausdrücke „Aktien" und „Aktionäre" vermieden und hierfür die abweichende Bezeichnung „Anteile" und „Anteilseigner" gewählt.

5. Urkunden von Behörden in eigenen Angelegenheiten. KGJ. **42** 1 (KG.). Eine allgemeine Vorschrift darüber, daß und inwieweit eine Behörde zur Ausstellung von Urkunden in eigenen Angelegenheiten zuständig ist, ist nicht vorhanden. Ein Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage ergibt sich aber aus Art. 9 PrAGGBO. Dieser bezieht sich nur auf „Erklärungen und Ersuchen" einer Behörde, also, wie auch die Begründung (17) ergibt, auf Urkunden der im § 29 Satz 1 GBO. bezeichneten Art. Handelt es sich um eine unter § 29 Satz 2 GBO. fallende Urkunde, so ist daraus, daß der Art. 9 AGGBO. für solche Urkunden keine Formvorschrift gibt, zu entnehmen, daß von der Behörde selbst ausgestellte Urkunden dieser Art in der Regel für den Grundbuchverkehr nicht in Frage kommen. Die Statuten einer Behörde können daher nur von der Aufsichtsbehörde beglaubigt werden (KGJ. **3** 101, **11** 141, auch KGJ. **30** A 168 oben, Ober-

neck, GBR. [4] II, 511, Fuchs-Arnheim, GBR. II § 29 GBO. Anm. 73; aM. Güthe, GBO. [2] § 29 Anm. 36).

6. Urkunden der Standesherren. Keller, DJZ. 12 86. Das Siegelrecht der Standesherren.

IV. Offenkundigkeit. 1. BayObLG. **12** 706, R. **12** Nr. 285 (BayObLG.). Bei dem Grundbuchamt offenkundig im Sinne des § 29 GBO. ist eine nicht gemeinkundige Tatsache nur dann, wenn der jeweils entscheidende Richter die Kenntnis von ihrer Wahrheit besitzt. Dadurch, daß der Notar die Vertretungsbefugnis des Erklärenden in der Unterschriftsbeglaubigung als amtsbekannt bezeichnet, ist diese noch nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig, dem die Erklärung vorgelegt wird. Die Vertretungsbefugnis einer Person ist bei dem Grundbuchamt auch nicht deshalb offenkundig geworden, weil sie in früheren Fällen als nachgewiesen erachtet wurde.

2. OLG. **24** 89, KGJ. **42** 188 (KG.). Nach § 29 Satz 2 bedürfen diejenigen Tatsachen keines Nachweises durch öffentliche Urkunden, die bei dem Grundbuchamt (Beschwerdegericht) offenkundig sind, und nach einem wiederholt ausgesprochenen Grundsatze sind der Offenkundigkeit einer Tatsache die Fälle gleichzustellen, in denen das Nichtvorhandensein der Tatsache durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird (**RG. 69** 260, KGJ. **38** A 223, **40** 181). Um einen Fall der letztbezeichneten Art handelt es sich auch dann, wenn es neben der landesherrlichen Genehmigung auch der des Oberkirchenrats bedarf und nach den bestehenden Verwaltungsgrundsätzen die Genehmigung des Landesherrn nicht ohne die vorgängige Genehmigung des Oberkirchenrats erteilt werden kann.

3. R. **12** Nr. 2722 b (Colmar). Daß die Eigenschaft eines Antragstellers als Erbe bei dem Grundbuchamt offenkundig geworden, ist dadurch allein noch nicht festgestellt, daß die Nachlaßabteilung desselben Gerichts jenem Antragsteller einen Erbschein ausgestellt hat.

§ 30. BayObLG. **13** 149. Der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung einer Erbengemeinschaft und die Vollmacht zum Antrag unterliegen dem Formzwange des § 29 GBO., wenn der Antrag gleichzeitig die Zustimmung zur Eintragung nach § 22 Abs. 2 GBO. enthält.

§ 31. **RG. 78** 157, SchlHolstAnz. **12** 60. Die Annahme, die reichsgesetzliche Stempelbefreiung trete ein, sofern nur überhaupt das Rechtsgeschäft durch die Annahme des Antrags zum Abschlusse gelange, verkennt die Bedeutung des § 31. Von der durch die Beurkundung der Vollmacht in dem Antrage fällig gewordenen Stempelabgabe kann nicht dadurch, daß der Antrag zu irgendeiner späteren Zeit angenommen wird, Befreiung erfolgen.

§ 32. 1. MecklZ. **31** 57, OLG. **25** 381 (Rostock). Die im Interesse der Rechtssicherheit — vgl. D. zur GBO. 45 — getroffene Bestimmung des § 32, wonach Erklärungen, durch die ein Eintragungsantrag zurückgenommen wird, der im § 29 Satz 1 vorgeschriebenen Form bedürfen, bezieht sich nach ihrem Zwecke und Wortlaute, wie allgemein anerkannt ist, auf Eintragungsanträge jeder Art, insbesondere auf die nach § 30 ohne die Form des § 29 gestellten.

2. KGBl. **12** 97 (LG. Frankfurt a. O.). Die Zurücknahme des Antrags auf Vornahme einer grundbuchlichen Eintragung durch den antragstellenden Notar bedarf keiner Beglaubigung, wenn die Zurücknahmeerklärung vor oder gleichzeitig mit dem Eintragungsantrage dem Grundbuchamte vorgelegt wird.

3. Meikel, BayNotZ. **13** 291. Die Erklärung des Notars, durch die ein Eintragungsantrag zurückgenommen wird, bedarf der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Form. Der Vorschrift des § 29 GBO. ist aber Genüge geschehen, wenn der Notar seiner Unterschrift sein Siegel beidrückt.

4. Bourier, BayNotZ. **13** 230 (239). Auch die Antragszurücknahme durch den Notar bedarf der Form des § 29 GBO. Dagegen ist es nicht richtig, wenn behauptet wird, daß der Notar, um diese Form zu erfüllen, seine schriftliche Erklärung von einem anderen Notar beglaubigen lassen oder seine Erklärung zu Protokoll des Grundbuchbeamten, dem er „persönlich bekannt" ist, abgeben muß. Ein solcher Zustand kann doch kaum Rechtens sein. Vielmehr erfüllt die schriftliche, mit dem Amtssiegel versehene Erklärung des Notars alle Voraussetzungen einer öffentlichen Urkunde. Der Notar gibt sie nicht als privater Bevollmächtigter, wenn schon „im Namen" der Partei ab, sondern in amtlicher Eigenschaft kraft gesetzlicher, an die Amtseigenschaft gebundener Vertretungsbefugnis.

5. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 211, 197. Die Zurücknahme kann nur der Antragsteller in beglaubigter Form erklären. Als solche sind anzusehen, wer den Antrag gestellt, wer die Urkunden eingereicht hat oder der, für den diese eingereicht sind. Also entweder der Eigentümer oder Gläubiger oder Notar oder zwei von ihnen oder sie alle. Die Antragstellung hat nur prozessuale Bedeutung. Die Rückgabe der Urkunden erfolgt an den, von welchem oder für den sie eingereicht sind.

§ 33. 1. KGJ. **41** 175 (KG.). Das Grundbuchamt darf eine Willenserklärung des Prokuristen nicht deshalb beanstanden, weil die Firma nicht in der durch § 51 HGB. vorgeschriebenen Art gezeichnet ist. Es genügt, wenn in der durch § 29 GBO. bestimmten Form nachgewiesen wird, daß der Prokurist die Erklärung für die Firma abgegeben und hierbei in den Grenzen seiner Vertretungsmacht gehandelt hat.

2. KGJ. **41** 75 (KG.). Der Testamentsvollstrecker, der in der Verwaltung des Nachlasses nicht beschränkt ist, kann für das zu dem Nachlasse gehörige Handelsgeschäft Prokura erteilen.

§ 34. HessRspr. **13** 246 (LG. Mainz). Es ist an und für sich richtig, daß der Grundbuchrichter im allgemeinen nicht verpflichtet ist, den Nachweis des Bestehens einer behaupteten Gütergemeinschaft zu verlangen, wohl ist er aber hierzu berechtigt, wenn begründete Zweifel bestehen.

§ 35. BayObLG. **13** 149. Es ist nicht angängig, bezüglich der Grundlagen für eine Eintragung auf die Akten eines anderen Gerichts als desjenigen zu verweisen, bei dem das Grundbuch geführt wird.

§ 36. I. Erbschein und Verfügung von Todes wegen. 1. KGJ. **42** 136 (KG.). Läßt sich, abgesehen von einem Falle nach § 2073 BGB., die Persönlichkeit des nach gewissen Merkmalen bezeichneten eingesetzten Erben nicht feststellen, so ist zwar das Testament an sich gültig, es kann auch nicht ein Aufgebot zum Zwecke der Todeserklärung ergehen; das Nachlaßgericht hat jedoch nach fruchtloser Anstellung ausreichender Ermittlungen die Erbeinsetzung als wirkungslos anzusehen und dem gesetzlichen Erben auf Antrag den Erbschein zu erteilen.

2. ElsLothNotZ. **12** 251 (Colmar). Wenn in einem öffentlichen Testamente die Erben nicht namentlich genau bezeichnet sind, kann der Grundbuchrichter zu ihrer Feststellung einen Erbschein verlangen.

3. KGJ. **42** 224, RJA. **11** 280, OLG. **23** 338, R. **12** Nr. 2724 (KG.). Sind in einem Testamente die in einem bestimmten künftigen Zeitpunkte vorhandenen Abkömmlinge einer Person, insbesondere die zur Zeit des Todes des Vorerben vorhandenen Abkömmlinge des Vorerben, ohne nähere Bezeichnung als Nacherben eingesetzt, so sind in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbschein etwa schon lebende Abkömmlinge nicht mit Namen aufzuführen und bedarf es während der Dauer der Vorerbschaft zur Eintragung des Rechtes der Nacherben der Vorlegung eines Erbscheins nicht, soweit dieser nur zum Nachweise der Person der Nacherben erforderlich sein würde.

4. ElsLothNotZ. **12** 118, ElsLothJZ. **12** 263 (Colmar). Eine entfernte abstrakte Möglichkeit des Widerrufs berechtigt nach § 36 GBO. den Grundbuchrichter keineswegs zu seinem Verlangen auf Vorlage des Erbscheins; ein solches Verlangen darf vielmehr nur dann gestellt werden, wenn bestimmte Tatsachen zur Kenntnis des Grundbuchrichters gelangt sind, welche im konkreten Falle das Erbrecht in Frage stellen. S. JDR. **10** zu § 36 GBO. Ziff. I 2.

5. KGJ. **41** 90 (KG.). Ein gemeinschaftlicher Erbschein kann nur über die Erbfolge in den ganzen Nachlaß ausgestellt werden, muß also die Erbteile sämtlicher Miterben umfassen. Die Erteilung eines einzigen Erbscheins für mehrere zu einem einzelnen Erbstrange gehörende Miterben ist zulässig. Ein derartiges Zeugnis hat jedoch nicht die Natur eines gemeinschaftlichen Erbscheins, stellt sich vielmehr nur als äußere Zusammenfassung mehrerer Einzelerbscheine dar; es kann nur auf den Antrag aller darin genannten Erben erteilt werden.

6. KGJ. **42** 128 (KG.). Hinterläßt der Erblasser als gesetzliche Erben Abkömmlinge und eine schwangere Witwe, so ist die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins unzulässig. Dagegen können neben einem Teilerbscheine für die Witwe auch Teilerbscheine für die Abkömmlinge erteilt werden. In diesen ist statt der Angabe der Größe des Erbteils zu bezeugen, daß der Erbteil des Abkömmlinges noch unbestimmt sei, weil infolge einer Schwangerschaft der Witwe noch Personen geboren werden könnten, die neben den Abkömmlingen zu gleichen Teilen erbberechtigt sein würden. Diese Teilerbscheine sind nach der Niederkunft der Witwe einzuziehen. Das Nachlaßgericht hat auf rechtzeitige Einziehung bedacht zu sein.

7. Josef, ZBlFG. **13** 345 (354). Die Vorschrift des § 16 Abs. 1, wonach Verfügungen mit der Bekanntmachung wirksam werden, hat zur Folge, daß eine nicht bekanntgemachte Verfügung rechtliche Wirkungen nicht begründet, sondern nur als eine Ankündigung der beabsichtigten Rechtsänderung gilt. Daher genügt ein Erbschein, dessen Erteilung zwar angeordnet, aber unterblieben ist, nicht zum Nachweise des Erbrechts im Sinne des § 36 GBO.

8. S. zunächst JDR. **10** zu § 36 GBO. Ziff. I 3. **a)** KGJ. **41** 162 (KG.). Hat der Erblasser eine für seine Erben wirksame Auflassungsvollmacht erteilt, so ist zur Eintragung des Eigentumsüberganges auf Grund der durch den Bevollmächtigten erklärten Auflassung der Nachweis der Erbfolge durch Erbschein oder Verfügung von Todes wegen und, falls ein Miterbe minderjährig ist, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Ebenso KG. in KGJ. **41** 174. **b)** OLG. **25** 381 (KG.). Wie im Beschlusse vom 10. Oktober 1910 (KGJ. **41** 162) und in einer Reihe weiterer Beschlüsse ausgeführt ist, muß ein Bevollmächtigter, der ein vom Vollmachtgeber verkauftes Grundstück nach dem Tode des Vollmachtgebers auf Grund einer von diesem ihm erteilten über den Tod hinaus wirkenden Vollmacht an den Erwerber auflassen will, die Namen der Erben angeben und die Erbfolge gemäß § 36 nachweisen, sowie, wenn minderjährige Erben da sind, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beschaffen. An dieser Ansicht, die darauf beruht, daß die Vollmacht nur schuldrechtliche, nicht aber, wie das Vollstreckeramt, erbrechtliche Wirkungen hat, ist festzuhalten. **c)** Die Entsch. des KG. JDR. **10** zu § 36 Ziff. I 3 a GBO. auch OLG. **24** 88.

9. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1010. Die Ortsbezeichnung braucht im Testamente nicht durch eine besondere Angabe zu erfolgen. Aus dem Umstande, daß der § 2241 BGB. unter drei verschiedenen Nummern die verschiedenen Bestandteile unterscheidet, die das Protokoll notwendig enthalten muß, darunter unter Nr. 1 den Ort und Tag der Verhandlung, ist nicht eine neue Formvorschrift des Inhalts herzuleiten, daß die Bezeichnung des Ortes der Verhandlung von den beiden anderen Bestandteilen des Protokolls getrennt gehalten werden müsse, daß sie insbesondere

nicht mit der Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen verbunden werden dürfe — welche Verbindung übrigens in der Praxis sehr häufig vorgenommen wird — und daß es nicht genüge, wenn die Bezeichnung des Ortes nur aus den vom Erblasser abgegebenen Erklärungen erhellt. Keinerlei Vorschrift ist vom Gesetze darüber gegeben, an welcher Stelle des Protokolls die Ortsbezeichnung sich befinden muß und in welcher Weise die Bezeichnung zu erfolgen hat. § 2441 erfordert nur, daß das Protokoll den Ort der Verhandlung enthalten muß. Aus dem Protokolle muß allerdings, da es sich um eine Formvorschrift handelt, hervorgehen, daß die Formvorschrift beobachtet ist. Es darf nicht erst eine Beweisaufnahme nötig sein, um den Sinn der die Ortsbezeichnung enthaltenden Angabe klarzustellen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß zum Verständnisse der Angabe eine weitere im Protokoll enthaltene Angabe herangezogen wird. Auf diesen Standpunkt hat sich der erk. Sen. bereits in dem Urt. vom 20. April 1911, JW. **11** 589 Nr. 36, WarnE. **11** Nr. 336, und in dem Urt. vom 14. Dezember 1911, IV. 138/11 gestellt. **b)** KGJ. **41** 81 (KG.). Eine ausreichende Bezeichnung der bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen durch eine im Texte des Protokolls enthaltene Bezugnahme auf die Unterschriften kann unter Umständen auch dann angenommen werden, wenn im Texte des Protokolls oder seitwärts am Eingange nur das Gericht bezeichnet ist, vor dem die Testamentserrichtung stattgefunden hat.

10. R. **12** Nr. 2722 a (Colmar). Das Grundbuchamt braucht nicht von Amts wegen aus den Nachlaßakten des Amtsgerichts, zu dem es gehört, Ermittelungen darüber anzustellen, ob die Eintragungsantragsteller, die die Auflassung erklärt haben, die Erben desjenigen sind, zu dessen Nachlasse die aufgelassenen Grundstücke gehören.

II. Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft. 1. KGJ. **41** 52 (KG.). Ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ist auch dann zu erteilen, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch den Tod des überlebenden Ehegatten aufgehoben ist und vor der Auseinandersetzung über einen zum Gesamtgute gehörenden Gegenstand, insbesondere ein Grundstück oder ein im Grundbuch eingetragenes Recht, verfügt werden soll.

2. Schultz, DNotV. **12** 208. Das Zeugnis über Fortsetzung der Gütergemeinschaft.

III. Testamentsvollstreckerzeugnis. 1. KGJ. **42** 219, RJA. **12** 63 (KG.). Ein Testamentsvollstrecker, der die Umschreibung einer den Erben abgetretenen Hypothek auf diese beantragt oder gegen die Ablehnung eines solchen Antrags Beschwerde führt, muß sich zum Nachweise seiner Antrags- oder Beschwerdeberechtigung gemäß § 36 Abs. 2 GBO. legitimieren.

2. KGJ. **42** 219, RJA. **12** 63 (KG.). Das Grundbuchamt und das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht haben nach einem in der Rechtsprechung des KG. zunächst für den Erbschein entwickelten, aber auch für das Testamentsvollstreckerzeugnis feststehenden Grundsatze lediglich den Inhalt des Zeugnisses zu berücksichtigen und sind nicht berechtigt, kraft eigener, dem Inhalte des Zeugnisses widersprechender Auslegung des Testaments das Zeugnis zum Nachweis einer wirksam gewordenen Ernennung des Testamentsvollstreckers für ungenügend zu erklären (KGJ. **34** A 227, **37** A 249, 253). . . . Enthält ein Testamentsvollstreckerzeugnis aber neben der Bescheinigung der Ernennung zum Testamentsvollstrecker die einschlägige Testamentsbestimmung und ergibt sich aus dieser die Nichtigkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung, so ist das Zeugnis zur Legitimation des angeblichen Vollstreckers im Grundbuchverkehre nicht geeignet. Eine letztwillige Verfügung des Inhalts, daß eine bestimmte Person Testamentsvollstrecker sein solle, wenn ein Dritter die Ernennung eines Testamentsvollstreckers verlangen sollte, ist nichtig.

§ 37. 1. OLG. **25** 381 (KG.). § 37 greift nur Platz, wenn der Erblasser n a c h 1899 gestorben ist. Das folgt außer der allgemeinen Vorschrift des Art. 213 EGBGB. auch noch daraus, daß nach § 37 Abs. 2 das Zeugnis des § 37 nur ausgestellt werden darf, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins vorliegen, ein Erbschein aber nur erteilt werden kann, wenn der Erblasser unter dem neuen Rechte gestorben ist.

2. BadNotZ. **12** 164 (LG. Konstanz). Der Grundbuchbeamte ist berechtigt, ein nachlaßgerichtliches Zeugnis zu beanstanden, wenn ihm Tatsachen bekannt sind, die der Richtigkeit des Zeugnisses entgegenstehen.

§ 39. I. A l l g e m e i n e s. 1. RheinA. **109** 176 (Cöln). Im Falle des § 39 GBO. hat sich die Prüfung des Grundbuchrichters auf die Ermittelung der Z u s t ä n d i g k e i t der ersuchenden Behörde zu erstrecken. Der Grundbuchrichter hat einem behördlichen Ersuchen gegenüber zunächst festzustellen, ob der betreffenden Behörde überhaupt das Recht beigelegt ist, eine Änderung des Grundbuchinhalts herbeizuführen. . . . Für die sachliche Richtigkeit ihrer Eintragungsersuchen tragen die Generalkommissionen allein die Verantwortung. Der Grundbuchrichter darf nach dieser Richtung hin die Ersuchen nicht beanstanden, es steht ihm vielmehr nur zu, f o r m a l e, aus dem Grundbuche sich ergebende Anstände zu erheben (vgl. T u r n a u - F ö r s t e r II, 708b; H o l z a p f e l, Das Grundbuchrecht [1906] 6 Ziff. 1).

2. BayObLG. **12** 548. Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob derjenige, der die Eintragungsbewilligung erteilt hat, zur Erklärung befugt war, und wenn der Eintragungsantrag von einer Behörde gestellt ist, ob die Behörde zur Stellung des Antrags nach dem Gesetze z u s t ä n d i g ist.

3. Die Entsch. des BayObLG. JDR. **10** zu § 39 Ziff. I 1 auch SeuffBl. **12** 48.

II. E r s u c h e n d e s V o l l s t r e c k u n g s g e r i c h t s. 1. BadRpr. **12** 207 (Karlsruhe). Auch d e r Ersteher, der zur Zeit der Erteilung des Zuschlags bereits Eigentümer des Grundstücks war, erlangt durch den Zuschlag ein neues Eigentum auf anderer Grundlage wie bisher und ist auf Grund des Zuschlagsbeschlusses von n e u e m als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen.

2. BadRpr. **12** 207 (Karlsruhe). Die Verletzung der Vorschrift des § 130 Abs. 3 ZVG. hat die Richtigkeit der im Widerspruche mit ihr erfolgten Eintragung n i c h t zur Folge.

3. KGJ. **42** 207 (KG.). Das W i e d e r k a u f s r e c h t b e i R e n t e n - g ü t e r n ist ein privatrechtliches dingliches Recht. Es kann daher nach den Bestimmungen des ZVG. durch den Zuschlag auch dann erlöschen, wenn der Preußische Staat der Berechtigte ist. Das Vollstreckungsgericht ist also im Falle des Erlöschens zuständig, das Grundbuchamt um die Löschung des Rechtes zu ersuchen.

III. E r s u c h e n d e r E n t e i g n u n g s b e h ö r d e. 1. KGJ. **41** 188 (KG.). N e b e n der Amtsbefugnis der Enteignungsbehörde, das Grundbuchamt um die Eintragung der Enteignung zu ersuchen, besteht k e i n e Befugnis des Unternehmers, die Berichtigung des Grundbuchs selbst durch einen Antrag bei dem Grundbuchamte zu betreiben.

2. Die Entsch. des KG. in JDR. **10** zu § 39 Ziff. II auch KGJ. **41** 194.

IV. E r s u c h e n d e r G e n e r a l k o m m i s s i o n. 1. DJZ. **12** 284, KGJ. **42** 202 (KG.). Ob d i e A n e r b e n g u t s e i g e n s c h a f t, die auf Grund des § 1 G. vom 8. Juni 1896 (GS. 124) auf dem Blatte eines Renten- oder Ansiedlungsguts eingetragen worden ist, ein Recht im Sinne der §§ 44, 52, 59, 91 ZVG. darstellt, ist zweifelhaft, bedarf aber keiner Entscheidung. Denn diese Vorschriften sind deswegen nicht anwendbar, weil das Gesetz vom 8. Juni 1896 durch den § 5 Satz 2: „Die Löschung erfolgt auf Ersuchen der Generalkommission" von dem Vorbehalte des § 2 Abs. 1 EGZVG. mit Art. 64 EGBGB. Gebrauch gemacht hat. Dadurch,

daß zu dem Löschungsersuchen nur die Generalkommission für zuständig erklärt ist, und dadurch daß nach § 5 Satz 3 daselbst die Löschung nur dann nachzusuchen ist, wenn das Gut die wirtschaftliche Selbständigkeit verloren hat oder deren Aufrechterhaltung überwiegende gemeinwirtschaftliche Interessen entgegenstehen, ist zum Ausdrucke gebracht, daß eine andere Behörde, die nicht dazu berufen ist, die wirtschaftliche Selbständigkeit des Gutes nachzuprüfen, um die Löschung der Anerbenguteigenschaft nicht ersuchen darf. Die Anerbenguteigenschaft erlischt daher auch dann nicht durch den Zuschlag, wenn sie außerhalb des geringsten Gebots steht.

2. Die Entsch. des KG. in IDR. **10** zu § 39 Ziff. IV 3 auch KGJ. **41** 185.

3. *Lederle, BadNotZ. **12** 10—15. Bei der Zusammenlegung von Grundstücken braucht die Ersatzliegenschaft im Sinne der §§ 13 ff. BadFeldbereinigungsG. nicht ein von der ursprünglichen Liegenschaft verschiedenes Grundstück sein, sondern kann in größerem oder kleinerem Umfange mit ihr identisch sein, wie z. B. in dem Falle, daß nur ein Teil des Grundstücks zur Anlage eines Feldwegs oder dergl. abgetreten wird. Die auf dem ursprünglichen Grundstücke ruhenden Lasten gehen auf den „Ersatz" über und beschränken sich auf ihn. Die abgetretenen Wegestücke werden daher lastenfrei.

§ 40. 1. KGJ. **41** 234, RJA. **11** 292 (KG.). Während die Abtretung der Buchhypothek die Erteilung einer Abtretungserklärung und die Eintragung im Grundbuche verlangt (§ 1154 Abs. 3 mit § 873 Abs. 1 BGB.), ist zur Abtretung einer Briefhypothek die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und die Übergabe des Briefes erforderlich (§ 1154 Abs. 1 BGB.). Wenn also die Anwendung des § 185 Abs. 1 BGB. auf Buchhypotheken vorausgesetzt, daß nur die Erteilung der Abtretungserklärung, nicht aber die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist, so entspricht diesem Tatbestande bei der Briefhypothek der Fall, daß nur die Abtretungserklärung erteilt, nicht aber der Brief übergeben worden ist. Allerdings besteht zwischen den beiden Fällen ein Unterschied. In dem Falle der Buchhypothek hängt es, wenn dem Erwerber, wie das RG. voraussetzt, von dem bisherigen Gläubiger eine Umschreibungsbewilligung ausgehändigt worden ist, lediglich von dem Willen des Erwerbers ab, den Rechtserwerb zu vollenden; er braucht nur die Umschreibungsbewilligung dem Grundbuchamt einzureichen und gleichzeitig den Umschreibungsantrag zu stellen. In dem Falle der Briefhypothek besteht dagegen der zu dem Rechtserwerbe noch fehlende Akt in einer von dem Willen des Abtretenden abhängigen Handlung, der Briefübergabe. Dieser Umstand steht indes einer Anwendung des § 185 Abs. 1 BGB. auf die Briefhypothek nicht grundsätzlich entgegen. Es ist vielmehr nur für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob in der bloßen Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung eine Einwilligung des Hypothekengläubigers in eine Verfügung des nicht berechtigten Zessionars zu erblicken ist. Für diejenigen die Regel bildenden Fälle, in denen der Abtretende den Hypothekenbrief besitzt, wird diese Frage zu verneinen sein, wenn nicht besondere Umstände die gegenteilige Annahme rechtfertigen. Denn daraus, daß der Abtretende den Brief zurückbehält, wird im allgemeinen der Schluß zu ziehen sein, daß er mit einer Verfügung des Zessionars über die Hypothek nicht einverstanden ist. Wenigstens wird für den formellen Grundbuchverkehr mit der Möglichkeit einer solchen Rechtslage zu rechnen sein. Anders liegt der Fall aber dann, wenn der Abtretende den Brief selbst nicht besitzt. In diesem Falle wird, wenn nicht das Gegenteil erhellt, anzunehmen sein, daß der Abtretende mit der Aushändigung der Abtretungserklärung an den Zessionar diesem die Einwilligung zur Verfügung über die Hypothek erteilt. Gar keinem Bedenken unterliegt diese Auffassung in einem Falle, wo Gegenstand der Abtretung Amortisationsbeiträge sind, die bei einem Verkaufe des Grundstücks von dem Verkäufer an den Käufer abgetreten und durch den Kaufpreis mit abgegolten werden. . . . Das durch die Einwilligung des Hypothekengläubigers

dem Nichtberechtigten eingeräumte Recht, über die Hypothek zu verfügen, ist mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung übertragbar.

2. ZBlFG. **13** 416 (KG.). Die Verlautbarung einer von dem Manne bestellten Hypothek an dem nur auf seinen Namen eingetragenen gütergemeinschaftlichen Grundstücke der Eheleute erfordert die vorherige Berichtigung des Grundbuchs durch Miteintragung der Frau.

3. ElsLothNotZ. **12** 7, OLG. **24** 38 (Colmar). Sind als Eigentümer des belasteten Grundstücks in Fahrnisgemeinschaft verheiratete Ehegatten eingetragen, so muß, wenn inzwischen von diesen Gütertrennung vereinbart ist, dies vor der Löschung der Hypothek im Grundbuch ersichtlich gemacht sein, zu der die Eigentümer ihre Zustimmung zu geben haben.

4. SchlHolstAnz. **12** 366 (LG. Kiel). Die Regel des § 40 GBO. erleidet, wie das KG. in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, insofern eine Ausnahme, daß es bei der Eintragung eines Rechtes an einer Eigentümerhypothek der vorherigen Eintragung des Eigentümerhypothekars dann nicht bedarf, wenn die Entstehung der Eigentümerhypothek urkundlich nachgewiesen ist (vgl. KGJ. **22** A 172, **23** D 28, **28** A 137). Es wird aber in diesen Fällen ausdrücklich der Nachweis der Entstehung der Eigentümerhypothek verlangt.

5. *Mayer, GruchotsBeitr. **56** 313 ff., 521 ff. Die Pfändung einer Eigentümerhypothek darf erst eingetragen werden, nachdem die Hypothek auf den Eigentümer umgeschrieben worden ist. Die Umschreibung ist bei Höchstbetragshypotheken, wenn und solange die Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht, möglich, auch wenn die Forderung nicht endgültig festgestellt ist. Nachdem das **RG. 75** 245 ff. entgegen seiner früheren Rechtsprechung anerkannt hat, daß auch in diesem Falle eine gegenwärtige Eigentümerhypothek besteht, erscheint die Folgerung unabweislich, daß dann das Grundbuch, das nur den Gläubiger als Berechtigten bezeichnet, insoweit unrichtig ist. Das RG. aaO. läßt trotzdem die Umschreibung nicht zu, indem es sich auf die Gründe des **RG. 61** 374 beruft. Jene frühere Entscheidung beruht aber ausschließlich auf der Ansicht, bei der Höchstbetragshypothek bestehe vor Feststellung der Forderung nur eine künftige, aber keine gegenwärtige Eigentümerhypothek. Mit der Aufgabe jener Theorie sind also auch die Gründe des **RG. 61** 374 hinfällig geworden. S. auch oben den Bericht zu den §§ 830 Ziff. 3, 845 Ziff. 3 u. 857 Ziff. 3a ZPO.

§ 41. I. Vor- und Nacherbe. 1. Landauer, ZBlFG. **12** 433 ff. (441): Alle in der neueren Vorerbenrechtsprechung aufgewendeten Bemühungen laufen darauf hinaus, der Vorschrift des § 29 GBO. Gewalt anzutun, sei es, daß ihr Sinn mißdeutet oder ihre Anwendbarkeit geradezu stillschweigend oder ausdrücklich verleugnet wird. Als Mißdeutung wird man es bezeichnen dürfen, wenn das Ergebnis von Schlußfolgerungen aus den rechtlichen Merkmalen eines Grundgeschäfts und den tatsächlichen Umständen seines Abschlusses oder seiner Geltendmachung (durch einen Rechtsstreit) als bei dem Grundbuchamt offenkundig oder der Grad der Gewißheit dieses Ergebnisses als „Offenkundigkeit gleichzuachten" beurteilt wird. Denn offenkundig im Sinne des § 29 ist, wie die Gegenüberstellung mit dem, was des Nachweises durch öffentliche Urkunden bedarf, klar erkennen läßt, das was dem Grundbuchrichter aus gerichtsbekannten Vorgängen und Verhältnissen (nicht auch schon aus vorhandenen Gerichtsakten) oder aus dem, was man auch im Kreise unbeteiligter Orts-, Volks- und Zeitgenossen weiß, dergestalt bekannt ist, daß das Unternehmen, es erst durch Ermittelungen oder Ableitungen irgendwelcher Art nachweisen zu sollen, überflüssig, meist sogar ungereimt erscheinen müßte (vgl. Gaup-Stein, ZPO. § 291). Beweisregeln aber, die aus den durchschnittlichen Ergebnissen der Lebenserfahrung und Beobachtung entnommen werden, sind nichts als Beweis-

anzeigen, die zwar, wenn es möglich ist, einen Fall nach allen tatsächlichen Unterlagen und Geschehnissen allseitig zu ergründen und zu beurteilen, zu einer den Erfordernissen gerichtlicher Wahrheitsermittelung genügenden Kette von Erkenntnissen geschlossen werden können, aber dem auf öffentliche Urkunden als Erkenntnismittel beschränkten, der Möglichkeit allseitiger Sachuntersuchung beraubten Grundbuchrichter nichts nützen können, da er für urkundliche Sicherheit verantwortlich ist und sich von dieser Verantwortlichkeit nicht durch das Ergebnis noch so sorgfältiger freier Beweiswürdigung losmachen kann. Sollte aber die Rechtsprechung schließlich auch in der Frage der Verfügungsmacht des befreiten Vorerben auf den von dem KG. für den Testamentsvollstrecker aufgestellten Rechtssatz hinauskommen, daß § 29 GBO. nicht gelte, vielmehr freie Beweiswürdigung zu üben sei, so wäre dagegen folgendes einzuwenden. Die Schwierigkeiten, in die sich die Rechtsprechung seither verwickelt hat, rechtfertigen es insolange, als eine anderweitige Lösung möglich ist, nicht, eine klare und wohlbegründete Gesetzesbestimmung beiseite zu schieben. Dies um so weniger, als die Gefahr, die den Grund für diese Gesetzesbestimmung abgegeben hat, durch deren Außerachtsetzung gerade erzeugt und gefördert wird. Denn die Rechtssicherheit, für die durch das Urkundenprinzip gesorgt werden sollte, ist bei dem Bruche mit diesem Prinzip und bei Zulassung der freien Beweiswürdigung in doppelter Richtung gefährdet. Einmal ist die Gefahr, zu einem unrichtigen Ergebnisse zu gelangen, bei freier, aber in ihren Grundlagen gebundener und ohne die Hilfsmittel frei sich bewegender Untersuchung arbeitender Beweiswürdigung größer als bei unbeschränkt freier Beweiswürdigung. Sodann aber laufen die Parteien bei einem mit unvollständigem Material und ohne sichere Regeln verfahrenden Richter viel mehr Gefahr, unerwartete Entscheidungen zu bekommen, die ihnen den Eindruck von Willkür machen.... (442 ff.): Auch die Lösungsversuche Webers und du Chesnes haben versagt.... (445): Auch die Lösung Brachvogels (GruchotsBeitr. **50** 64 ff.) und Strohals (Planck, BGB. [3] Anm. 3 zu § 2136, S. 457, 460) kommt auf die Annahme eines für den Grundbuchrichter maßgebenden freien Ermessens und damit auf die Beseitigung des § 29 GBO. hinaus.... Anstatt hieraus aber zu folgern, daß die dem Vorerben zugebilligte Befreiung an den Gesetzen des Verfahrens in Grundbuchsachen scheitern muß, oder daß man dem klaren und innerlich wohlbegründeten Wortlaute dieser Gesetze zuwider freies Ermessen walten lassen dürfe, hätte man besser getan, die Frage aufzuwerfen, ob nicht die Nachweise, die man dem befreiten Vorerben glaubt auferlegen zu müssen, sowie Prüfungsrecht und Prüfungspflicht, die man dem Grundbuchrichter zuschreibt, in ungerechtfertigter Weise überspannt sind. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht zweifelhaft, sobald man sich vergegenwärtigt, daß das Grundbuchamt nicht Fürsorgebehörde, sondern Rechtsverkehrsbehörde ist.... (447): Danach hat der befreite Vorerbe im Falle der Verfügung über ein im Grundbuche zu seinen Gunsten eingetragenes Recht nur das seiner Verfügung zugrunde liegende Geschäft vorzulegen und ist, falls dieses Grundgeschäft nach Name und Art die Merkmale der Entgeltlichkeit an sich hat (was selbst bei äußerlich anscheinender Unentgeltlichkeit wie bei der Abtretung von Trennstücken zu einer Straßenanlage [KG., 5. 12. 10, DNotV. **11** 20] oder bei Freigabe von Grundstücken geringeren Wertes aus einer Gesamthypothek der Fall sein kann), seine Verfügung insolange für berechtigt zu erkennen, als dem Grundbuchrichter nicht nach den Regeln des in Grundbuchsachen geltenden Beweisrechts der Mangel der Befugnis erkennbar gemacht ist. Bloße Bedenken des Grundbuchrichters aber können zu Aberkennung der Verfügungsbefugnis nicht ausreichen. Ohne alle Gefährdung des Nacherben geht es allerdings bei diesen Prü-

fungsgrundsätzen nicht ab. Aber es ist richtiger, eine solche Gefährdung zuzulassen, als den Absichten von Gesetz und Erblasser zuwider das Recht des befreiten Vorerben illusorisch zu machen. Im übrigen fehlt es keineswegs durchaus an Schutz- und Vorbeugungsmitteln. Schon das OLG. Dresden weist in seiner in der DJZ. **06** 1348 ff. mitgeteilten Entsch. darauf hin, daß der eingetragene Nacherbe durch die Benachrichtigung, die er gemäß § 55 GBO. über eine von dem befreiten Vorerben erwirkte Eintragung erhält, wenigstens zur nachträglichen Wahrung seiner Interessen instand gesetzt wird. Es steht aber auch nichts entgegen, daß der Grundbuchrichter in umsichtiger Ausübung seines allgemeinen Frage- und Aufklärungsrechts schon vor Vollzug der von dem Vorerben bewilligten Eintragung dem Nacherben von den eingelaufenen Anträgen Kenntnis gibt und ihm so zu rechtzeitiger Verteidigung Gelegenheit verschafft. Eine solche im nobile officium des Grundbuchrichters gelegene Maßregel ist selbst da möglich, wo die Person des Nacherben noch unbestimmt ist. Der Grundbuchrichter kann sich dann an das Vormundschaftsgericht wenden, das die Aufstellung eines Pflegers gemäß § 1913 BGB. in Erwägung zu ziehen und dasjenige an rechtspolizeilicher Fürsorge vorzukehren hat, was das Amt des Vormundschaftsrichters (nicht aber auch das des Grundbuchrichters) mit sich bringt.

2. KGJ. **41** 176 (KG.). Die einseitige Erklärung eines befreiten Vorerben genügt zum Nachweise der Entgeltlichkeit der Verfügung, wenn die Richtigkeit dieser Erklärung durch andere, in der Form des § 29 GBO. nachgewiesene Umstände bestätigt wird. Derartige Umstände können darin gefunden werden, daß der Vorerbe Teilhaber einer Erbengemeinschaft ist und seine Erklärung mit derjenigen der übrigen Teilhaber übereinstimmt, die keine Vorerben, sondern Vollerben sind.

3. OLG. **24** 87 (KG.). Die Löschung des eingetragenen Nacherbenvermerkes ist dann zulässig, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist (§ 22 Abs. 1 GBO.). Ein solcher Nachweis ist als erbracht anzusehen, wenn die Auflassungserklärung der Witwe ein entgeltliches Geschäft ist. Denn da die Witwe befreite Vorerbin ihres Mannes ist und daher (§§ 2136, 2137, 2113 Abs. 2) zu allen Verfügungen über Erbschaftsgegenstände mit Ausnahme unentgeltlicher Verfügungen befugt ist, so würde durch die Übertragung des Eigentums an dem Nachlaßgrundstück auf den Antragsteller das Grundstück aus der Erbschaft ausgeschieden, der Nacherbenvermerk also gegenstandslos geworden sein, wenn die Übertragung nicht unentgeltlich vorgenommen ist. Das RG. (**RG. 65** 257, ZBlFG. 8 554) hat ausgesprochen, daß es eines in der Form des § 29 GBO. zu führenden Beweises der Unentgeltlichkeit dann nicht bedürfe, wenn diese durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen ist. Im Anschlusse hieran hat das KG. (KGJ. **38** 223, DNotV. **10** 68, DJZ. **10** 540) den zweiten Fall dann regelmäßig als vorliegend bezeichnet, wenn die Bewilligung der Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts ist. Ein solcher Fall ist auch hier gegeben. Die von der A. erklärte Eintragungsbewilligung ist allerdings zunächst nur ein Bestandteil der Auflassungsverhandlung. Da in dieser jedoch der Kaufvertrag als das der Auflassung zugrunde liegende Veräußerungsgeschäft bezeichnet ist, so ist dadurch die Beziehung der Eintragungsbewilligung zum Kaufvertrage deutlich erkennbar hergestellt. Die Eintragungsbewilligung und die Auflassungserklärung sind daher als entgeltliche Verfügungen anzusehen, wenn der ihnen zugrunde liegende Vertrag ein entgeltliches Geschäft ist. Dies ist aber als nachgewiesen anzusehen.

4. a) KGJ. **41** 180 (KG.). Die Erklärung des befreiten Vorerben, daß er eine zu dem Nachlasse gehörige Eigentümerhypothek aufgebe und deren Löschung bewillige, ist dann eine entgeltliche, wenn der Vorerbe gleichzeitig eine neue Darlehnshypothek bestellt und deren Gläubiger die Löschung der Eigentümer-

Hypothek verlangt. **b)** SchlHolstAnz. **12** 284 (KG.). Gibt der Vorerbe eine zum Nachlasse gehörige Eigentümerhypothek auf, so liegt in der Regel eine unentgeltliche Verfügung vor, so daß die Zustimmung der Nacherben erforderlich ist.

5. KGJ. **41** 176 (KG.). Die Eintragung der Vorerbin und des Nacherbenrechts (§ 52 GBO.) ist im Falle der Löschung einer Hypothek kein geeignetes Schutzmittel, da bei der Löschung alle auf sie bezüglichen Eintragungen, auch der Vermerk über das Nacherbenrecht wieder beseitigt werden würden.

6. BayNotZ. **13** 177, SeuffBl. **12** 372, BayObLG. **13** 176, ZBlFG. **13** 404, R. **12** Nr. 1494, BayRpflZ. **12** 240 (BayObLG.). Es kann unerörtert bleiben, ob, wie von dem KG. hervorgehoben wird (vgl. G ü t h e, DNotV. **11** 12 ff.), sich der Beschluß nur auf einseitige Erklärungen des Vorerben, nicht auf Erklärungen des Vorerben in zweiseitigen und insbesondere in gegenseitigen Verträgen beziehen kann. Denn das RG. selbst hat inzwischen (**RG. 69** 258) den Beschluß vom 23. Februar 1907 dahin erläutert, daß der Offenkundigkeit die Fälle gleichzustellen sind, in denen die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird. Ein Fall dieser Art ist gegeben, wenn das Grundstück i m W e g e d e r ö f f e n t l i c h e n V e r s t e i g e r u n g erworben ist und der in fünf Jahresfristen zahlbare Versteigerungspreis sofort kaufsweise an eine Genossenschaft abgetreten worden ist.

7. BayObLG. **12** 553. Das BayObLG. hat in einem Falle, in dem der befreite Vorerbe ein Nachlaßgrundstück auf Grund eines materiellen Kaufvertrags an einen Dritten aufgelassen hat, ausgesprochen, es sei weder offenkundig noch durch die Natur der Sachlage ausgeschlossen, daß eine Unentgeltlichkeit im Sinne des § 2113 Abs. 2 des BGB. nicht in Frage kommen kann. S. aber die vorhergehende Entscheidung.

8. ElsLothNotZ. **12** 119 (Colmar). Allerdings hat das KG. in Anlehnung an die Entscheidung des RG. wiederholt ausgesprochen: durch die Sachlage werde die Unentgeltlichkeit regelmäßig dann ausgeschlossen, wenn die Eintragungsbewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts ist, und so im besonderen auch dann, wenn die von dem Vorerben erklärte Auflassung eines Nachlaßgrundstücks auf einem zweiseitigen entgeltlichen Geschäfte beruht. . . . Hierin liegt aber eine deutliche Abweichung von der für die Entscheidung des RG. (**RG. 65** 217) gerade als grundlegend erscheinenden Rechtsauffassung. Das Gesetz will den Nacherben gegen beeinträchtigende Verfügungen des Vorerben besonders geschützt wissen (§ 2136 BGB., § 52 GBO.). Durch die in der Vertragsurkunde enthaltenen Erklärungen der Beteiligten werden nur die diesen selbst gegenüber für die Eintragung der Rechtsänderung erforderlichen Nachweise erbracht.

9. K o h n, JW. **12** 171. Der Ausweg, die Bescheinigung des Notars für ausreichend zu erachten, erscheint b e s o n d e r s b e d e n k l i c h. Die Praxis leidet nicht Mangel an den Fällen, in denen da, wo es darauf ankommt, einer Behörde den Nachweis der Zahlung zu führen, auf dem Tische des Notars das Geld aufgezählt und auf der Treppe zurückgegeben wird. Daher dürfte es wohl richtiger sein, anstatt den Grundsatz durch Ausnahmen bis zur Ohnmacht abzuschwächen, m i t i h m g a n z z u b r e c h e n. Um so mehr wäre dies zu befürworten, als damit dem Willen des Erblassers, den Vorerben möglichst frei zu stellen, Rechnung getragen würde; täuscht der Vorerbe sein Vertrauen, so hat dies nicht der Gesetzgeber zu verantworten.

10. OLG. **24** 84 (Breslau). Die Hypothekenbestellung des Vorerben wird, wenn der Nacherbe als Erbe des Vorerben haftet . . . . gemäß § 185 BGB. dadurch wirksam, daß die Nacherben, also die „Berechtigten" zugleich Erben des Vorerben geworden sind und für die Nachlaßverbindlichkeiten „unbeschränkt" haften.

II. Das sonstige Anwendungsgebiet des § 41. Die Entsch. des KG. in JDR. **10** zu § 41 Nr. II 2 auch KGJ. **41** 213, RJA. **11** 288 und R. **12** Nr. 2723.

§ 42. 1. DNotV. **12** 586 (KG.). Wenn das Grundbuchamt den Brief zwecks Erledigung eines anderen Eintragungsantrags in Verwahrung hat, so hat dieser Tatbestand nicht die Bedeutung einer Vorlegung. Das KG. hat in dem Beschl. vom 28. Juni 1909 (1. X. 194/09) es für nicht genügend erklärt, daß sich der Hypothekenbrief aus einer anderen Veranlassung in der Verwahrung des Grundbuchamts befindet und in einem späteren Beschl. vom 17. Januar 1910 (1. X. 439/09) die Ansicht ausgesprochen, daß das Grundbuchamt den Brief, wenn es ihn aus einer anderen Veranlassung in Verwahrung habe, höchstens dann als zu einer weiteren Eintragung vorgelegt betrachten könne, wenn dies offenbar dem Willen der Beteiligten entspricht.

2. DNotV. **12** 589 (KG.). Das KG. geht davon aus, daß einer Vorlegung des Briefes es nicht gleichstehe, wenn der Brief sich aus einer anderen Veranlassung in der Verwahrung des Grundbuchamts befindet. Von diesem Grundsatze läßt es höchstens für den Fall eine Ausnahme zu, daß die Vorlegung offenbar dem Willen der Beteiligten entspreche. Es handelt sich also um eine Ausnahme von einem sonst streng zu befolgenden formell-rechtlichen Grundsatze. Wird daher schon durch den Charakter des Satzes als einer Ausnahmevorschrift eine enge Begrenzung des Satzes gerechtfertigt, so wird diese noch weit mehr durch das Erfordernis bedingt, daß die Vorlegung offenbar dem Willen der Beteiligten entsprechen muß. Die Ausnahme darf demzufolge dann keine Anwendung finden, wenn auch nur die entfernte Möglichkeit einer anderen Auffassung gegeben ist. Mag also auch in sonstigen Fällen die Verwertbarkeit von bloßen Möglichkeiten für den Grundbuchverkehr ausscheiden, so würde es doch hier einen Widerspruch in sich selbst bedeuten, wenn nicht die Anwendung der Ausnahmevorschrift nur durch feststehende Tatsachen ausgeschlossen werden würde.

3. DNotV. **12** 590 (KG.). Rechtswirksam wird die Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 nicht schon durch ihren bloßen Abschluß (**RG. 64** 312 ff.), sondern erst dadurch, daß der Stammbrief in die Verfügungsmacht des Grundbuchamts gelangt (**RG. 66** 206, **69** 43 f.). Daß der Stammbrief zur Zeit der Einreichung der Abtretungsurkunde im Gewahrsame des Grundbuchamts ist, ist nicht ohne weiteres ausreichend. Nötig ist vielmehr noch außerdem, daß das Grundbuchamt die rechtliche Macht gehabt hat, über den Stammbrief durch Herstellung eines Teilbriefs zu verfügen. Daß dies der Auffassung des RG. entspricht, geht aus dem Worte „Verfügungsmacht" (**RG. 66** 210 oben) und aus der Gegenüberstellung von „unmittelbarem Besitz" und „Verfügungsmacht" (**RG. 69** 44 oben), sowie aus dem der Entscheidung (**RG. 66** 206) zugrunde liegenden Tatbestande deutlich hervor.

4. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 158, DNotV. **12** 235. Die Briefvorlegung durch den Antragsteller ist kein besonderer Formalakt dahin, daß der Brief zu jeder einzelnen Eintragung durch den Antragsteller besonders eingereicht werden muß. Es genügt, wenn der Brief sich schon beim Grundbuchamte befindet und aus den eingereichten Urkunden oder der Sachlage hervorgeht, daß die Benutzung des Briefes zur fraglichen Eintragung offenbar dem Willen der Beteiligten entspricht. Dies würde der Fall sein, wenn in der Eintragungsbewilligung die Aushändigung des Briefes oder von Teilbriefen und Rückgabe des Stammbriefs verlangt ist. Empfehlenswert ist, in der Urkunde unter Umständen zum Ausdrucke zu bringen, daß der Brief auch dann benutzt werden soll, wenn er schon von anderer Seite eingereicht ist oder schon in anderer Sache sich beim Grundbuchamte befindet. — Über unzulässige Beanstandung s. den Bericht zu § 18 GBO. Ziff. I 7.

5. Ricks, DNotV. **12** 687. Zur Auslegung des § 42 GBO.

6. Güthe, DNotV. **12** 585. (593): Die Erklärung des Zedenten über die Behandlung des Briefes ist eine Willenserklärung, die einen Nebenbestandteil der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO.) oder der Abtretungserklärung (§ 26 GBO.) bildet. Die Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt ist eine Tatsache, ein rechtlich bedeutsamer tatsächlicher Vorgang, der durch eine Willenserklärung des Zedenten nicht ersetzt werden kann; die Erheblichkeit dieser Tatsache ergibt sich aus § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO. Die Erklärung über die Behandlung des Briefes hat nur für den Fall praktische Bedeutung, daß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird. Mag daher diese Erklärung ihrem Inhalt und ihrer Form nach noch so zweifellos sein, sie ist praktisch wertlos, wenn dem § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO. nicht genügt ist. Die Erklärung wird demnach stets unter der selbständigen Voraussetzung abgegeben, daß das Grundbuchamt in die Lage versetzt wird, die verlangte Behandlung des Briefes vorzunehmen, daß also der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird. Fraglich aber dagegen ist, ob eine Vorlegung des Briefes auch dann als erfolgt anzusehen ist, wenn der Brief aus einer anderen Veranlassung in den Besitz des Grundbuchamts gelangt ist. Aber auch für diesen Fall ist eins zweifellos. Auch in diesem Falle muß außer der Erklärung des Zedenten über die Behandlung des Briefes die Tatsache der Briefvorlegung gegeben sein. . . . (595): Daraus ergibt sich, daß die Verschaffung der tatsächlichen Verfügungsmacht, wie sie durch die Einreichung des Briefes zum Zwecke der Vornahme einer anderen Eintragung dem Grundbuchamte verschafft wird, nicht genügt, daß diese tatsächliche Verfügungsmacht vielmehr zu einer rechtlichen verschärft werden muß. Bedeutet demnach die Tatsache, daß sich der Brief zu dem Zwecke der Vornahme einer anderen Eintragung in dem Besitze des Grundbuchamts befindet, nicht eine Vorlegung des Briefes im Sinne des § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO., so wäre die Folge hiervon streng genommen die, daß der Brief in allen Fällen zunächst zurückgegeben und alsdann wieder eingereicht wird. Um diese Folge im Interesse der leichteren Handhabung des Gesetzes abzuschwächen, hat das KG. die Ausnahme zugelassen, daß es genüge, wenn die Benutzung des Briefes offenbar dem Willen der Beteiligten entspreche. Nur von diesem Standpunkt aus kommt die Erklärung der Zedentin über die Behandlung des Briefes in Betracht. Diese Erklärung ist daher daraufhin zu prüfen, ob sich aus ihr der Wille des Zedenten ergibt, daß eine zu einem anderen Zwecke erfolgte Einreichung des Briefes als eine Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Vornahme der fraglichen Eintragung angesehen werden soll.

7. KGJ. **41** 194 (KG.). Die Anwendbarkeit des § 42, wie der §§ 43, 44 GBO., ist für Enteignungssachen zu verneinen. Denn nach §§ 82 Abs. 2, 83 GBO. in Verb. mit Artt. 3, 109 EGBGB. gelten für das Gebiet der Enteignung die Vorschriften der GBO. nur insoweit, als nicht aus dem in erster Linie maßgebenden Landesrechte, für Preußen also namentlich aus dem EnteignG. vom 11. Juni 1874, ein anderes folgt. Für die Herbeiführung der durch die Enteignung notwendig werdenden Berichtigung des Grundbuchs enthält aber, wie das KG. schon in dem Beschlusse vom 20. Juni 04 (KGJ. **28** A 105) ausführlich dargelegt hat, der § 33 EnteignG. ausschließliche Vorschriften. Ist nach § 33 EnteignG. die Enteignungsbehörde zuständig, das Grundbuchamt um die Löschung der nach § 45 das. erloschenen Hypotheken zu ersuchen, so darf die Erledigung dieses Ersuchens, beim Fehlen einer dahingehenden Vorschrift im § 33, nicht von der Vorlegung der Hypothekenbriefe abhängig gemacht werden.

§ 45. 1. SeuffA. **67** 485 (Cassel). Allerdings schreibt der Art. 6 AGGBO. vor, daß die Eintragungen ins Grundbuch vom Richter „mit Angabe des Wortlauts" verfügt werden sollen. Schon aus dieser Fassung ergibt sich, daß es nicht unbedingt erforderlich ist, den Wortlaut der Eintragung in die Verfügung aufzunehmen, daß es vielmehr genügt, wenn der

Wortlaut der Eintragung bereits vorliegt (z. B. im Protokoll, in einer früheren Verfügung oder Eintragung) und darauf in der Eintragungsverfügung Bezug genommen wird. So ist es für zulässig zu halten, daß der Richter, der den Eintragungsantrag aufnimmt, die Fassung des Eintrags im Protokolle formuliert und in der Verfügung alsdann auf diese Fassung verweist; ebenso ist es nicht zu beanstanden, wenn der Richter die Eintragung in die Tabelle selbst bewirkt und die Eintragung ins Grundbuch nach der Tabelle verfügt.

2. *v. Henle, R. **12** 77. Die Ansicht, daß als Eintragungstag im Grundbuche derjenige Tag anzugeben ist, an dem der Beamte, welcher die Eintragung einzuschreiben hatte, sie eingeschrieben hat, ist jedenfalls für diejenigen Bundesstaaten nicht zutreffend, wo weder eine förmliche Eintragungsverfügung vorgeschrieben, noch ein Grundbuchführer neben dem Grundbuchbeamten bestellt ist. Dagegen ist die Ansicht zu billigen, daß die Wirksamkeit der Eintragung nicht beeinträchtigt wird, wenn übersehen wird, sie zu datieren; die Beweislast für die Zeit der Buchung trifft aber den Berechtigten. Auch das Fehlen der Unterschrift des Grundbuchbeamten macht die Eintragung nicht unwirksam; eine vergessene Unterschrift kann von dem Beamten, der sie zu erteilen hatte, jederzeit nachgeholt werden. Läßt sich die Unterschrift des Beamten nicht mehr nachholen, so ist es richtiger, den Mangel unbehoben zu lassen, als die Eintragung nachträglich durch einen anderen Beamten (Amtsnachfolger) unterschreiben zu lassen.

§ 46. 1. BadRpr. **12** 217 (Karlsruhe). Das Rangverhältnis bestimmt sich lediglich nach der Reihenfolge der Eintragungen, nicht nach der Zeitfolge, in der die Eintragungsanträge beim Grundbuchamt eingegangen sind. Wegen Verletzung des § 46 GBO. steht dem Benachteiligten kein Berichtigungsanspruch zu. Aus der bloßen Tatsache, daß ein Recht nicht mit dem ihm nach § 46 GBO. gebührenden Range eingetragen wurde, folgt noch nicht eine ungerechtfertigte Bereicherung desjenigen, dessen Recht gemäß § 46 GBO. nach dem Rechte eines anderen einzutragen war, auf Kosten dieses anderen.

2. BadNotV. **12** 166 (Karlsruhe). Bei gleichzeitiger Eintragung einer Zwangshypothek und einer Versteigerungsanordnung ist gemäß § 46 GBO. zugleich der Rang im Eintrage zu vermerken.

3. SächsOLG. **33** 420 (Dresden). Wenn sich der Verkäufer eines Grundstücks wegen der unbezahlten Kaufgelder Hypothek an dem verkauften Grundstücke vorbehielt und demgemäß der Käufer bei der Auflassung des Grundstücks die Hypothek unter Annahme des Verkäufers bestellt, so ist damit zugleich bestimmt, daß die Hypothek an der ersten offenen Stelle und mit dem Range vor einem vom Käufer etwa noch zu bestellenden weiteren Rechte eingetragen werden soll. Die Folge ist, daß die Kaufgelderhypothek mit dem Range vor einem bestellten anderen Rechte einzutragen ist, auch wenn die Eintragungsanträge gleichzeitig beim Grundbuchamt eingehen.

4. Baumann, BadNotV. **12** 146. Wenn neben der Eintragung einer früher beantragten Hypothek auch die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerkes auf ein zeitlich späteres Ersuchen des Vollstreckungsgerichts am gleichen Tage bewirkt werden soll, so darf bei diesen Einträgen ein „Rangvermerk" nach § 46 Abs. 2 GBO. nicht gemacht werden. . . . Denn ein Rangverhältnis im Sinne des § 46 GBO. besteht zwischen den beiden Einträgen nicht.

§ 47. 1. KGJ. **42** 199 (KG.). Durch ein Unschädlichkeitszeugnis wird der abveräußerte Teil des Grundstücks nur von der Lehens-, Fideikommiß-, Erbstammguts-, oder Leiheverbandseigenschaft sowie von Reallasten, Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, nicht aber von anderen dinglichen Rechten und von Verfügungsbeschränkungen befreit.

2. Die Entsch. des KG. in JDR. **10** zu § 47 Ziff. 2 auch KGJ. **41** 199.

3. Valleman, NaumburgAK. **12** 45. Bei der Abschreibung eines selbständigen Kohlenabbaurechts hat die Mitübertragung von Rentenbank- und Domänenrenten zu unterbleiben. Eine Freigabeerklärung ist nicht erforderlich.

§ 48. I. Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses in dem Eintragungsvermerke. 1. WürttJustMin. vom 13. November 1911, WürttZ. **12** 109. Was die Hypotheken für Vater- oder Muttergutsforderungen von Kindern anlangt, so ist es unzulässig, diese Hypotheken unter einer und derselben Nummer einzutragen, da es sich hier nicht um die Bestellung einer ungeteilten Hypothek, sondern um Bestellung selbständiger Hypotheken je für verschiedene Forderungen, die je einem anderen Gläubiger zustehen, handelt (vgl. auch **RG.** 1. 3. 11, JW. **11** 404; Güthe, GBO. [2] 933). Vielmehr hat in einem solchen Falle die Eintragung für jedes Kind unter besonderer Nummer zu erfolgen; daneben ist die Ranggleichheit der Hypotheken im Grundbuche zu vermerken.

2. *v. Henle, R. **12** 77, 78. Die Zusammenfassung mehrerer gleichartiger und gleichrangiger Rechte unter einer Nummer ist nicht durchaus unzulässig, sie ergibt sich zuweilen von selbst, z. B. wenn die Hypothek im Erbweg u. dgl. zu Bruchteilen an mehrere Personen fällt.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 987. Nach dem unstreitigen Sachverhalt ist die Grundschuld auf die beiden damals noch zum Nachlasse der W.schen Eheleute gehörigen Grundstücke in Ausführung des Testaments eingetragen worden, nach dem jede der hinterbliebenen neun Enkelinnen 10 000 M. als Vermächtnis zu beanspruchen hatte. Daß durch die Zusammenfassung der neunmal 10 000 M. in eine Grundschuld eine die einzelnen Berechtigten in der Verfügung über ihre 10 000 M. beschränkende Gemeinschaft hat begründet werden sollen, ist um so weniger anzunehmen, als die Worte des Eintragungsvermerkes „für die neun Enkelinnen zu gleichen Rechten und Anteilen" das Geteiltsein der Grundschuld in neun gleiche und in gleichem Range stehende Teile deutlich genug zum Ausdrucke bringen und nicht wohl anders als dahin verstanden werden können, daß jeder der neun Enkelinnen ein solcher Teil zustehe. Übrigens ist die der Grundschuld entsprechende Leistung, die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem belasteten Grundstücke (§ 1191 BGB.), ohne Frage eine teilbare Leistung und findet deshalb auf die Grundschuld der § 420 BGB. dahin Anwendung, daß sie bei einer Mehrheit von Gläubigern dem einzelnen im Zweifel zu einem ihrer Zahl entsprechenden Teile zusteht, ohne daß es dazu erst einer Auseinandersetzung gemäß den §§ 752, 753 bedarf.

4. MecklZ. **31** 59 (Rostock). Zwar ist mit dem KG. davon auszugehen, daß regelmäßig für die Ansprüche, die mehreren Bürgen im Falle der Befriedigung des Gläubigers gegen den Schuldner zustehen, eine Sicherungshypothek zugunsten der mehreren Bürgen auf ein Grundstück des Schuldners nicht eingetragen werden kann. Denn es würde an der durch § 1115 BGB. vorgeschriebenen Bestimmtheit des Gläubigers in Beziehung zu der Forderung fehlen, weil aus dem Eintrage nicht ersichtlich sein würde, zu welchem Betrage die einzelnen Gläubiger beteiligt sind. . . . Andererseits ist es nicht ausgeschlossen, daß mehrere Bürgen in einem Gesellschaftsverhältnisse miteinander stehen oder sogar nur zu dem Zwecke eine Gesellschaft gegründet haben, um einem Dritten Kredit zu verschaffen, so daß § 48 zur Anwendung kommt.

5. MecklZ. **31** 59 (Rostock). Fehlt nur die Angabe des Gesellschaftsverhältnisses, so ist nur die Ordnungsvorschrift des § 48 GBO. verletzt; die Angabe könnte durch die Berichtigung des Grundbuchs (vgl. Güthe, GBO. [2] zu § 48 Anm. 10), da auch die Unvollständigkeit eine Unrichtigkeit enthält, nachgeholt werden, eine

Löschung des Eintrags auf Grund des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. kann hingegen nicht erfolgen.

6. Dirschen, PrVolksschulA. **11** 113 ff. Zur Auseinandersetzung zwischen Schule und Kirche bei Trennung herkömmlich vereinigter Schul- und Kirchenämter.

II. Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses in der Eintragungserklärung. SchlHolstAnz. **12** 241 (KG.). Nach § 48 GBO. sind, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, in dem Eintragungsvermerk entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen anzugeben oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis zu bezeichnen. Damit dieser Vorschrift von dem Grundbuchrichter genügt werden kann, muß die Eintragungsbewilligung eine entsprechende Angabe enthalten. Ein Nachweis der Richtigkeit dieser Angabe ist grundsätzlich nicht erforderlich. Wenn der Grundbuchrichter jedoch weiß, daß das angegebene Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Berechtigten nicht bestehen kann, so muß er den Eintragungsantrag zurückweisen. Dies folgt aus dem in ständiger Rechtsprechung von dem KG. festgehaltenen Grundsatze, daß der Grundbuchrichter berechtigt und verpflichtet ist, das Grundbuch, soweit als möglich, mit der Wirklichkeit in Einklang zu halten.

§ 52. I. Wesen des Nacherbenrechts. KGJ. **42** 228 (KG.). Das Nacherbenrecht ist ein besonders geartetes Recht an der Erbschaft, das nur erbrechtliche, nicht aber auch sachenrechtliche Wirkungen hat und infolgedessen nicht ein betagtes dingliches Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen begründet. Das Nacherbenrecht ist übertragbar und pfändbar. Die Pfändnng des Nacherbenrechts ist nur dann wirksam, wenn der Hauptanspruch, d. h. das Nacherbenrecht selbst gepfändet wird. Die alleinige Pfändung der Hilfsansprüche, d. h. der aus dem Nacherbenrechte hervorgehenden Einzelrechte, insbesondere des Herausgabeanspruchs gegen den Vorerben genügt nicht. Ist nur ein Nacherbe vorhanden, so fehlt es an einem Drittschuldner. Sind mehrere Nacherben vorhanden, so sind die anderen Nacherben Drittschuldner. Für die Hilfsansprüche ist stets ein Drittschuldner vorhanden, meistens ist es der Vorerbe. Das durch Pfändung begründete Pfandrecht an dem Nacherbenrecht ist der Eintragung in das Grundbuch fähig, weil der Vorerbe in der Verfügung über sein Recht zugunsten des Pfandgläubigers beschränkt wird. Ebenso KG., KGJ. **42** 241.

II. Anwendungsgebiet des § 52. 1. **RG.** WarnE. **12** 136, R. **12** Nr. 3252. Die Vorschrift ist auf die Nacherbschaft beschränkt und auf das Nachvermächtnis nicht ausgedehnt worden, weil das BGB. das römische Vindikationslegat (in seiner späteren Verallgemeinerung) nicht aufgenommen, dem Vermächtnisnehmer vielmehr in allen Fällen nur ein obligatorisches Recht auf die vermachten Sachen zuerteilt hat (Mot. V 208 zu §§ 1884 f. des Entw.; Güthe I, Anm. 3 zu § 52). Nur dem Nacherben hat es ein mit dinglicher Wirksamkeit versehenes, das Recht des Vorerben sachlich minderndes und bei Nichteintragung den Inhalt des Grundbuchs unrichtig machendes Recht beigelegt (Mot. zu dem mit § 52 GBO. übereinstimmenden § 1826 des I. Entw. eines BGB. V, 82, 111). Der Nacherbe des gemeinrechtlichen Universalfideikommisses hat nach der Annahme des III. Zivilsen. des RG. ein solches Recht nicht und es kann daher auf ihn, auch analog, der § 52 GBO. keine Anwendung finden, obgleich vielfach (vgl. KG., KGJ. **22** A 299; Turnau-Förster, Predari, Güthe aaO.; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht [4] II, 607) das Gegenteil angenommen wird. Anders liegt dagegen der in dem Urt. des III. Zivilsen. des RG. gar nicht behandelte, dem OLG. vorliegende Fall des römischen Familienfideikommisses an einer dem Erblasser gehörigen bestimmten Sache. Hier hat, wie das OLG. angenommen hat und wie nicht zweifelhaft ist (vgl. C. communia de legatis et fideicomm. VI, 43;

Windscheid-Kipp, Pand. III §§ 637, 646; Dernburg, Pand. III § 114 Nr. 2, §§ 64, 99, 108 Anm. 1), der Fideikommissar ein dinglich wirksames, die Verfügungsbefugnis des Fiduziars beschränkendes Recht. Zwischen diesem Falle und dem im § 52 GBO. behandelten besteht also eine gewisse Rechtsähnlichkeit (so auch das KG., KGJ. **34** A 236 und die Literatur). Wenn nun das OLG. dieser Ähnlichkeit Rechnung tragen und daraus die analoge Anwendbarkeit der im § 52 GBO. getroffenen Vorschriften ableiten will, so wird es daran durch das mehrfach erwähnte Urt. des III. Zivilsen. des RG. nicht gehindert. Denn daß § 52 GBO. überhaupt nicht analog ausdehnbar, insbesondere in einem Falle der hier vorliegenden Art nicht anwendbar sei, ist in dem fraglichen Urteile nicht ausgesprochen worden und würde, auch wenn es geschehen wäre, in Fällen, wie der vorliegende, die wesentlich anders liegen, nicht bindend sein.

2. KGJ. **42** 104, RJA. **12** 22 (KG.). Das KG. hat in einem Beschl. vom 9. März 1908 (KGJ. **35** A 215) bei einem nach früherem preuß. Rechte zu beurteilenden Erbfall, aber auf Grund von Erwägungen, die auch für das Recht des BGB. als zutreffend angesehen wurden, ein eintragungsfähiges Recht des Ersatznacherben in Abrede gestellt. Die entgegengesetzte Ansicht ist später von den OLG. in Dresden (ZBlFG. **11** 548) und in Rostock (SeuffA. **66** 382, RJA. **11** 147) für das heutige Recht vertreten worden. In der letztgenannten Entscheidung wird ausgeführt, daß die Anwartschaft des Ersatznacherben sich ihrem Wesen nach von der des zunächst berufenen Nacherben nicht unterscheide.

3. KGJ. **42** 109 (KG.). Bei der Verbindung einer Erbeinsetzung nach § 2269 BGB. mit einer bedingten Nacherbeinsetzung der Kinder für den Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten ist, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprechen, grundsätzlich davon auszugehen, daß die Eheleute einander als Vorerben im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung haben befreien wollen.

III. Folge der Weglassung des Vermerkes. du Chesne, ZBlFG. **12** 602. Bei Weglassung der Vermerke der §§ 52, 53 ist, anders als bei der Nichteintragung anderer Verfügungsbeschränkungen, das Verfahren des § 54 oder der §§ 71 Abs. 2, 54 GBO. am Platze (aM. Güthe [2] § 54 Anm. 9). Dasselbe gilt natürlich, wenn der Erbeneintrag durch Eintragung eines unrichtigen Nacherben oder Testamentsvollstreckers unrichtig geworden ist (Güthe ebenda).

IV. Die Beseitigung des Vermerkes. 1. Landauer, ZBlFG. **12** 433 ff. Verfügt der befreite Vorerbe entgeltlich, so wird der bisher bestandene Vermerk über das Recht des Nacherben hinfällig. Wenn es sich um Übertragung des Eigentums eines befreiten Vorerben handelt, vollzieht sich diese Bestimmung da, wo das Personalformular besteht, dadurch, daß bei Übertragung des Grundstücks auf das Blatt des neuen Erwerbers der Vermerk über das Recht des Nacherben nicht mitübertragen wird. In anderen Fällen dagegen muß dieser Vermerk, wie er seinerzeit von Amts wegen einzutragen war, so auch von Amts wegen wieder gelöscht werden. Diese Löschung, wie durch eine Bemerkung Mot. z. BGB. V, 111 nahegelegt ist und auch da und dort in der Rechtsprechung (z. B. **RG. 61** 232) unterstellt wird, von der Erledigung eines Verfahrens zur Berichtigung des Grundbuchs abhängig zu machen, ist nicht richtig. Dies ergibt sich aus den unausweichlichen Folgerungen, zu denen das führen würde. Denn wenn dem Nacherben, der die Einwilligung in die Löschung des Vermerkes über seine Nacherbschaft verweigerte, zur Ermöglichung der Grundbuchberichtigung der strenge Beweis geliefert werden müßte, daß sein Recht weder vereitelt noch beeinträchtigt sei (während es nach den richtigen Ausführungen Kretzschmars, DJZ. **06** 1350, seine Sache ist, seine Behauptung einer Abweichung von der Regel des Verkehrslebens zu beweisen), oder wenn der dritte Erwerber die Beeinträchtigung seines Erwerbes durch den bestehenbleibenden Vermerk über das Recht des Nacherben dulden müßte, so führte dies eben zu der

Lahmlegung des Grundbuchverkehrs, die von dem Gesetzgeber nicht gewollt ist und nicht gewollt sein kann. Gerade aus der Einsicht, daß es der GBO. ferne lag, eine gesetzliche Bestimmung des BGB. abzuschaffen, ergibt sich die Notwendigkeit, die Verfahrensvorschriften der GBO. so auszulegen und auszubilden, daß ihnen keine derogatorische Kraft gegenüber dem Privatrechte beigemessen wird.

2. RJA. **11** 300, BayObLG. **12** 739, R. **12** Nr. 480, OLG. **24** 85, BayRpflZ. **12** 77 (BayObLG.). Die Löschung des Rechtes der Nacherben ohne ihre Zustimmung ist unzulässig, auch wenn der Vorerbe über das Grundstück gegen Entgelt verfügt hat.

3. SächsOLG. **33** 414 (Dresden). Das Recht der Nacherben wird dadurch gewahrt, daß es bei der Eintragung des Vorerben als Eigentümer des Grundstücks vermerkt ist und trotz Übertragung des Eigentums auf einen Dritten an dieser Stelle vermerkt geblieben ist (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Es darf daher ein Widerspruch gegen die Richtigkeit dieser Eintragung nicht eingetragen werden.

4. *Ricks, Grundbuchpraxis. Über die amtliche kostenfreie Löschung der Vermerke über Nacherbenrechte, Testamentsvollstrecker s. den Bericht zu § 54 GBO. Ziff. B III 5.

§ 53. 1. MecklZ. **31** 63 (Rostock). Die Eintragung und Umschreibung von Erbschaftshypotheken und Grundschulden auf den Testamentsvollstrecker ist unzulässig.

2. HessRspr. **13** 247 (LG. Darmstadt). In gewissen Ausnahmefällen sind rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen durch besondere gesetzliche Vorschrift mit Wirksamkeit versehen. Diese sind eintragungsfähig, und es findet auf sie die Vorschrift des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. Anwendung, so daß sie gegenüber dem Erwerber eines eingetragenen Rechtes nur wirksam sind, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt sind. Besonders gehören hierher die durch letztwillige Verfügung erfolgte Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2211 BGB., § 53 GBO.) oder eines Nacherben (§ 2113 BGB., § 52 GBO.).

§ 54. A. Die Eintragung eines Widerspruchs. I. Voraussetzungen der Eintragung. 1. OLG. **25** 385 (KG.). Wenn der § 54 auch nicht erfordert, daß die Verletzung auf einem Versehen des Grundbuchrichters beruht, so greift er doch dann nicht Platz, wenn der Richter das Gesetz auf den ihm vorliegenden Tatbestand richtig angewendet hat, der Tatbestand aber unrichtig oder unvollständig ist, ohne daß dies ihm zur Zeit der Entscheidung bekannt oder infolge Fahrlässigkeit unbekannt gewesen ist (KGJ. **40** 167). Ist aber dem Grundbuchrichter zur Zeit die Konkurseröffnung nicht bekannt gewesen, so konnte er sie bei seiner Entscheidung auch nicht berücksichtigen.

2. **a)** OLG. **25** 378 (Königsberg). Es ist anzunehmen, daß der Widerspruch aus § 54 nicht allein deswegen unzulässig ist, weil das Recht, nachdem es unrichtig eingetragen war, auf einen Dritten umgeschrieben ist (Güthe § 54 Anm. 22; Oberneck I, 212 Note 70 e; Predari 648 Anm. 9). Auch der Meinung, daß § 54 die Verletzung einer materiellen Vorschrift voraussetzt, ist nicht beizutreten. Voraussetzung ist lediglich, daß die Eintragung, durch die das Grundbuch unrichtig wurde, gesetzliche Vorschriften verletzt, worunter auch Ordnungsvorschriften fallen. **b)** HessRspr. **13** 9 (LG. Gießen). Es kann bezweifelt werden, ob die Bestimmungen der §§ 40, 41 GBO., die bloße Ordnungsvorschriften sind (Güthe, GBO. § 40 Anm. 3) und deren Nichtbeachtung daher die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsakts in keiner Weise berührt (Güthe aaO.), gesetzliche Vorschriften im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. darstellen (vgl. Güthe Anm. 18 zu § 54 Ziff. 1 c und andererseits Schröder, Grundbuchentscheidungen Nr. 8 zu dieser Gesetzesstelle).

3. R. **12** Nr. 482 (KG.). Die Eintragung eines Widerspruchs von Amts wegen in das Grundbuch setzt voraus, daß sich für das Grundbuchamt auf Grund des vor-

liegenden Tatbestandes die Unrichtigkeit der Eintragung „ergibt". . . . Ob § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. den Nachweis oder nur die Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit des Grundbuchs erfordert, ist dahingestellt gelassen.

4. SchlHolstAnz. **12** 334 (LG. Kiel). Gemäß § 54 GBO. kann ein Widerspruch gegen eine Eintragung im Grundbuche nicht eingetragen werden, wenn die materielle Unrichtigkeit des Grundbuchs behauptet wird, ohne daß gesetzliche Vorschriften verletzt sind.

5. BayObLG. **12** 736, R. **12** Nr. 481, OLG. **25** 388 (BayObLG.). Für die Frage, ob die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften bewirkt worden ist, kann nur die Rechtslage, wie sie zur Zeit der Eintragung bestanden hat, maßgebend sein (Güthe, GBO. [2] I, 992 Anm. 17).

6. Die Entsch. des KG. in JDR. **10** zu § 54 Ziff. I 3 a auch KGJ. **41** 225 und OLG. **25** 387.

7. **a)** SächsOLG. **33** 316 (Dresden). Die Eintragung einer Zwangshypothek ist ein Akt der Zwangsvollstreckung und darf als solcher nur erfolgen, wenn sämtliche Erfordernisse für den Beginn der Zwangsvollstreckung vorliegen. Zu den Erfordernissen gehört, wenn die vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers auf Grund des Nachweises der Rechtsnachfolge durch eine Abtretungsurkunde erteilt ist, die Zustellung einer Abschrift dieser Urkunde. Dies ergeben § 750 Abs. 2, § 795 ZPO. Der § 799 ZPO. schlägt nicht ein. Nach den Grundakten hat der Gläubiger nur die mit der Vollstreckungsklausel versehene Schuldurkunde, nicht aber eine Abschrift der Abtretungsurkunde zugestellt erhalten. Der danach anzunehmende Mangel der Zustellung dieser Urkunde begründet die Unwirksamkeit der eingetragenen Zwangshypotheken. **b)** du Chesne, WürttZ. **12** 33. Die Eintragung einer Zwangshypothek ist ein Vollstreckungsakt wie andere auch, und begründet eine dingliche Belastung wie andere Hypotheken. Auch das mit dem Eintragungsantrage beginnende Eintragungsverfahren ist bei beiden dasselbe; die Unterschiede beginnen erst bei den Grundlagen des Eintragungsverfahrens. So würde das Fehlen einer Eintragungsbewilligung dieselbe Wirkung haben müssen, wie das Fehlen eines vollstreckbaren Schuldtitels; würde ersteres das Grundbuch unrichtig machen, so würde es auch letzteres. Anders aber steht es, wo der Schuldner ein beneficium excussionis realis geltend machen will (KGJ. **27** A 141). Denn damit will er nur behaupten, es lägen Umstände vor, unter denen der Gläubiger den ihm zustehenden und ordnungsmäßigen Schuldtitel nicht geltend machen, also den Eintragungsantrag nicht stellen dürfe. Dem würde im freiwilligen Verfahren der Fall gleichstehen, daß der von der Eintragung Betroffene gleichfalls dem Antragsteller das Antragsrecht bestritte, etwa indem er vorbrächte, die Vertragsparteien hätten sich nochmals darüber geeinigt, daß die Eintragung zunächst nicht vorgenommen werden solle. In einem solchen Falle würde man in der Behauptung des Betroffenen doch nicht das Leugnen des wirklichen Bestehens der Hypothek, sondern nur die Behauptung finden dürfen, der Gegner habe sich zu Unrecht die Hypothek verschafft; er habe sie aber zu Unrecht und müsse sie daher wieder aufgeben. Anders ausgedrückt: Es liegt nicht die Behauptung vor, das Grundbuch sei unrichtig, sondern die, der Gegner sei zur Wiederaufgabe des an sich von ihm erworbenen Rechtes verpflichtet und müsse daher in die rechtsaufhebende Löschung der Hypothek willigen. . . . So aber liegt es auch bei der zuwider einem beneficium excussionis realis erlangten Zwangshypothek. Der Schuldner verlangt Wiederaufgabe der erworbenen Rechte: dieser Anspruch ist zivilistischer, nicht grundbuchprozessualer Natur. Das letztere aber nimmt das KG. gerade an, indem es die auf Eintragung eines Widerspruchs aus § 54 GBO. gerichtete Beschwerde zuläßt (§ 71 Abs. 2 GBO.). Darin liegt eine Verkennung des Begriffs der Unrichtigkeit des Grundbuchs. . . . Demnach kann die Ansicht des KG. über die Zulässigkeit der

grundbuchprozessualen Behelfe für Beseitigung einer Zwangshypothek nur dann anerkannt werden, wenn sie auf eine ohne ordnungsmäßigen Titel vorgenommene Vollstreckung angewendet wird, nicht aber in dem Sinne, wie sie das KG. aufstellt, wenn nämlich der vorhandene ordnungsgemäße Titel nicht hätte vollstreckt werden dürfen.

8. BayObLG. 13 172. Die Vorschrift des § 54 GBO. bezieht sich nicht auf die Eintragung von Vormerkungen; ein Widerspruch gegen eine Vormerkung kann nicht eingetragen werden.

II. Unvollständige Eintragungen. 1. HessJustMinVerf. vom 5. Dezember 1911, HessRspr. 12 303. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb auf Grund der bereits vorliegenden Eintragungsbewilligungen und des bereits gestellten Eintragungsantrags nicht in vollständiger Erledigung dieser Eintragungsbewilligungen und dieses Eintragungsantrags die unvollständig gebliebene Eintragung der Hypothek in Ansehung des vereinbarten Vorranges nachträglich durch besonderen Ergänzungseintrag vervollständigt werden könnte. Es wäre unverständlich und auf jeden Fall höchst unpraktisch, wenn die Beteiligten (Eigentümer und Auszugsberechtigte) genötigt sein sollten, dasjenige, was sie schon bewilligt und beantragt hatten, von dem Grundbuchrichter aber infolge eines Versehens nicht im Grundbuche gewahrt worden ist, nochmals zu bewilligen und zu beantragen. Eine Eintragungsbewilligung des eingetragenen Hypothekengläubigers ist für die nachträgliche Eintragung des vereinbarten Vorranges nicht nötig, da die Eintragung lediglich zu seinen Gunsten erfolgen soll, er also durch sie nicht betroffen wird. Insofern liegt der Fall in RJA. 7 249 (s. auch Predari 438 b) anders. Selbstverständlich darf die nachträgliche vollständige Eintragung eines vereinbarten Vorranges nur dann erfolgen, wenn dies nach der zurzeit bestehenden Grundbuchlage noch statthaft ist, also z. B. nicht inzwischen etwa ein neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist (s. hierzu Güthe, Anm. 6 zu § 54 GBO.). Auch wird, falls es sich um eine Briefhypothek handelt, zunächst der Brief eingefordert werden müssen (§§ 42, 62 GBO.). . . . Ein einen Eintragungsantrag nicht vollständig erledigender Eintrag wird zwar vielfach ein unrichtiger, d. h. ein die wirklich bestehende dingliche Rechtslage nicht erschöpfend wiedergebender und daher in diesem besonderen Sinne unvollständiger Eintrag sein. Dies gilt z. B. dann, wenn bei einer Hypothek lediglich in Ansehung der persönlichen Forderung die Zahlungs- und Kündigungsbedingungen nicht vollständig eingetragen sind, weil sie auch ohne Buchung den Inhalt der Hypothek als eines akzessorischen Rechtes bestimmen. Dies gilt auch dann, wenn die Eintragung eines bedingten Rechtes bewilligt und beantragt wurde, der Grundbuchrichter aber die Bedingung im Grundbuche weggelassen und demgemäß ein unbedingtes Recht eingetragen hat, wenn der Grundbuchrichter also ein Recht im Grundbuche gewahrt hat, das inhaltlich über das Maß desjenigen, was bewilligt und beantragt wurde, hinausgeht. Denn auch hier ist durch die Eintragung des inhaltlich das Maß der Bewilligung und des Antrags übersteigenden Rechtes das Recht, soweit es sich mit der Bewilligung oder, richtiger gesagt, mit der dieser Bewilligung zugrunde liegenden Einigung deckt, entstanden, während das Grundbuch, soweit es über die Bewilligung und den Antrag hinausgehend das dingliche Recht als ein unbedingtes Recht erscheinen läßt, unrichtig ist. Es liegt dieser Fall ebenso wie der andere Fall, in dem eine Hypothek für eine höhere Forderung, als dies der Bewilligung entspricht, eingetragen wurde, und in dem ebenfalls die Hypothek in Ansehung des bewilligten Forderungsbetrags gültig, in Ansehung des eingetragenen Mehrbetrags aber das Grundbuch unrichtig ist (s. Güthe § 22 Anm. 3). Hierher läßt sich vielleicht auch der allerdings recht zweifelhafte Fall rechnen, wenn eine Sicherungshypothek oder eine Buchhypothek bewilligt, aber von dem Grundbuchrichter infolge

eines Versehens in dem Grundbuche der ausdrückliche Vermerk, daß es sich um eine Sicherungshypothek handle oder die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen worden sei, weggelassen worden ist, und wenn man mit Güthe, § 22 Anm. 3 GBO. und Vorbem. 87 vor § 13 GBO. (s. aber auch Planck, Anm. 3 a zu § 1184, Wolf-Enneccerus II Abt. I § 133 V 2 und § 151 IV 3 b) annimmt, daß trotz des § 1116 Abs. 2 Satz 2 und des § 1184 Abs. 2 BGB. nur eine Sicherungs- bzw. Briefhypothek entstanden ist. Endlich gehört hierher auch der Fall, in dem eine Hypothek ohne den vereinbarten Rangvorbehalt (§ 881 BGB.) eingetragen wurde, insofern in diesem Falle überhaupt keine Hypothek entstanden ist, weil die vorbehaltlose Hypothek der Eigentümer annehmbar im Hinblick auf die sich aus einer Abtretung einer vorbehaltlosen Hypothek für ihn ergebende Gefahr nicht (auch nicht nur als eine vorübergehend bis zur vollständigen Erledigung des Eintragsantrags bestehende) gewollt hat und weil eine mit dem Vorbehalte belastete Hypothek mangels Eintrags (§ 881 Abs. 2 BGB.) nicht entstanden ist (s. RJA. **7** 249, 253 und Güthe, § 71 Anm. 7 GBO.). In allen diesen Fällen steht eine Unrichtigkeit des Grundbuchs in Frage, die der Grundbuchrichter nicht kurzer Hand beseitigen kann, sondern die ihm nach § 54 GBO. nur die amtswegige Eintragung eines Widerspruchs gestattet. Wenn aber Güthe, § 54 Anm. 6 GBO., als weiteren Fall einer lediglich nach § 54 GBO. zu behandelnden Unvollständigkeit des Grundbucheintrags den Fall vergessener Zinseintragung nennt (s. auch Fuchs-Arnheim, Anm. 3 zu § 54 GBO.), so spricht hiergegen, daß das Grundbuch durch den die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag nicht vollständig erledigenden und insofern „unvollständigen" Eintrag nicht unrichtig geworden, vielmehr die Hypothek zunächst nur als eine unverzinsliche entstanden ist, während im übrigen nur ein obligatorischer Anspruch des Gläubigers auf Schaffung einer Hypothek auch für die Zinsen durch eine entsprechende Grundbucheintragung besteht.

2. BadNotZ. **12** 166 (Karlsruhe). Die nachträgliche Ergänzung eines mangelhaft bewirkten Eintrags ist sowohl zeitlich wie sachlich nur beschränkt zugelassen (vgl. Predari, Bem. 1 zu § 54 GBO. 645; Güthe 894, Bem. 3 zu § 54; OLG. **8** 309 ff.).

III. Art der Eintragung des Widerspruchs. 1. HessRspr. **12** 367 (LG. Gießen). Aus der Eintragung eines Widerspruchs, auch des gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 von Amts wegen eingetragenen, muß genau hervorgehen, gegen welche Unrichtigkeit des Grundbuchs er sich richtet, zu wessen Gunsten er eingetragen ist und welchen Berichtigungsanspruch er betrifft (Güthe Anm. 23, Turnau-Förster Anm. 4, Fuchs-Arnheim Anm. 17 z. § 54 GBO. und OLG. **4** 322 u. **8** 109).

2. du Chesne, JW. **12** 276. Es sind soviel Widersprüche einzutragen, als Unrichtigkeiten des Grundbuchs vorhanden sind.... Auf diese Weise fallen die Schwierigkeiten weg, die eine Beschränkung des Widerspruchs (Predari 648 Zeile 29 v. u., Güthe [2] 995 Anm. 22 aE.) mit sich bringen würde.

IV. Wirkung der Eintragung des Widerspruchs. 1. Sächs. OLG. **33** 414 (Dresden). Der Widerspruch bewirkt keine Sperrung des Grundbuchs. Trotz der Eintragung eines Widerspruchs kann der Buchberechtigte über das Recht verfügen, insbesondere es veräußern oder belasten, und seine Erklärungen bilden eine taugliche Eintragungsgrundlage. Diejenige Person, zu deren Gunsten der Widerspruch gereicht, ist zur Genüge durch den eingetragenen Widerspruch geschützt, da der Erwerber des Rechtes die durch den Widerspruch be-

kundete Unrichtigkeit des Grundbuchs gegen sich gelten lassen muß (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB.).

2. du Chesne, BayNotZ. 12 358. Den Widerspruch darf man nicht der auflösenden gesetzlichen Bedingung gleichsetzen (364).... Der Widerspruch ist vielmehr ein vom Grundbuchamt auf Anordnung des Prozeßgerichts, das wieder auf Antrag des Berichtigungsinteressenten handelt, oder von Amts wegen (§ 54 GBO.) einzutragender Vermerk, der den Rechtssatz vom Verkehrsschutze durch Hinzufügung eines neuen Tatbestandsmerkmals unanwendbar macht, dafür aber den Voraussetzungstatbestand des Rechtssatzes vom Schutze wohlerworbener Rechte (Berichtigungsanspruch) erfüllt. Weil er ein Grundbuchvermerk ist, nimmt er teil an der Öffentlichkeit des Grundbuchs. Der Inhalt des Grundbuchs gilt kraft seiner Öffentlichkeit als allen Interessenten bekannt, auch wenn sie das Grundbuch nicht eingesehen haben. Auf diesen Inhalt kann sich sonach jeder berufen, auch wenn er ihm subjektiv unbekannt war, dafern er nur zu dem maßgeblichen Zeitpunkte vorlag. Dann gilt aber auch der Widerspruch als Zusatz zu einer Grundbucheintragung als allen Interessenten bekannt. Verkehrsschutz kann er freilich nicht genießen, weil er ja keine Eintragung eines dem Erwerbe zugänglichen Rechtes ist, und weil überdies seine Aufgabe gerade ist, den Verkehrsschutz zu beseitigen. Anders gewendet: Er nimmt an der Öffentlichkeit des Grundbuchs, aber nicht an dessen öffentlichem Glauben teil. Somit beseitigt er den Verkehrsschutz objektiv und allen Interessenten gegenüber.

B. Inhaltlich unzulässige Eintragungen. I. Begriff der inhaltlichen Unzulässigkeit. 1. du Chesne, RheinZ. 4 196 ff. (196): Die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne des § 54 bildet nur einen kleinen Ausschnitt aus dem größeren Kreise der Unzulässigkeit; nur die Unrichtigkeit betrifft § 54, die das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften in das Grundbuch gebracht hat.... (197): Der Widerspruch ist dazu bestimmt, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs lahmzulegen; es muß sich also um eine Eintragung handeln, die mit öffentlichem Glauben ausgestattet sein kann.... Damit scheiden aus Eintragungen, die ein gar nicht eintragbares Rechtsverhältnis wiedergeben, auch wenn dieses an sich richtig zur Darstellung gebracht ist, ferner Eintragungen, die ein unmögliches Rechtsverhältnis zur Darstellung bringen, sei es, daß ein Rechtsverhältnis dieser Art überhaupt nicht bestehen kann, oder daß es nur im Eintrag ordnungswidrig in einer Weise wiedergegeben ist, die es als unmöglich erscheinen läßt. Dürfte hiermit der Begriff der Unrichtigkeit aus demjenigen der Unzulässigkeit im weiteren Sinne gemäß § 54 herausgehoben sein, so fragt sich weiter, ob die sämtlichen nunmehr übrig gebliebenen Fälle der Unzulässigkeit unter den Begriff der inhaltlichen Unzulässigkeit gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 fallen, oder ob der letztere Begriff wieder nur einen Ausschnitt aus den Fällen der Unzulässigkeit bildet und demnach auch nach Ausscheidung der Fälle der Unrichtigkeit und der inhaltlichen Unzulässigkeit noch Fälle übrig bleiben, die von § 54 nicht unmittelbar oder gar nicht getroffen werden.... Wenn die Worte „dem Inhalte nach" überhaupt etwas bedeuten sollen — und das ist grundsätzlich anzunehmen — so können sie nur den Gegensatz bilden zu einer Unzulässigkeit von Eintragungen „der Form nach". Die Frage, was bei einer Eintragung Inhalt, was Form ist, ist dahin zu beantworten, daß Inhalt der Eintragung das materielle Rechtsverhältnis und Form die Art ist, wie dieses Rechtsverhältnis im Grundbuche zum Ausdrucke kommt. Damit würden sich als Fälle der inhaltlichen Unzulässigkeit nur die ergeben, daß das materielle Rechtsverhältnis überhaupt unmöglich, wenn auch seiner Art nach vielleicht in das Grundbuch eintragbar, oder daß es zwar möglich, aber seiner Art nach nicht eintragbar wäre. Ein Fall der ersteren Art würde etwa der sein, daß eine Dienstbarkeit

ohne Bestimmung eines Berechtigten begründet werden sollte, ein solcher der zweiten Art, daß ein Mietverhältnis eingetragen worden wäre. Fälle der Unzulässigkeit der Form nach, also der Art nach, wie das materielle Rechtsverhältnis im Grundbuche zum Ausdrucke kommt, würden alsdann solche sein, wo das an sich mögliche und eintragbare Rechtsverhältnis im Grundbuch einen unzulässigen Ausdruck gefunden hätte, also Verstöße gegen die Vorschriften über die Wiedergabe des Rechtsverhältnisses im Grundbuch oder über die Grundbuchführung überhaupt. Hierher würden die Fälle gehören, daß eine an sich unter Bestimmung eines Berechtigten ordnungsgemäß vereinbarte Dienstbarkeit in das Grundbuch ohne Bezeichnung des Berechtigten eingetragen, daß ein Antragswiderspruch ohne Bezeichnung des gesicherten Berichtigungsanspruchs verlautbart, daß eine Eintragung nur mit Bleistift vorgenommen wäre. . . . (201): Als solche ihrer Form nach unzulässige Eintragungen würden weiter folgende Eintragungen zu nennen sein: Ein Hypothekeneintrag ohne Angabe des Geldbetrags, eine Höchstbetragshypothek ohne Angabe des Höchstbetrags, eine Rentenschuld ohne Ablösungssumme, eine Vormerkung ohne Angabe des zu sichernden Anspruchs. Bei ihnen allen sind Änderungen mangels der Vermutung der Richtigkeit und des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs unbedenklich und zulässig; bei ihnen allen erscheint auch eine Ergänzung praktisch empfehlenswert. Es ist überhaupt für einen unvollständigen Eintrag die Ergänzung, für einen auch nicht teilweise brauchbaren Eintrag die Nachholung der natürliche, zunächst sich bietende Weg, der deshalb, solange nicht besondere Gründe entgegenstehen, zu beschreiten ist. . . . Die Löschung ist in solchen Fällen ein Schießen mit Kanonen auf Spatzen, wogegen sie in den oben erwähnten wirklichen Fällen inhaltlicher Unzulässigkeit, Begründung eines rechtlich unmöglichen und Eintragung eines uneintragbaren Rechtsverhältnisses, am Platze zu sein scheint. Denn ob ein Rechtsverhältnis materiell möglich oder eintragbar ist, fällt in der Praxis, anders als in Schulfällen, meist nicht ohne weiteres in die Augen, so daß eine ausdrückliche Löschung nicht unnütz ist. Dagegen sind die hier aufgeführten Fälle formeller Unzulässigkeit meist so auffallender Art, daß es einer ausdrücklichen Löschung kaum bedarf, um sie als Fälle wirkungsloser Eintragungen bemerklich zu machen. Ob im einzelnen Falle die Form der Ergänzung oder der Nachholung gewählt wird, wird eine Frage praktischen Ermessens sein; grundsätzlich ist nur daran festzuhalten, daß es in beiden Fällen eines besonderen Löschungseintrags gemäß § 54 nicht bedarf. . . . (203): Der Unrichtigkeitsbegriff des RG. ist dahin einzuschränken, daß er nur unerkennbare Unvollständigkeiten des Eintrags betrifft, und daß das gleiche für die Unrichtigkeit im Sinne des § 54 gilt. Alsdann ergibt sich aber, daß in einem solchen Falle der Widerspruch des § 54 ausgeschlossen ist, weil kein Eintrag vorhanden ist, der öffentlichen Glauben beanspruchen könnte. Vielmehr handelt es sich auch hier um einen Eintrag, der unzulässig in dem oben verwendeten weiteren Sinne ist. Und zwar ist es wiederum ein der Form nach unzulässiger Eintrag. Nach § 48 GBO. muß das Gemeinschafts- oder Beteiligungsverhältnis angegeben werden; die Unterlassung dieser Angabe verstößt gegen die Vorschriften über die Art, wie das Rechtsverhältnis im Grundbuche zur Darstellung zu bringen ist. Es ist also die Ergänzung oder Nachholung zulässig.

2. KGJ. **42** 175 (KG.). Es kann dahingestellt bleiben, ob grundsätzlich die inhaltliche Unzulässigkeit einer Eintragung nur im Falle ihrer grundbuchmäßigen Erkennbarkeit angenommen werden darf und ob diese Erkennbarkeit im vorliegenden Falle etwa durch die Vermerke des Bestandsverzeichnisses in Verbindung mit den zu ihrer Ergänzung heranzuziehenden Katasterangaben herbeigeführt wird. Denn soweit die inhaltliche Unzulässigkeit einer Eintragung

darauf beruht, daß das gebuchte Recht kraft öffentlichen Rechtes dem Privatrechtsverkehr entzogen ist, darf eine grundbuchmäßige Erkennbarkeit nicht gefordert werden. Andernfalls würde durch die Heranziehung der Grundsätze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892 BGB.) die Verwandlung eines öffentlich-rechtlichen Rechtes in ein Privatrecht ermöglicht werden. Das aber würde der zwingenden Natur des öffentlichen Rechtes widersprechen.

II. Wirkung der inhaltlichen Unzulässigkeit. 1. KGJ. **42** 256 (KG.). Die Löschung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung hat zur Folge, daß dem Eintragungsantrage hinsichtlich des inhaltlich unzulässigen Teiles bisher nicht genügt ist. Wenn der Wille der Beteiligten, bei diesem Antrage stehen zu bleiben, anzunehmen ist, so hat der Grundbuchrichter über den bisher nicht erledigten Teil des Antrags zu entscheiden.

2. KGJ. **42** 256 (KG.). Die inhaltlich unzulässige Eintragung eines Teiles des eingetragenen Rechtes hat die Unzulässigkeit der ganzen Eintragung nur dann zur Folge, wenn der Rest der Eintragung eines wesentlichen Erfordernisses ermangelt. Im übrigen kann nur eine Abweichung von der Einigung oder der sonstigen materiell-rechtlichen Erklärung und demzufolge eine Unrichtigkeit des Grundbuchs vorliegen.

III. Einzelne Fälle. 1. BayObLG. **12** 648. In das Grundbuch dürfen nur Rechte eingetragen werden, deren privatrechtliche Eigenschaft feststeht; beruht das Recht auf dem öffentlichen Rechte oder bestehen Zweifel über die Natur des Rechtes, so ist die Eintragung abzulehnen. Dies gilt für den Antrag auf Eintragung der Berechtigung einer Kirchengemeinde, eine dem Staate gehörende Begräbnisstätte zur Beerdigung der Gemeindeangehörigen zu benutzen, wenn nicht feststeht, daß es sich dabei um eine privatrechtliche Belastung handelt.

2. KGJ. **42** 175 (KG.). Die im gemeinen Eigentume des Staates stehenden öffentlichen Flüsse sind nicht buchungsfähig. Ihre trotzdem erfolgte Buchung ist auch dann inhaltlich unzulässig, wenn sich der öffentlich-rechtliche Charakter des Grundstücks nicht aus dem Grundbuch ergibt. Aus der inhaltlichen Unzulässigkeit der Buchung des Grundstücks folgt auch die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragungen in der zweiten und dritten Abteilung des Blattes.

3. OLG. **25** 382 (Rostock). Zwar ist mit dem KG. (OLG. **7** 196, RJA. **4** 128) davon auszugehen, daß regelmäßig für die Ansprüche, die mehreren Bürgen im Falle der Befriedigung des Gläubigers gegen den Schuldner zustehen, eine Sicherungshypothek zugunsten der mehreren Bürgen auf ein Grundstück des Schuldners nicht eingetragen werden kann. Denn es würde an der durch § 1115 BGB. vorgeschriebenen Bestimmtheit des Gläubigers in Beziehung zu der Forderung fehlen, weil aus dem Eintrage nicht ersichtlich sein würde, zu welchem Betrage die einzelnen Gläubiger beteiligt sind. Eine Eintragung für mehrere Gläubiger kann (vgl. § 48) nur erfolgen, wenn die Anteile in Bruchteilen angegeben werden können oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet ist. Als solche Gemeinschaftsverhältnisse kommen nach BGB. und HGB. nur die Erben-, die Gütergemeinschaften und die Gesellschaften in Betracht. Mehrere Bürgen, auch wenn sie sich gemeinschaftlich verbürgen, stehen regelmäßig in keinem dieser Verhältnisse. Die Bewilligung einer Sicherungshypothek für mehrere Bürgen bedeutet vielmehr regelmäßig, daß die Bürgen alternativ an der ganzen Hypothek je nach dem Entstehen der Regreßforderung des einen oder des anderen berechtigt sein, nicht aber die mehreren Bürgen in einer Gesellschaft oder Gemeinschaft in betreff der Hypotheken stehen sollen. Es wird daher regelmäßig ein Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek für die Ansprüche mehrerer Bürgen abzulehnen sein, und zwar auch, wenn es sich um Höchstbetragshypotheken handelt. Anderseits ist es nicht ausgeschlossen, daß mehrere Bürgen in einem Gesellschaftsverhältnisse miteinander stehen

oder sogar nur zu dem Zwecke eine Gesellschaft begründet haben, um einen Dritten Kredit zu verschaffen. Deshalb ist die Eintragung nicht inhaltlich unzulässig.

4. R. **12** 169 (KG.). Rechtsunwirksam ist die in Abt. II des Grundbuchs vor dem 1. Januar 1900 für die Stadtgemeinde eingetragene Verpflichtung des Grundeigentümers, die Kosten der Pflasterung, Beleuchtung und Entwässerung der Straße zu tragen. Es handelt sich nicht um eine wiederkehrende Leistung, sondern um eine Hypothek, bei welcher zwar die Eintragung in Abt. II nicht schadet, aber der Höchstbetrag (§§ 22, 24 Eig. ErwG. vom 5. Mai 1872) fehlt.

5. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 112, 165, DNotV. **12** 195 ff. Auflassungsvormerkungen und Nacherbenvermerke werden auch ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragungen und sind von Amts wegen kostenfrei zu löschen, sobald das mit ihnen belastete Grundstück an den Berechtigten der Vormerkung oder vom Vorerben als freies Eigentum und zwar entweder mit Zustimmung der Nacherben oder, wenn es solcher zur freien Verfügung durch den Vorerben nicht bedarf, ohne solche veräußert und aufgelassen wird. Denn einerseits ist mit der Eintragung des neuen freien Eigentümers die Auflassungsvormerkung wie jede andere in die endgültige Eintragung umgeschrieben, während andererseits die gewollte Eintragung freien Eigentums in Abt. I durch den stehenbleibenden Nacherbenvermerk wieder aufgehoben würde. In beiden Fällen aber widersprächen sich die Eintragungen in Abt. I und II innerlich und sind die in Abt. II nach dem Wesen und Zwecke der neuen Eintragung in Abt. I unmöglich und überflüssig; sie widersprechen auch der wahren Rechtslage. Ihre Löschung ist eine Selbstfolge der Eintragung in Abt. I. Die Kosten der neuen Eintragung decken die der Löschung mit, da ohne diese Ziel und Zweck des Antrags nicht erreicht würde. Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt auch schon daraus, daß auch die Konkurs- und Testamentsvollstreckervermerke (§ 53 GBO.) in Abt. II unmöglich bestehen bleiben können und von Amts wegen gelöscht werden müssen, wenn die Verwalter und Vollstrecker das Grundstück an bestimmte Personen auflassen und damit ihr Verfügungsrecht aufhört. — Aus diesen Gründen sind auch Berichtigungsersuchen des Vollstreckungsrichters (§ 130 ZVG.), die nicht die Löschung solcher Eintragungen in Abt. II veranlassen, wegen sich widersprechenden Ersuchens aus § 18 GBO. zu beanstanden.

6. R. **12** Nr. 1841 (BayObLG.). Ist ein Arrest grundlos im Grundbuch eingetragen, weil die Pfändung des vorgemerkten Anspruchs fehlt, so kommt die Amtslöschung in Frage.

C. Die Vorschrift des § 54 Abs. 2. KGJ. **42** 175 (KG.). Die Löschung der inhaltlich unzulässigen Eintragung einer Briefhypothek darf erst nach der Vorlegung des Hypothekenbriefs vorgenommen werden.

§ 55. 1. RJA. **11** 307, R. **12** Nr. 2725 (KG.). Das Grundbuchamt ist verpflichtet, eine Eintragung in das Grundbuch dem Bevollmächtigten des Berechtigten statt diesem bekannt zu machen, wenn der Bevollmächtigte dies vor Mitteilung der Bekanntmachung an den Berechtigten verlangt und er auf Grund seiner Vollmacht ermächtigt ist, eine solche Bestimmung zu treffen.

2. HessJustMinVerf. vom 9. März 1912, HessRspr. **13** 123. Die Frage, ob von den im Grundbuche gewahrten Bestandsveränderungen den Hypothekengläubigern nach § 55 GBO. Nachricht zu geben ist, ist grundsätzlich zu bejahen.

3. a) ElsLothMinErl. vom 19. Dezember 1911, ElsLothNotZ. **12** 1. Die Grundbuchämter haben alle nach der Eintragung des Versteigerungsvermerkes noch erfolgenden Eintragungen unmittelbar nach der Ausführung unter Beifügung einer Abschrift der Urkunden, auf welche

im Liegenschaftsbuche Bezug genommen ist, dem Versteigerungsbeamten mitzuteilen. b) *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 203. Der Vollstreckungsrichter muß von allen nach Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerkes und nach Erteilung der Grundbuchabschrift erfolgenden Eintragungen notwendig eine Nachricht erhalten und sie beachten. Dies ist besonders bei Buchhypotheken wichtig!

4. Nolte, PrVerwBl. **12** 440. Mitteilungen der Grundbuchämter an die Zuwachssteuerämter.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§§ 56 ff. 1. BayObLG. **13** 238. In der Beantwortung der Frage, ob Hypothekenbriefe an und für sich Wertpapiere im Sinne des bürgerlichen Rechtes sind, schließt sich der erk. Sen. dem RG. an, das diese Frage verneint (**RG. 39** 286, **42** 334, **66** 27). Die Ansicht des RG. wird auch in der Literatur von namhaften Schriftstellern vertreten, vgl. u. a. Endemann (Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes II § 118), die Kommentare zum HGB. v. Staub ([8] § 1 Anm. 41) und Makower (§ 1 Anm. IX aE.) zum BGB., v. Staudinger ([5/6] III, 663 Note I 1 a z. § 1116) und von RGRKomm. (Anm. 1 aaO.); ferner die Bearbeiter des GBR. Fuchs (I, 400 Anm. 2), Turnau-Förster ([3] 711), Oberneck ([4] II, 127 oben) und Güthe (II, 1014), sowie Hachenburg, Beiträge z. Hypothekenrecht 46 f. Ein Wertpapier ist nach der herrschenden Auffassung stets Träger der in ihm beurkundeten Forderung und zugleich das Mittel, um die Forderung zu übertragen. Beide Eigenschaften fehlen dem Hypothekenbriefe, da er nicht Träger des Hypothekenrechtes ist, sondern das Bestehen der Hypothek von der Eintragung im Grundbuch abhängt, und die Übertragung der Briefhypothek eine Forderungsabtretung in schriftlicher Form neben der Übergabe des Hypothekenbriefs erheischt (§ 1154 BGB.). Die Vertreter der gegenteiligen Meinung räumen auch ein, daß der Begriff des Wertpapiers erweitert werden muß, um ihm den Hypothekenbrief unterstellen zu können (vgl. Biermann, Sachenrecht [2] 307).

2. HansGZ. **12** Beibl. 216 (Hamburg). Eine Hypothekenurkunde, selbst wenn sie ein Hypothekenbrief im Sinne des § 1116 BGB. ist, ist weder eine bewegliche Sache — das Stück Papier als Sache hat keine rechtliche Bedeutung — noch ein Wertpapier.

3. **RG.** WarnE. **12** 425, GruchotsBeitr. **56** 802, R. **12** Nr. 2846. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. kann an einem Hypothekenbrief allein ein Pfandrecht nicht bestellt werden (**RG. 66** 27, JW. **04** 555 Nr. 15, GruchotsBeitr. **47** 957, **49** 366). Jedoch käme in Frage, ob nicht die Vereinbarung dahin zu deuten wäre, daß in Wirklichkeit die Teilhypothek verpfändet werden sollte (ZBlFG. **9** 786).

§ 58. 1. Busch, ZBlFG. **12** 693 ff. (707). Regelmäßig enthält im Hypothekenverkehre die Schuldurkunde zugleich die Eintragungsbewilligung. Es entsteht hier die Frage, ob der Inhalt der Schuldurkunde sich auch auf eine andere Angelegenheit erstreckt, in welchem Falle das Grundbuchamt nach § 58 Abs. 1 Satz 2 GBO. berechtigt ist, an Stelle der Urschrift einen beglaubigten Auszug aus der Schuldurkunde unter Weglassung der Eintragungsbewilligung mit dem Hypothekenbrief zu verbinden. Obige Frage wird bejaht von Güthe, GBO. § 58 Anm. 5 a, verneint von Fuchs, GBO. § 58 Anm. 3. Aber auch wenn man die Eintragungsbewilligung als eine andere Angelegenheit ansieht, so zwingt der § 58 GBO. nicht zur Herstellung eines beglaubigten Auszugs, er erklärt nur dessen Anfertigung und Verbindung mit dem Briefe für genügend. Nach der Rechtsprechung (KG. 30. 11. 08, ZBlFG. **9** 744 Nr. 732) soll die Verbindung der Urschrift oder der Ausfertigung der Schuldurkunde mit dem Hypothekenbrief, auch wenn der Inhalt der Urkunde sich noch auf andere Angelegenheiten erstreckt, nur

dann durch die Verbindung eines Auszugs aus der Urkunde mit dem Hypothekenbrief ersetzt werden, wenn besondere Zweckmäßigkeitsgründe für dieses Verfahren sprechen. Solche liegen aber regelmäßig nicht für die Hypothekenschuldurkunde vor, deren Gebrauch zu anderen Zwecken nicht in Frage kommt, wie dies der Fall ist bei Erbesauseinandersetzungs- und Kaufverträgen, an welche im § 58 Abs. 1 Satz 2 GBO. der Gesetzgeber (Mot. 63) bei Aufstellung der Ausnahmevorschrift gedacht hat. Demnach ist ordnungsmäßig die Schuldurkunde immer in Urschrift oder in Ausfertigung mit dem Hypothekenbriefe zu verbinden. § 58 Abs. 1 Satz 2 GBO. wird dann anzuwenden sein, wenn in einer Schuldurkunde Festsetzungen getroffen werden, welche sich in ihrer Gültigkeit auf mehrere Hypotheken erstrecken. So wenn der Gläubiger mehrere aufeinander folgende Hypotheken abtretungsweise übernimmt und für dieselben sämtlich in einer einzigen Schuldurkunde die gleichen Bedingungen dem Eigentümer des Grundstücks zur Annahme stellt.

2. Busch, ZBlFG. **12** 693 ff. (705). Aus dem Wortlaute des § 58 Abs. 1 GBO. folgt, daß die Urschrift der Schuldurkunde mit dem Hypothekenbrief in Verbindung zu bringen ist. Doch bedingt der Charakter der Bestimmung als einer Sollvorschrift für das Grundbuchamt, daß ihre Nichtbefolgung weder die Gültigkeit des Hypothekeneintrags noch die des Hypothekenbriefs berührt. Selbstverständlich haben aber die bei der Hypothekbestellung Beteiligten ein Recht, daß die Vorschriften des Gesetzes vom Grundbuchamt eingehalten werden, daß also weder die Anheftung der Schuldurkunde überhaupt unterbleibt, noch daß anstatt der Urschrift eine beglaubigte Abschrift zur Verbindung mit dem Hypothekenbriefe verwendet wird. Hierzu ist ihnen die Beschwerde, insbesondere die weitere Beschwerde nach § 78 GBO. wegen Gesetzesverletzung gegeben.

3. *v. Henle, R. **12** 78. Die Eintragung einer Briefhypothek kann nicht deshalb verweigert oder im Wege der Zwischenverfügung ausgesetzt werden, weil die Schuldurkunde nicht vorgelegt wurde.

§ 60. RG. WarnE. **12** 425, GruchotsBeitr. **56** 802, R. **12** Nr. 2845. Nach einem allgemeinen Grundsatze hat das Grundbuchamt alle ihm eingereichten Urkunden nach erfolgtem Gebrauche, soweit sie nicht bei den Akten zu behalten sind, demjenigen zurückzugeben, von dem sie eingereicht worden sind.... Der Einreichende kann aber, da ihm das Verfügungsrecht über den Hypothekenbrief zusteht, bestimmen, daß die Urkunde einem Dritten ausgehändigt werden solle. Einer Bestimmung des Antragstellers über Aushändigung des von ihm eingereichten Hypothekenbriefs an einen anderen hat der Grundbuchrichter nachzukommen, wenn nicht besondere Umstände begründeten Anlaß zur Beanstandung des Antrags ergeben, beispielsweise Zweifel rechtfertigen, ob die Bestimmung von dem Berechtigten herrühre. Die Vorschrift des § 60 Abs. 2 GBO., die für eine Bestimmung des Eigentümers oder des Hypothekengläubigers die Form des § 29 Satz 1 GBO. erfordert, bezieht sich allerdings nur auf die erste Ausreichung eines neu hergestellten Hypothekenbriefs und trifft den Fall der Aushändigung eines zwecks Vornahme grundbuchlicher Akte eingereichten Hypothekenbriefs nicht. Jedoch ist aus dieser Vorschrift sowie daraus, daß es zu den Amtspflichten des Grundbuchamts gehört, den mit einer Grundbuchangelegenheit in Zusammenhang stehenden Gesuchen der Beteiligten, soweit nicht ein rechtliches oder tatsächliches Hindernis besteht, möglichst vollständig zu entsprechen, der Regelsatz zu entnehmen, daß das Grundbuchamt die Bestimmung desjenigen, von dem ein Hypothekenbrief eingereicht worden ist, über Aushändigung des Briefes an die von ihm bezeichnete Person zu befolgen hat (vgl. KGJ. **31** A 345, **38** A 285, **40** 322).

§ 61. **RG.** WarnE. **12** 325, GruchotsBeitr. **56** 980, R. **12** Nr. 1797 ff. Ein Teilhypothekenbrief kann seinem Begriffe nach nur auf Grund des Stammhypothekenbriefs gebildet werden. Er muß die im § 61 Abs. 2 Satz 1 GBO. zwingend vorgeschriebenen Erfordernisse, insbesondere also auch die Bezeichnung als Teilhypothekenbrief sowie eine beglaubigte Abschrift der im § 56 Satz 2 vorgesehenen Angaben des bisherigen Briefes enthalten. Anderenfalls ist er ungültig und kann er nicht gemäß § 1152 BGB. hinsichtlich des abgetretenen Teiles der Hypothek an die Stelle des bisherigen Briefes, des Stammhypothekenbriefs treten. Die Ermächtigung kann widerrufen werden. . . . Jedoch ist der Widerspruch allerdings dann ohne Belang, wenn er erst nach Eingang des Hypothekenbriefs bei dem Grundbuchamt kundgegeben worden wäre.

§ 62. R. 12 Nr. 3253 (KG.). Werden bei einer Hypothek neue Bedingungen, z. B. eine Entschädigung für den Fall früherer Rückzahlung, eingetragen, so kann der Gläubiger nicht verlangen, daß auf dem Hypothekenbrief, außer dem Vermerke dieser Änderung auch noch vermerkt werde, ob und welche Zwischeneintragungen der Entschädigung im Range vorgehen.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§ 71. I. Die Beschwerdeberechtigung. 1. du Chesne, DNotV. **12** 202 ff. (206). Zwischen der Anregung eines Beteiligten und der Entschließung des Grundbuchamts besteht kein ursächlicher Zusammenhang. Ist dem aber so, so kann der Anregende auch nicht dadurch beschwert sein, daß das Grundbuchamt seiner Anregung nicht folgt und dies ihm etwa mitteilt. Beschwert ist vielmehr nur der Antragsteller, dessen prozessualen Anspruch das Grundbuchamt verneint; nur er kann aus diesem Grunde Beschwerde führen. Somit ergibt sich, daß auch das Hinzukommen einer vorherigen Anregung an der Unzulässigkeit der Beschwerde nichts ändern kann. Hatte der Anregende keinen Anspruch auf Vornahme der Eintragung, so hat er auch keinen Anspruch auf Abänderung der die Eintragung ablehnenden Entscheidung, d. i. keine Beschwerde. Einen Fall gibt es freilich, in dem der durch Nichtvornahme einer Offizialeintragung betroffene Private einen Anspruch auf Abhilfe durch die Behörde hat. Hat nämlich das Grundbuchamt eine inhaltlich unzulässige Eintragung vorgenommen oder unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften das Grundbuch unrichtig gemacht (§ 54 GBO.) und kommt er der ihm auferlegten Offizialpflicht zur Löschung oder Eintragung eines Widerspruchs nicht nach, so kann beim Beschwerdegerichte beantragt werden, daß das Grundbuchamt entsprechend angewiesen werde (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO.). Diese Beschwerde ist aber gegeben, gleichgültig, ob ihr eine Anregung zur Löschung oder zur Eintragung eines Widerspruchs vorausgegangen ist; sie ist daher nicht Rechtsmittel gegen Nichtbeachtung dieser Anregung, sondern Antrag an das Beschwerdegericht, das Grundbuchamt zur Erfüllung seiner Offizialpflicht anzuhalten.

2. OLG. **25** 375 (KG.). Gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts steht nur demjenigen ein Beschwerderecht zu, welcher durch sie in seiner Rechtsstellung mittelbar oder unmittelbar beeinträchtigt ist (vgl. Güthe § 71 Anm. 17). Im Falle der Zurückweisung eines Eintragungsantrags deckt sich die Berechtigung zur Beschwerde mit derjenigen zur Antragstellung. Wer ein Antragsrecht zu einer Eintragung hat, ist im § 13 Abs. 2 GBO. bestimmt. Hiernach wird die eine Gruppe der Antragsberechtigten durch diejenigen gebildet, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, die andere Gruppe von den Personen, zu deren Gunsten eingetragen werden soll.

3. OLG. **25** 388, RJA. **11** 66 (KG.). Das LG. hat auf die Beschwerde des A. das Grundbuchamt zur Eintragung des von A. beantragten Widerspruchs an-

gewiesen, ohne jedoch zu prüfen, ob A. beschwerdeberechtigt war. Diese Prüfung war notwendig, da zwar ein Widerspruch gemäß § 54 von Amts wegen einzutragen ist, das Beschwerdegericht aber, wenn der Grundbuchrichter dieser Vorschrift nicht entspricht, nur dann zur Eintragung eines Widerspruchs anweisen darf, wenn es von einem Beschwerdeberechtigten angerufen worden ist. S. unten Ziff. II 3.

4. Josef, ZBlFG. **12** 565 ff. (577). Die GBO. hat keine Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen jemandem gegen eine Entscheidung des Grundbuchamts die Beschwerde zusteht, d. h. er berechtigt ist, eine Nachprüfung der Richtigkeit der Entscheidung durch das Beschwerdegericht zu verlangen. Folglich ist die Frage nach der Natur der Sache dahin zu beantworten, daß die Beschwerde jedem zusteht, dem die angefochtene Verfügung zur Beschwernis, zum Nachteile gereicht, der also an der Beseitigung der Verfügung ein Interesse hat. Gleichgültig ist, ob dies Interesse ein wirtschaftliches oder ein rechtliches ist; diese Unterscheidung ist schon wegen ihrer Unbestimmtheit abzulehnen. Voraussetzung des Beschwerderechts ist aber, daß dem Beschwerdeführer ein Anspruch auf den mit der Beschwerde angestrebten Erfolg zusteht, sei es, daß er gegen einen anderen Beteiligten einen diesbezüglichen Anspruch hat, sei es, weil dem Grundbuchamt als Amtspflicht die Wahrung des vom Beschwerdeführer verfolgten Interesses obliegt. Danach ist das Beschwerderecht ausgeschlossen für den Nachhypothekar gegen die die Löschung der Vorhypothek ablehnende Verfügung, für den Eigentümer gegen die die Umschreibung der Hypothek auf den Erwerber ablehnende Verfügung, für den Gläubiger gegen die den Antrag des Eigentümers auf Zusammenschreibung der Grundstücke ablehnende Verfügung. Dagegen ist das Beschwerderecht gegeben, wenn in den gedachten Fällen der Eigentümer dem Nachhypothekar zur Herbeiführung der Löschung verpflichtet ist, wenn die Abtretung auf Veranlassung des Eigentümers erfolgt ist, wenn das Grundbuchamt die Vereinigung der Grundstücke angeordnet hat. Die Beschwerde steht ferner zu gegen eine die Löschung ablehnende Verfügung dem Vorbesitzer, dem die Wegschaffung der Last obliegt, sowie dem Gläubiger, wenn die Löschung wegen Mangelhaftigkeit der von ihm erteilten Quittung abgelehnt ist. Liegen die Voraussetzungen des Beschwerderechts vor, so steht der Beschwerde nicht der Umstand entgegen, daß die angefochtene Verfügung ergangen ist gemäß dem Antrage des Beschwerdeführers. Denn für die Beschwerdebefugnis ist es gleichgültig, daß das Grundbuchamt einem unbegründeten Antrag des Beteiligten stattgegeben, ihn also in dem Irrtum über die Begründetheit des Antrags bestärkt hat. Daher steht der Beschwerde des Besitznachfolgers auch nicht der Umstand entgegen, daß er beim Erwerbe des Grundstücks die Richtigkeit einer Eintragung vorausgesetzt hat, er kann also die Gesetzwidrigkeit einer Eintragung durch Beschwerde geltend machen, auch wenn er die Post im Kaufvertrag übernommen hat. Der Behörde, der die Aufsicht über die Vermögensverwaltung einer juristischen Person zusteht, gereicht es zur Beschwernis, wenn im Grundbuche des jener gehörigen Grundstücks eine unrichtige Eintragung bewirkt ist. Die Aufsichtsbehörde hat ein Interesse an deren Beseitigung und folglich das Beschwerderecht nach Maßgabe des § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO.

5. KGJ. **42** 184 (KG.). Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß die Schulaufsichtsbehörde zwecks Aufrechterhaltung der Übereinstimmung des Grundbuchs mit dem materiellen Rechte Anträge bei dem Grundbuchamte zu stellen berechtigt sei, ist im § 26 Abs. 2, § 29 Abs. 3 PrVolksschulunterhaltungsG. vom 28. Juli 1906 nicht zum Ausdrucke gekommen. Grundsätzlich ist die rechtliche Stellung der Schulaufsichtsbehörde, wie sie durch die preußische Regierungsinstruktion vom 23. Oktober 1817 begründet war, durch das Volksschulunterhaltungsgesetz nicht verändert. Hiernach ist die Regierung in ihrer Eigenschaft als Schulaufsichtsbehörde

in Grundbuchsachen nur insoweit beschwerdeberechtigt, als durch die angefochtene Entscheidung ihr Aufsichtsrecht beeinträchtigt ist.

6. KGJ. **42** 202 (KG.). Die Eintragung der Anerbengutseigenschaft erfolgt lediglich im Interesse des Staates zur Durchführung bestimmter nationaler, sozialer, wirtschaftlicher und finanzieller Zwecke. Es handelt sich also um eine dem öffentlichen Rechte angehörende Eintragung. Auf sie ist daher der § 892 BGB. nicht anwendbar, auch insofern nicht, als die Anerbengutseigenschaft die Entstehung der im § 7 G. vom 8. Juni 1896 erwähnten Verfügungsbeschränkung zur Folge hat. Hieraus ergibt sich, daß die Anerbengutseigenschaft auch dann, wenn sie zu Unrecht gelöscht worden ist, also weiter besteht, auch denjenigen gegenüber gilt, die im guten Glauben an die Richtigkeit der Löschung Rechte an dem Anerbengut erworben haben. Da der § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. sonach nicht Platz greift, ist die Beschwerde und die weitere Beschwerde mit dem Ziele auf Wiedereintragung der gelöschten Anerbengutseigenschaft zulässig.

7. KGJ. **41** 253 (KG.). Gegen die Ablehnung eines auf Grund des § 39 GBO. gestellten Ersuchens einer Behörde steht auch den Beteiligten die Beschwerde zu.

8. BayObLG. **13** 13, R. **12** Nr. 1240 (BayObLG.). Die Beschwerde ist nur wegen Verletzung der Rechte der Beteiligten zulässig; der Notar kann sich wegen einer Bemerkung in der Entscheidung, die, ohne die Rechte der Beteiligten zu berühren, nur seine Geschäftsbehandlung beanstandet, nicht im Namen der von ihm vertretenen Partei beschweren.

9. OLG. **25** 387 (KG.). Wenn das Verlangen auf Ausbuchung sich gegen die bestehende Eintragung einer Kirchengemeinde als Eigentümerin richtet, so ist die Verfolgung dieses Verlangens mit der Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. unzulässig.

10. HessRspr. **12** 335 (Darmstadt). Ein Beschwerderecht steht gegen die Ablehnung der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs nach § 18 GBO. nicht zu, wenn inzwischen einem weiteren Eintragungsantrage stattgegeben worden ist. Vgl. Güthe, GBO. § 18 Anm. 48.

11. BadNotZ. **12** 162 (LG. Konstanz). Dem Nachlaßgerichte steht in Baden in Grundbuchsachen kein selbständiges Beschwerderecht zu.

12. Neuenhagen, HessRspr. **13** 235. Beschwerderecht des Kreisamts gegenüber grundbuchamtlichen Entscheidungen auf Grund der Bek. vom 27. Juni 1908, betr. den gewerbsmäßigen Handel mit ländlichen Grundstücken.

II. Beschwerde gegen eine Eintragung. 1. KGJ. **42** 256 (KG.). Eine Beschwerde gegen eine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. liegt dann, wenn mit der Beschwerde die Ergänzung einer unvollständigen Eintragung verlangt wird, nicht aber dann vor, wenn die Beschwerde darauf gerichtet ist, daß der in den Eintragungsvermerk nicht aufgenommene Zusatz zum Gegenstand einer neuen selbständigen Eintragung gemacht werden soll. Eine neue selbständige Eintragung kann aber nur dann verlangt werden, wenn die fragliche Bestimmung fortgelassen oder in inhaltlich unzulässiger Weise, nicht aber auch dann, wenn sie unrichtig eingetragen ist.

2. PosMSchr. **12** 11 (KG.). Die Rüge einer falschen Schreibweise des Namens einer im Grundbuch als berechtigt eingetragenen Person, deren Identität zweifellos ist, richtet sich nicht gegen eine unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehende Eintragung im Sinne von § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. Die über diese Rüge vom Grundbuchamte getroffene Entscheidung unterliegt deshalb nach der Regel des § 71 Abs. 1 GBO. der Anfechtung im Beschwerdewege (KG., OLG. **7** 197, KGJ. **32** A 202 f.).

3. RJA. **12** 66 (KG.). Die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 54 GBO. muß von Amts wegen erfolgen, das Beschwerdegericht darf aber, wenn der Grundbuchrichter dieser gesetzlichen Vorschrift nicht entspricht, nur dann eine Anweisung zur Eintragung des Widerspruchs erteilen, wenn es von einem Beschwerdeberechtigten angerufen worden ist. Allerdings hat das KG. in dem Beschl. vom 24. September 1900 (KGJ. **20** A 294) angenommen, daß das Beschwerdegericht auch von Amts wegen auf die Eintragung eines Widerspruchs hinwirken dürfe. Diese Ansicht kann jedoch nicht aufrechterhalten werden, denn sie widerspricht der auch vom KG. ständig festgehaltenen und zutreffenden Auffassung, daß die Beschwerde der §§ 71 ff. GBO. keine Popularbeschwerde ist, daß das Beschwerdegericht vielmehr stets nur kraft des Willens eines Beschwerdeberechtigten tätig werden kann (KGJ. **20** A 13, **21** A 196, **31** A 239, **33** A 305, OLG. **1** 345, **7** 188). Dieser Grundsatz gilt auch für den Fall des § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. (Fuchs-Arnheim, GBO. II, 652, Anm. 19 zu § 71; Güthe, GBO. II, 1101, 1104 Anm. 12, 20 zu § 71; Predari, GBO. 698 Anm. 16 a. E. zu § 71).

4. SächsOLG. **33** 422 (Dresden). Die Vorschrift des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. schlägt nicht ein, wenn die Beschwerde sich nicht gegen die auf Grund der Bewilligung und des Antrags des Grundstückseigentümers erfolgte Eintragung der Zinserhöhung, sondern dagegen richtet, daß das AG. den selbständigen Antrag auf Eintragung der von den Zwischenberechtigten bewilligten Rangänderung abgelehnt hat.

5. ElsLothNotZ. **12** 260 (Colmar). Gegen eine Eintragung, die der Bewilligung und dem Eintragungsantrage nur teilweise entspricht, ist eine ihre Ergänzung und Berichtigung bezweckende Beschwerde nicht zulässig.

6. *v. Henle, R. **12** 79. Die Auffassung, daß zwar der Grundbuchbeamte eine unrichtige Eintragung auf Antrag berichtigen kann, daß aber das Beschwerdegericht ihn dazu nicht anweisen kann, auch wenn er den begründetsten Antrag zurückgewiesen hat, kann nicht gebilligt werden. S. JDR. **9** zu § 71 Ziff. II 2 GBO.

7. Josef, SeuffBl. **12** 129. A. hat seine Hypothek am 1. Mai 1910 dem B. abgetreten; dieser ist als neuer Gläubiger eingetragen. Nun überreicht A. am 1. Januar 1911 dem Grundbuchamte den Beschluß, durch den er am 1. Mai 1909, also vor der Abtretung, wegen Verschwendung entmündigt war und beantragt unter Hinweis darauf, daß die Entmündigung erst Ende des Jahres 1910 aufgehoben, die Abtretung danach nichtig sei, die Berichtigung des Grundbuchs durch seine Wiedereintragung als Gläubiger. Da der Grundbuchrichter Zweifel an der Richtigkeit jener Behauptungen hat, so stellt er hierüber durch Einsicht der Entmündigungsakten und durch Abhörung des B. Ermittelungen — über die Ermittelungspflicht des Grundbuchamts bei Anträgen auf Berichtigung des Grundbuchs vgl. KGJ. **36** A 172 (ZBlFG. **9** 285, R. **08** Nr. 3518), ferner **RG. 73** 154, dagegen aber auch Michaelis DJZ. **10** 1438 — an. Ergeben diese die Richtigkeit jenes Sachverhalts, so ordnet er die Berichtigung des Grundbuchs durch Beischreibung eines Vermerkes bei der Hypothek an. Der Berichtigungsvermerk ist auch hier ein Teil der ursprünglichen Eintragung, so daß er teilnimmt am öffentlichen Glauben des Grundbuchs, und das Berichtigungsverfahren ist auch hier mit der Berichtigungseintragung beendigt. Aber dessenungeachtet ist doch gegen die Verfügung, durch die die Eintragung angeordnet wird, die Beschwerde zulässig; um so mehr kann doch B. gegen die erfolgte Eintragung ein Beschwerdeverlangen aus § 71 Abs. 2 GBO., also dahin stellen, daß der Berichtigungsvermerk gelöscht werde.

III. Der Beschwerdeantrag. du Chesne, BuschsZ. **43** 61 (84). Wenn ein Antrag im „Nichteintragungsverfahren" zurückgewiesen worden ist und der Antragsteller sich dadurch beschwert findet, so ist die Beschwerde nicht nur der einfache Antrag auf Beseitigung, sondern außerdem die Erklärung, daß die gewollte

und vom Grundbuchamte verweigerte Handlung noch immer gewollt werde. Die Beschwerde enthält demnach in diesen Fällen das doppelte Verlangen auf Beseitigung der abweichenden Entscheidung und auf Anordnung der begehrten Handlung.

§ 73. Josef, BayRpflZ. **12** 229. Das Gesetz enthält keine Vorschrift, daß die Beschwerdeschrift in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 21 Abs. 2 FGG.) die Unterschrift des Beschwerdeführers tragen müsse. Die Übertragung der für den Zivilprozeß geltenden Vorschriften auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist unzulässig, weil in diesem die Grundsätze des Vorgehens von Amts wegen, der Formlosigkeit und möglichster Rücksicht auf die Interessen der Beteiligten gelten. Hier genügt es danach, daß das Schriftstück die äußerlichen Kennzeichen einer abgeschlossenen, von einer bestimmten Person an das Gericht gerichteten Willensäußerung an sich trägt; diese Kennzeichen können auch beim Mangel einer Unterschrift vorhanden sein, so wenn das Schriftstück verläßlich beglaubigte Handzeichen oder die Unterstempelung einer Behörde oder sonst deren Bezeichnung enthält und nicht etwa besondere Umstände Zweifel erregen an dem Willen des Urhebers, die Schrift an das Gericht gelangen zu lassen. Bestehen trotz des Vorhandenseins solcher Anhaltspunkte für den Urheber und für diesen Willen doch Zweifel, so ist das Beschwerdegericht in dieser nur von der Willkür der Beteiligten abhängenden Verfahrensvorfrage zu Ermittlungen von Amts wegen nicht verpflichtet; es wird nur ex nobili officio dem vermutlichen Absender mitteilen, daß das unterschriftslose Schriftstück mangels genügender Kennzeichen nach Lage des Falles nicht als eine Beschwerdeschrift gelten könne. Bringt sodann der vermutliche Absender durch weitere Erklärungen dem Beschwerdegerichte die Überzeugung bei, daß das Schriftstück von ihm ausgegangen sei, so entsteht erst damit für das Gericht die Pflicht, auf die Beschwerde sachlich zu entscheiden.

§ 74. 1. du Chesne, BuschsZ. **43** 61 (84). § 74, wonach die Beschwerde auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden kann, hat auf eine Beschwerde gegen Vornahme einer Offizialhandlung Anwendung zu finden.

2. RJA. **12** 67 (KG.). Wird gegen die Zurückweisung eines Antrags, der nicht Erfolg haben kann, Beschwerde eingelegt, so kann dieser nicht um deswillen stattgegeben werden, weil mit ihr ein neuer (zulässiger und begründeter) Antrag verbunden ist. Mit der Beschwerde kann nur, wenn auch unter Vorbringung neuer Tatsachen (§ 74 GBO.), die nochmalige Prüfung des zunächst gestellten oder eines etwa darin enthaltenen eingeschränkten Antrags verlangt werden.

3. du Chesne, HessRspr. **13** 25. In seinem Kommentare zur GBO. führt Güthe (2) 1110 Anm. 9 aus: „Richtet sich die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags, so liegt in ihrer Zurücknahme nicht die Zurücknahme des ursprünglichen Antrags. Denn über ihn ist entschieden, und infolge der Rücknahme der Beschwerde bleibt gerade diese Entscheidung bestehen. Das gleiche gilt für den Fall der Zwischenverfügung. Die Rücknahme bedarf daher nicht der Form des § 29 Satz 1 GBO." Dieser Ansicht ist beizutreten; der § 32 GBO. gilt für das Beschwerdeverfahren nicht.

4. du Chesne, ZBlFG. **12** 453. Zum Verzicht auf das Beschwerderecht genügt eine einseitige Erklärung. Dagegen ist unzutreffend, wenn Güthe eine dem Grundbuchamte gegenüber abzugebende Erklärung fordert. Denn es ist eine Erklärung dem anderen Anspruchsbeteiligten gegenüber zu erfordern; dieser ist aber hinsichtlich des erwachsenen Beschwerdeanspruchs nicht das Grundbuchamt, sondern das Beschwerdegericht. Dem Grundbuchamte kann eine solche Erklärung auch praktisch gleichgültig sein. Denn wenn das Grundbuchamt die Eintragung beschlossen hat, so darf es nach der herrschenden, von den Motiven geteilten Ansicht dies überhaupt nicht nach außen kundgeben, sondern muß den inneren Entschluß alsbald ausführen; dann hat aber eine vor der

Eintragung an das Grundbuchamt gelangende Erklärung, es werde auf Beschwerde verzichtet, keine Bedeutung, da selbst die gegenteilige Erklärung das Grundbuchamt nicht an der Eintragung verhindern könnte und dürfte. Überdies würde ein Verzicht auf die Beschwerde gegen die bloße Eintragungsentschließung, da die Beschwerde — in begrenztem Umfang — erst gegen die Eintragung selbst zulässig ist, den Verzicht auf das künftig mögliche Beschwerderecht bedeuten, der unzulässig ist. Ist die Eintragung schon erfolgt, so ist ein Verzicht auf das Beschwerderecht für das Grundbuchamt erst recht unerheblich. . . . Die Rücknahme der Beschwerde enthält einen Verzicht, wenn die Beschwerderücknahme den Ausdruck des Willens enthält, das Beschwerderecht nicht mehr zu haben. Nun ist die Rücknahme der Beschwerde der contrarius actus ihrer Einlegung. Die Einlegung der Beschwerde aber ist die Geltendmachung des Beschwerdeanspruchs. Also ist die Rücknahme der Beschwerde die Wiederaufhebung der Geltendmachung des Beschwerderechts, nicht die Aufhebung des Beschwerderechts selbst. Die Erklärung des Willens, auf das Beschwerderecht selbst zu verzichten, ist daher in der bloßen Wiederaufhebung der Geltendmachung als der Erscheinungsform des Beschwerderechts jedenfalls nicht zu finden.

§ 75. du Chesne, BuschsZ. **43** 61 (84). Was § 75 anlangt („Erachtet das Grundbuchamt die Beschwerde für begründet, so hat es ihr abzuhelfen"), so gilt er sicherlich für Antragsfälle außerhalb des Eintragungsverfahrens und bedeutet insoweit die nochmalige Eröffnung der Möglichkeit für das Grundbuchamt, seine Entscheidung selbst abzuändern. Diese Möglichkeit fällt nicht außerhalb des Rahmens der Grundsätze über die Abänderung von Entscheidungen durch das Grundbuchamt. Denn wenn gegen die Ablehnung eines Antrags Beschwerde erhoben wird, so darf das Grundbuchamt für erwiesen annehmen, daß der Wille des Antragstellers, die Handlung zu verlangen, auch jetzt noch besteht. Die Bedeutung der Vorschrift liegt demnach nur darin, daß das Grundbuchamt gehalten ist, auch einen an das Beschwerdegericht gerichteten Antrag als an sich gerichtet anzusehen und daraufhin in erneute Sachprüfung einzutreten. Damit wird der Beschwerde die Devolutivwirkung ausdrücklich abgesprochen. Weiter hat § 75 auch für die Fälle Bedeutung, wo im Offizialverfahren eine Handlung vorgenommen ist, deren beschwerende Folgen durch die Beschwerde in ihrer negatorischen Funktion beseitigt werden sollen. Auch hier ist die Offizialhandlung, wenn sie das Recht des Beschwerdeführers (Antragstellers) kränkt, vom Grundbuchamte, soweit dies möglich ist, zu beseitigen. Hier aber konkurriert die jederzeitige freie Abänderungsbefugnis des Grundbuchbeamten mit der vom § 75 dem Grundbuchamt eröffneten Möglichkeit, auf erhobene Beschwerde selbst abzuhelfen. Demnach hat § 75 hier nur die Wirkung, die Devolution abzuschneiden; denn die jederzeitige freie Abänderungsmöglichkeit geht über die durch den Beschwerdeantrag dem Grundbuchamt eröffnete in ihrer Wirkung noch hinaus. Auch hier läßt sich demnach sagen, daß § 75 zwar dem Wortsinne nach auf das Offizialverfahren anwendbar ist, seine eigentliche Zweckbestimmung aber im Antragsverfahren hat.

§ 76. 1. du Chesne, BadRpr. **12** 136. Der Wortlaut des Abs. 2 „wird von Amts wegen gelöscht" ist dahin aufzufassen, daß das Gesetz damit sowohl dem Beschwerdegerichte wie dem Grundbuchamte die Befugnis habe geben wollen, die Löschung anzuordnen. Diese Annahme dürfte auch praktisch die zweckmäßigere sein. Denn das Beschwerdegericht, das die Grundlagen für die Erlassung der einstweiligen Anordnung (§ 76 Abs. 1) zu prüfen gehabt hat, wird auch am besten in der Lage sein, ihren nachmaligen Wegfall zu erkennen und die sich daraus ergebenden Folgerungen zu ziehen. Die gleichzeitige Zuständigkeit des Grundbuchamts aber ergibt sich ungezwungen aus der allgemeinen Pflicht des Grundbuchamts, das Grundbuch in Ordnung zu halten. Gegen Güthe, GBO. (2) § 76 Anm. 8.

2. *v. Henle, R. 12 80. Aus § 76 Abs. 2 folgt, daß die Vormerkung oder der Widerspruch bestehen bleibt, wenn der Beschwerde stattgegeben wurde; von einer Umschreibung in eine „endgültige Vormerkung" (Widerspruch) kann keine Rede sein.

§ 77. 1. OLG. **25** 387 (KG.). Wenn das LG. die Beschwerde als unzulässig hätte verwerfen müssen, wenn es statt dessen die Beschwerde zugelassen und sachlich über sie entschieden hat, so ist sein Beschluß aufzuheben und nunmehr die erste Beschwerde als unzulässig zu verwerfen (vgl. KGJ. **37** A 220).

2. Klein, DJZ. **12** 916. Im Gegensatze zu dem Gebiete des Zivil- und Strafprozesses (§§ 91 ff. ZPO., §§ 496 ff. StPO.) fehlt es für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit an einer allgemeinen Bestimmung, daß die Gerichte sich bei ihren Entscheidungen auch über die Kostenpflicht zu äußern haben. Ausnahmen (§ 138 FGG., Art. 9 PrFGG.) bestätigen nur die Regel. Insbesondere enthält auch das PrGKG. keine Bestimmung, daß das Gericht jedesmal, wenn es tätig gewesen ist, eine Kostenentscheidung zu treffen hat. Allerdings gibt es über die Kostenpflicht (namentlich im § 1) allgemeine Bestimmungen, aber das ist materielles Recht und beantwortet nicht die Frage, ob nun gerade das Gericht dasjenige Organ ist, das über die Kostenpflicht zu entscheiden hat. Wer diese Entscheidung zu treffen hat, ergibt sich aus §§ 14, 25 PrGKG. Danach tritt das Gericht grundsätzlich erst dann in Tätigkeit, wenn eine Erinnerung vorliegt, und die erste Entscheidung über Grund und Betrag der Kostenlast ist Sache eines anderen Organs der Staatsverwaltung, nämlich des Gerichtsschreibers (§ 12 Abs. 1 KassenO.); dessen Tätigkeit aber darf das Gericht nicht ausschalten (abgesehen von der Wertfestsetzung nach § 24 PrGKG.). Wo das PrGKG. von der allgemeinen Regel, daß das Gericht nicht in erster Reihe zur Entscheidung über die Kosten berufen ist, abweichen will, gibt es ausdrückliche Bestimmungen (vgl. § 10 und § 24 Abs. 2); deshalb muß auch das Gericht bei jeder Entscheidung prüfen, ob nicht einer der Ausnahmefälle vorliegt, aber bei Verneinung dieser Frage braucht es regelmäßig darüber nichts Besonderes zu sagen. . . . Was hier für die freiwillige Gerichtsbarkeit gesagt ist, gilt auch für Grundbuchsachen.

3. Josef, ZBlFG. **12** 565 ff. (582). Hat das Beschwerdegericht die Entscheidung des Amtsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen, so ist die diesem obliegende neue Entscheidung nicht als ein Teil der Beschwerdeentscheidung anzusehen, sondern sie hat vollständig neu und selbständig zu ergehen, auf Grund des Sachverhalts, wie er zur Zeit des Erlasses der neuen Entscheidung vorliegt. Durch die Zurückverweisung wird also die Sache in dieselbe Lage versetzt, als wenn das Amtsgericht zum ersten Male zu entscheiden hätte; folglich kann das Amtsgericht auch zu einer Entscheidung kommen, die für den Beschwerdeführer ungünstiger ist als die aufgehobene. Das gleiche gilt auch, wenn das OLG. auf weitere Beschwerde die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Sache an dieses zurückverwiesen hat. Dagegen darf das Beschwerdegericht in diesem Falle nicht eine Entscheidung erlassen, durch die die vom Amtsgericht erlassene zuungunsten des Beschwerdeführers abgeändert würde. Dem steht das Verbot der reformatio in pejus entgegen.

4. *v. Henle, R. **12** 89. Wenn das Beschwerdegericht die Entscheidung beschlossen und schriftlich zu den Akten niedergelegt hat, kann sie nicht mehr zurückgenommen werden.

§ 78. 1. BayObLG. **12** 706. Auf neue Tatsachen kann in Grundbuchsachen die weitere Beschwerde nicht gegründet werden. Als neue Tatsache in diesem Sinne stellt sich auch die Bezugnahme auf eine im früheren Verfahren nicht benutzte Urkunde dar.

2. R. **12** Nr. 2722 e (Colmar). Die weitere Beschwerde in Grundbuchsachen läßt sich nicht auf das neue Beweismittel gründen, das darin besteht, daß

in dieser Instanz der Beschwerdeführer die in den Vorinstanzen versäumte Bezugnahme auf den in den Nachlaßakten vorhandenen Beweis seiner Erbeigenschaft nachholt.

3. a) ElsLothNotZ. **12** 321 (Colmar). Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das Grundbuchamt, nachdem gegen seine Zwischenverfügung vom 17. August 1912 Beschwerde eingelegt war, vor Erledigung dieses Beschwerdeverfahrens eine weitere Entscheidung in der Sache nicht treffen durfte, daß also der Beschluß vom 23. August 1912 zu Unrecht erlassen worden ist. Damit ist aber die Wirksamkeit dieses Beschlusses nicht in Frage gestellt. Durch ihn ist vielmehr die Zwischenverfügung erledigt und die gegen sie eingelegte Beschwerde gegenstandslos geworden. Über eine gegenstandslose Beschwerde aber hätte das Landgericht als Beschwerdegericht sachlich nicht entscheiden dürfen. **b)** du Chesne, SeuffBl. **77** 544. Ist die weitere Beschwerde gegen den eine Zwischenverfügung bestätigenden landgerichtlichen Beschluß eingelegt, so wird sie dadurch in der Hauptsache gegenstandslos, daß der Grundbuchrichter nach Erlassung des landgerichtlichen Beschlusses den Eintragungsantrag endgültig zurückweist. . . . Eine Anweisung an das Grundbuchamt, seinen Zurückweisungsbeschluß aufzuheben, enthält einen Widerspruch. Denn entweder das OLG. prüft die Frage und hebt, wenn es den Beschluß als ungerechtfertigt erkennt, ihn auf, oder es weist das Grundbuchamt an, selbst zu prüfen und Entscheidung zu fassen. Im zweiten Falle kann es aber dem Grundbuchamte den Inhalt seiner Entschließung („seinen Zurückweisungsbeschluß aufzuheben") nicht vorschreiben, weil sonst die Prüfung und Entschließung des Grundbuchamts eine Form ohne Inhalt, ein Scheinvorgang wäre. . . . In solchem Falle ist daher der gewiesene Weg der, die weitere Beschwerde, falls sie nicht auf den Kostenpunkt allein beschränkt wird, zurückzuziehen und sich mit der ersten Beschwerde gegen den Ablehnungsbeschluß zu wenden.

4. du Chesne, SächsRpflA. **12** 103. Ergibt sich aus dem festgestellten Willen noch nicht, ob überhaupt eine Entscheidung vorliegt, ergibt sich weiter aus dem Inhalte der Entscheidung noch nicht, ob die auf ihr beruhende Eintragung ihr entspricht, so kann nicht gesagt werden, daß der festzustellende Inhalt einer Eintragung mit dem festgestellten Willen der entscheidenwollenden Behörde zusammenfalle und deshalb die Feststellung des Inhalts einer Eintragung mit der des Willens der entscheidenwollenden Behörde identisch sei, daß somit das Gericht der weiteren Beschwerde an die Auslegung eines Eintrags durch das Beschwerdegericht gebunden sei. Nur ob und was das mit der Entscheidung befaßte Gericht hat entscheiden wollen, kann das Gericht der ersten Beschwerde bindend feststellen, nicht auch, was und ob es dies wirklich entschieden hat und noch weniger, was eine darauf beruhende Eintragung bedeutet und wirkt. Damit wird die Willensfeststellung durch das erste Beschwerdegericht zu einem einzelnen Elemente für die Beurteilung einer Entscheidung oder Eintragung, dessen Bedeutung unter Umständen durch die anderen, der Prüfung des Gerichts der weiteren Beschwerde unterliegenden Elemente gänzlich ausgeschaltet werden kann; nicht aber wird durch sie das Gericht der weiteren Beschwerde der Prüfung der Entscheidung oder der Eintragung überhoben.

5. du Chesne, R. **12** 85. Bei der weiteren Beschwerde muß sowohl Gesetzesverletzung als Rechts- (und damit Gesetzes-) Verletzung vorliegen, während bei der einfachen Beschwerde die Rechtsverletzung etwa infolge unrichtiger Tatsachenfeststellung genügt.

§ 79. RG. WarnE. **12** 435, SeuffBl. **12** 432. Die Voraussetzungen des § 79 Abs. 2 GBO. sind gegeben, wenn sie nach dem von dem OLG. angenommenen Sachverhalte vorliegen.

§ 80. I. Die Form der weiteren Beschwerde. BayObLG. **12** 553. Zur Einlegung der weiteren Beschwerde durch Einreichung einer Beschwerdeschrift ist die Zuziehung eines Rechtsanwalts erforderlich, und eine nur von dem Notar unterzeichnete Beschwerdeschrift nicht genügend, wenn der Notar nicht den Eintragungsantrag im Namen der Beteiligten bei dem Grundbuchamte gestellt, sondern nur die Urkunde, welche den Eintragungsantrag der Beteiligten enthält, dem Grundbuchamte „zum Vollzug" oder „unter Anschluß an die von den Beteiligten gestellten Anträge zum Vollzuge" vorgelegt hat.

II. Die Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde. 1. KGJ. **41** 168 (KG.). Daß das Gericht der weiteren Beschwerde sich nicht auf die Prüfung des in der Vorentscheidung und in der durch sie bestätigten Zwischenverfügung geltend gemachten, mit der weiteren Beschwerde angefochtenen Grundes der Beanstandung des Eintragungsantrags beschränkt, sondern ein anderes, die Zwischenverfügung in ihrem entscheidenden Teile rechtfertigendes Eintragungshindernis berücksichtigt hat, entspricht der nach § 78 Satz 2 GBO. auch für das Grundbuchverfahren maßgebenden Vorschrift im § 563 ZPO., deren Anwendung auf den vorliegenden Fall der Umstand nicht entgegensteht, daß das hier verwertete Bedenken vom Landgericht in einem früheren Beschwerdezuge verworfen worden ist. Diese Verwerfung ist für die höhere Instanz nicht bindend.

2. Josef, RheinA. **110** 95. Der § 27 FGG. mit § 551 Ziff. 7 ZPO., wonach die Entscheidung des Beschwerdegerichts stets als auf Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, wenn sie nicht mit Gründen versehen ist, kommt insbesondere auch zur Anwendung, wenn ein für die Entscheidung erheblicher Umstand in den Gründen gänzlich übergangen ist, also nicht feststeht, ob das Beschwerdegericht ihn versehentlich übergangen oder für unerheblich gehalten hat, ferner wenn das Beschwerdegericht eine ausführliche rechtliche Begründung der Beschwerde so dürftig abgetan hat, daß seine Rechtsansicht über die Einzelheiten der Streitfrage gar nicht zu ersehen ist, weiter auch, wenn die Gründe durch ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme auf den Inhalt der Gerichtsakten diesen gewissermaßen zu einem Teile der Gründe machen, die Gründe der Beschwerdeentscheidung aber mit dem so in Bezug genommenen Akteninhalt im Widerspruche stehen. Dagegen kommen jene Bestimmungen nicht zur Anwendung, wenn die angegebenen Gründe irrig sind oder die Entscheidung in Wirklichkeit nicht begründen oder wenn eine tatsächliche Feststellung, die nach der Sachlage erforderlich war, nicht getroffen ist. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht auf Verletzung des § 12 FGG. nicht schon dann, wenn die Feststellungen des Beschwerdegerichts unvollständig oder unrichtig sind und dieser Mangel bei eingehender Ermittelungstätigkeit zu vermeiden gewesen wäre, sondern nur, wenn ersichtlich das Beschwerdegericht die Ermittelungstätigkeit unterlassen hat unter gänzlicher Nichtbeachtung der Ermittelungspflicht oder wegen Irrtums über deren Voraussetzungen. Die im § 27 FGG. vorgeschriebene entsprechende Anwendung der §§ 561, 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO. hat bei Berücksichtigung des Wesens der FGG. zur Folge, daß die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts für das OLG. bindend sind und die Einführung neuer Tatsachen und Beweise unzulässig ist; die Entscheidung des OLG. hat so zu erfolgen, als wenn lediglich der vom Beschwerdegericht angenommene Beweis- und Sachstand unverändert bestände. Dagegen erstreckt sich die amtswegige Prüfungspflicht des OLG. darüber, ob Vorschriften des Verfahrens verletzt sind, ohne Rücksicht auf erfolgte Rüge auf die gesamten, für die angefochtene Entscheidung durch die Sach- und Rechtslage gegebenen Grundlagen. Der § 25 verlangt zwar nur eine Angabe der Gründe (d. i. der rechtlichen und tatsächlichen Würdigung, auf Grund deren das Beschwerdegericht zu seiner Entscheidung gelangt ist). Allein das Gesetz bestimmt,

indem es vorschreibt, daß die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend sind, mittelbar zugleich, daß das Beschwerdegericht tatsächliche Feststellungen zu treffen habe; die Beschwerdeentscheidung muß also eine Sachdarstellung enthalten. Enthält sie eine besondere Sachdarstellung nicht, so ist dies dahin aufzufassen, daß das Beschwerdegericht stillschweigend auf die Sachdarstellung der angefochtenen Verfügung Bezug nimmt. Dagegen braucht die Beschwerdeentscheidung nicht anzugeben, durch welche Ermittelungen und Erwägungen die Feststellung des Sachverhalts gewonnen worden ist.

§ 81. Josef, SeuffBl. **12** 491 (499). Der § 81 Abs. 2 GBO., wonach bei der Beschwerde in Grundbuchsachen die Vorschriften der ZPO. über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen entsprechende Anwendung finden, besagt: es solle so angesehen werden, als ob der im Verfahren des Grundbuchrechts verfolgte Anspruch im Zivilprozesse durchgeführt würde; es soll also, wenn der Anspruch im Verfahren des Grundbuchrechts verfolgt wird, die Frage nach der Ausschließung der Richter des Beschwerdegerichts so entschieden werden, wie sie zu entscheiden wäre, wenn der Anspruch im Prozeßwege verfolgt würde. Der gleiche Grundsatz gilt für das Ablehnungsrecht. Für dieses wie für die Ausschließung kommt also nur die Person derer in Betracht, die legitimiert wären, über den im Verfahren vor dem Grundbuchamt erhobenen Anspruch im Rechtswege zu streiten, nicht aber diejenigen, die in sonstiger Weise durch die ergehende Entscheidung des Beschwerdegerichts betroffen werden, bei ihr „beteiligt" sind. Der § 81 Abs. 2 GBO. besagt nur, daß die Vorschriften der ZPO. über die Ausschließung und Ablehnung auf Beschwerden in Grundbuchsachen entsprechende Anwendung finden; dagegen bestimmt er ebensowenig, wie die darin angezogenen §§ 41—48 ZPO., darüber, welche Wirkung die vom unfähigen Richter erlassene Entscheidung hat. Da die Unwirksamkeit einer solchen Entscheidung nicht selbstverständlich ist (sie auch im Zivilprozesse nicht nichtig, sondern bis zur Aufhebung durch Nichtigkeitsklage rechtswirksam ist) und die Unwirksamkeit nicht besonders vorgeschrieben ist, so ist sie gültig. Dagegen läßt sich ihre Wirksamkeit nicht herleiten aus § 7 FGG. Denn dieser findet nur Anwendung auf reichsgesetzliche Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und zu diesen gehört die Beschwerde in Grundbuchsachen nicht. Ferner hat § 7 nur die Handlungen eines nach dem vorhergehenden § 6 ausgeschlossenen Richters im Auge, da er nur den Fall des ausgeschlossenen, nicht des mit Erfolg abgelehnten Richters erwähnt. Auch können zur Bestimmung der Folgen der Zuwiderhandlung gegen die reichsgesetzliche Vorschrift des § 81 Abs. 2 GBO. die Landesgesetze nicht in Betracht kommen.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 87. BadRpr. **13** 2 (Karlsruhe). Verhältnis der badischen Grund- und Pfandbücher zum Grundbuchhefte.

§ 91. 1. *Ricks, Grundbuchpraxis (3) 129. Der Landrat eines Kreises und der Bürgermeister einer Stadt als Polizeiverwalter sind zwar als staatliche Behörden berechtigt, Besitzzeugnisse gemäß § 20 PrVO. vom 13. November 1899 für natürliche und juristische Personen zu erteilen, jedoch nicht, wenn Streit unter den Beteiligten wegen des Eigentums am Grundstücke besteht, und ferner nicht aus Gründen ihrer Doppelstellung und der daraus folgenden Befangenheit in Angelegenheiten des eigenen Kreises oder der eigenen Stadt. Das Zeugnis muß daher die Erklärung enthalten, daß kein Streit besteht. Im Zweifelsfalle wird zweckmäßig der Grundbuchrichter die fehlende Erklärung darüber nachfordern, und, wenn Streit besteht oder die Erklärung abgelehnt wird, die Grundbuchblattanlegung ablehnen. Diese Behörden sind nicht, auch nicht zur vorläufigen, die Beweislast völlig umdrehenden Streitentscheidung über Eigentum oder Besitz

berufen. — AM. KG. und Güthe, die diese aus allgemeinen sonst geltenden Grundsätzen und nach manchen Erfahrungen gebotenen Einschränkungen noch nicht gemacht haben.

2. RheinARV. **30** 133 (KG.). Die Bescheinigung des Bürgermeisters genügt als Eigentumsbesitzzeugnis im Sinne des § 57 Ziff. 2 G. vom 12. April 1888.

§ 94. Ricks, DJZ. **12** 668. Entlastung der deutschen Grundbuchrichter von nichtrichterlichen Arbeiten.

Reichshaftpflichtgesetz.

Vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Literatur: Beckhaus, Das Haftpflichtrecht nach dem heutigen Stande der Rechtsprechung. — Eger, Das Reichshaftpflichtgesetz, Kommentar. 7. Aufl. — Gröner, Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten und die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse. — Koban, Die Haftung der Schlafwagenunternehmungen nach österreichischem und deutschem Rechte. — Nehse, Reichsunfallfürsorgegesetz und Reichshaftpflichtgesetz, EisenbA. **12** 132. — Reichel, Haftpflicht der Eisenbahn bei Verletzung durch Dritte, R. **12** 348. — Seligsohn, Die Haftung der Eisenbahnen für vorsätzliche Tötungen und Körperverletzungen nach dem deutschen Reichshaftpflichtgesetz, GoldschmidtsZ. **71** 163 und R. 12, 522. Derselbe, Eisenbahnunternehmer und Tierhalter, JW. **12** 375.

§ 1. I. Betriebsunfälle. 1. Seligsohn, GoldschmidtsZ. **71** 163. Wird ein Eisenbahnfahrgast auf der Bahn von jemandem vorsätzlich getötet oder verletzt, so liegt ein Unfall bei dem Betriebe vor, wenn die Einrichtungen der Bahn nicht nur die Ausführung der Tat ermöglicht oder erleichtert haben, sondern überhaupt für den Entschluß des Täters kausal gewesen sind. Ist die Tat von einem Angestellten des Eisenbahnunternehmers begangen, so haftet dieser unbedingt, vorausgesetzt, daß sich der Angestellte bei Ausübung seines Dienstes befunden oder daß seine dienstliche Stellung oder Beschäftigung als solche die Ausführung der Tat ermöglicht oder erleichtert hat. Für die Tat einer anderen Person haftet der Eisenbahnunternehmer, wenn er nicht alle ihm vernünftigerweise zuzumutenden Vorkehrungen zur Abwendung und Unschädlichmachung der Tat getroffen hat.

2. Gegen Seligsohn wendet sich *Reichel, R. **12** 348, Haftpflicht der Eisenbahn bei Verletzung durch Dritte. Ist der Unfall durch Verschulden eines Dritten verursacht, so haftet die Bahn nur, wenn die besondere Betriebsgefahr als Miturfache erscheint.

3. **RG.** EisenbA. **12** 1618, JW. **12** 877. Ob private Arbeits- und Fabrikbahnen als Eisenbahnen im Sinne des HaftpflG. zu betrachten sind, ist Sache der Prüfung des einzelnen Falles, für welche den Maßstab bildet, ob nach der Art des Betriebs die gleichen Gefahren durch sie hervorgerufen werden, die mit dem Betrieb einer dem allgemeinen Verkehr dienenden Bahn verbunden sind. In dem konkreten Falle lagen zwar nicht alle, sondern nur einige Gefahrenmerkmale einer Eisenbahn vor, als ausschlaggebend ist erachtet worden, daß die fragliche einen Steinbruchbetrieb dienende mit Pferden betriebene Förderbahn öffentliche Straßen mehrerer Gemeinden mit lebhaftem Verkehre durchläuft, und daß die Talfahrt, auf welcher die Bahn die schweren Steinmassen zu befördern hat, in einem mäßigen bis starken Gefälle verläuft, so daß hierdurch die Verkehrsgefahren der Eisenbahn in einem immerhin erheblichen Grade hervorgerufen werden.

4. **RG.** BayRpflZ. **11** 202, EisenbE. **28** 94. Der Zusammenstoß eines fahrenden Straßenbahnwagens mit einem Kraftwagen ist ein Betriebsunfall. Höhere Gewalt liegt nicht vor, da in neuerer Zeit auch das Fahren von Kraftwagen zu den Vorgängen des regelmäßigen alltäglichen Straßenverkehrs gehört. Eigenes Verschulden

des Insassen des Kraftwagens ist nicht gegeben, wenn dieser nicht in der Lage war, auf den Führer desselben einzuwirken, insbesondere also meistens, wenn er weder Eigentümer des Kraftwagens noch Dienstherr des Führers ist.

5. **RG.** 77 213, JW. **11** 824, EisenbE. 28 341, EisenbVereinsZ. **12** 1249, 1361. Wenn Glatteis durch die Besonderheiten des Eisenbahnbetriebs entstanden ist, und zwar an einer Stelle, die gleichfalls infolge des Eisenbahnbetriebs von den Reisenden zu passieren war, so kann in einem auf dem Eise vorgekommenen Unfall ein Betriebsunfall zu finden sein. ➸ Dieser Entscheidung dürfte insofern kaum beizutreten sein, als die Frage, wodurch das Glatteis entstanden ist, für die Feststellung, daß der Unfall beim Betriebe sich ereignet hat, wohl nicht von Bedeutung sein kann. Red. ⇜

6. **RG.** EisenbE. 28 88, 165, BayRpflZ. **11** 224. Ausgleiten infolge von Schnee auf dem Bahnsteig ist nur dann ein Betriebsunfall, wenn besondere Umstände — Eile oder Gedränge — eine ursächliche Beziehung zum Betriebe herzustellen geeignet sind.

7. **RG.** EisenbE. 28 76. Auf den nach § 1 HaftpflG. haftenden Eisenbahnunternehmer ist eine entsprechende Ausdehnung des im § 840 Abs. 3 zugunsten der nach §§ 833—838 haftenden Personen geschaffenen Ausnahmerechts, wonach ihre Haftung in dem inneren Verhältnisse zu dem mitverantwortlichen Dritten wegfällt, nicht statthaft. — Seligsohn, JW. **12** 375, führt gegenüber der Rechtsprechung des RG. aus, daß auf den Fall der Konkurrenz der Haftpflicht nach § 1 HaftpflG. und nach § 833 BGB. der § 840 Abs. 3 BGB. keine Anwendung findet. Eisenbahnunternehmer und Tierhalter sind somit für den Schaden im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet. Dies gilt auch dann, wenn der Tierhalter selbst der Geschädigte ist. Es erscheint nicht richtig, in der Haftung aus § 1 HaftpflG. etwas anderes als eine reine Gefährdungshaftung zu erblicken und wie das RG. anzunehmen, daß § 1 HaftpflG. zwischen den auf vermutetem Verschulden im eigentlichen Sinne und den auf reiner Gefährdung beruhenden Schadenshaftungsvorschriften in der Mitte stehe.

8. **RG.** JW. 12 805. Wenn ein stillstehender Eisenbahnwagen plötzlich und ohne daß ein auch nur mit der Hand ausgeführtes Rangiermanöver stattgefunden hätte, infolge eines in seiner letzten Ursache nicht aufgeklärten Zufalls in Bewegung geraten ist und hierbei eine Person verletzt wird, so ist der Unfall nicht als beim Betriebe der Eisenbahn erfolgt anzusehen.

9. **RG.** JW. 12 919. Der Kläger hatte, außerhalb der Bahnsteigsperre am Gitter stehend, die Ankunft eines Zuges erwartet und war dadurch verunglückt, daß plötzlich die Schiebetür des Bahnsteigsperrgitters aus der Laufschiene glitt und auf ihn fiel. Nach seiner Darstellung hätten Bahnbeamte das Tor rasch und hastig geöffnet, und er habe nicht ausweichen können, weil infolge der Ankunft von Zügen ein großes Gedränge geherrscht habe. Nach der Darstellung des Beklagten dagegen soll das von den Zügen her gegen das Tor drängende Publikum es eingedrückt haben. Ein Betriebsunfall liegt in keinem Falle vor, da es an dem inneren ursächlichen Zusammenhange mit dem Betriebe fehlt. Diesen können vielmehr nur solche Umstände herstellen, die den gefährlichen Eigentümlichkeiten des Betriebs entfließen.

10. EisenbE. 28 182 (RG.). Eine Grottenbahn auf einem sog. Rummelplatze kann wegen der Kürze der Schienenstrecke, die in einem Kreise um einen Mittelpunkt herumläuft und überdies außer der Auslaufstelle keinen Aussteigeplatz besitzt, sowie wegen ihres Zweckes, der Befriedigung des Spielbetriebs zu dienen, nicht als Verkehrsmittel und demgemäß nicht als Eisenbahn im Sinne des HaftpflG. angesehen werden.

11. EisenbE. 28 175, ElsLothJZ. **36** 302 (Colmar). Unter Eisenbahnen sind nach feststehender Rechtslehre und Rechtsprechung Transportanlagen für Güter und Men-

schen durch Beförderungsmittel auf eisernen Schienensträngen zu verstehen. Diese Voraussetzung trifft bei den sog. gleislosen Bahnen nicht zu, da sie nicht auf Schienensträngen laufen. Sie gehören zu dem Fuhrwerks- und nicht zum Bahnbetriebe. Sie sind elektrische Kraftwagen mit Oberleitung.

12. KleinbZtschr. **12** 759 (Cöln). Wenn ein Fahrgast von der Plattform eines Straßenbahnwagens abstürzt, nachdem der Wagen bereits völlig zum Stehen gekommen ist und wenn ein Ruck oder Stoß nicht den Anlaß zu dem Herunterfallen gebildet hat, so liegt ein Betriebsunfall nicht vor, da der Sturz nicht mit einer dem Eisenbahnbetrieb eigentümlichen Gefahr zusammenhängt. Daß die Plattform stark besetzt war, vermag ebenfalls die Annahme eines Betriebsunfalls nicht zu begründen, wenn keinerlei Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß der Absturz infolge eines durch die starke Besetzung der Plattform hervorgerufenen Gedränges verursacht worden ist.

13. EisenbE. **28** 177 (ÖstObG.). Das HaftpflG. gewährt bloß dem Verletzten und dem Hinterbliebenen des Getöteten einen Schadensersatzanspruch gegenüber der Bahn. Eine dritte Person, die infolge der Verletzungen des am Leben gebliebenen Verunglückten einen Schaden erlitten hat, kann den Ersatz eines solchen nur beim Vorhandensein der Voraussetzungen der Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes über den Schadensersatz beanspruchen.

14. EisenbE. **28** 64 (AppH. Bern). Ein Eisenbahnbetriebsunfall liegt nicht vor, wenn ein Passagier in einem Abteil eines stillstehenden Zuges zufällig einen gefährlichen Gegenstand (eine Bombe) findet und hinausträgt und hierbei durch die Explosion verletzt wird.

II. Kausalzusammenhang. 1. **RG.** EisenbE. **28** 328. Ist das Befinden des Verletzten durch eine falsche ärztliche Behandlung weiter verschlechtert worden, so steht auch dieser Schade mit dem Unfall in ursächlichem Zusammenhange, wenn der Verletzte die konkrete ärztliche Behandlung nach seinen persönlichen und den sonstigen Verhältnissen unbedenklich in Anspruch nehmen durfte. Ein ursächlicher Zusammenhang würde nur dann fehlen, wenn der behandelnde Arzt alle ärztliche Regel und Erfahrung derart gröblichst außer acht gelassen und jede berechtigte Erwartung an ein vernünftiges und gewissenhaftes ärztliches Verfahren derart getäuscht hat, daß der Mißerfolg der Behandlung im Rechtssinn allein auf diese ungewöhnlichen Umstände zurückgeführt werden muß.

2. **RG.** EisenbVereinsZ. **12** 1481. Es sind zwei grundsätzlich voneinander verschiedene Fragen, ob der Unfall das Leiden des Verletzten verursacht und inwieweit der Betriebsunternehmer aus der Verursachung des Leidens für den Schaden zu haften hat. Bei letzterer kommt außer dem ursächlichen Zusammenhange noch in Betracht, daß der Betriebsunternehmer für den Schaden nur insoweit haftet, als er die Folge des durch den Unfall verursachten Leidens ist. Die Zusprechung einer Rente hat deshalb zur Voraussetzung, daß der Verletzte ohne den Unfall und das durch ihn verursachte Leiden eine seinem Lebensalter entsprechende Erwerbsfähigkeit behalten haben würde. War der Verletzte schon zur Zeit des Unfalls mit einer Krankheitsanlage behaftet, die in naturgemäßer Weiterentwickelung seine Arbeitsfähigkeit nachteilig beeinflußt haben würde, auch wenn er durch den Unfall nicht verletzt worden wäre, so ist das für die Festsetzung der Rente, ihrer Höhe und Dauer erheblich.

III. Betriebsunternehmer. **RG.** EisenbE. **28** 103. Hat die Eigentümerin einer Bahn den Betrieb derselben einer Gesellschaft übertragen, so ist diese als Betriebsunternehmerin anzusehen, auch wenn sie 9/10 des Reingewinns an die Eigentümerin abzugeben hat.

IV. Höhere Gewalt. 1. **RG.** EisenbE. **28** 111. Wenn ein Kind auf einem die Bahn kreuzenden Fußwege wegen völlig unübersichtlichen Geländes vor den

Zug gerät, so ist ein solches Ereignis voraussehbar und abwendbar, mithin keine höhere Gewalt. Voraussehbar ist das Ereignis, weil bei der Unübersichtlichkeit des Geländes an der fraglichen Stelle die Gefahr besonders nahe lag, abwendbar, weil der Unfall durch Anbringung einer Schranke hätte vermieden werden können.

2. **RG.** JW. 12 805, EisenbE. 28 432. Der Zusammenstoß eines Straßenbahnwagens mit einem Automobil in einer verkehrsreichen Gegend stellt, auch wenn es sich um die Nachtzeit handelt, ein innerhalb des dem Bahnbetrieb eigentümlichen Gefahrenkreises liegendes Ereignis dar, mit welchem der Betriebsunternehmer von vornherein rechnen muß. Der Einwand höherer Gewalt ist deshalb ausgeschlossen.

3. **RG.** EisenbE. 28 76. Eine Unfallneurose kann nicht auf eine gesteigerte Empfindlichkeit als auf „höhere Gewalt" zurückgeführt werden, noch auch als im Rechtsinne nicht verursacht angesehen werden, wenn der Unfall objektiv geeignet war, eine derartige Neurose herbeizuführen.

V. Eigenes Verschulden. 1. **RG.** BayRpflZ. 11 401, EisenbE. 28 304. Es kann unter Umständen bei Betriebsunfällen von Bahnbediensteten oder Bahnarbeitern gerechtfertigt sein, für die Frage des eigenen Verschuldens einen milderen Maßstab anzulegen, weil ihre Tätigkeit sie fortwährend in Verbindung mit den Gefahren des Betriebs bringt und der stete Umgang mit der Gefahr sie weniger auf diese achten läßt. Indes darf doch diesem Gesichtspunkte da nicht zu Lasten des Betriebsunternehmers Rechnung getragen werden, wo der Verunglückte nicht nur einer zum Schutze der Arbeiter erlassenen Weisung zuwiderhandelt, sondern auch die noch unmittelbar angesichts der nahenden Gefahr abgegebenen Signale und Warnungsrufe geflissentlich unbeachtet läßt. Die Folgen eines solchen Ungehorsams hat der Betroffene allein zu vertreten.

2. **RG.** EisenbE. 28 111. Wenn ein Fahrgast, um eine während der Fahrt aufgesprungene Abteiltür wieder zu schließen, mit der Hand an den Türrahmen und in den Türspalt faßt, so ist das Verhalten schuldhaft, da er bei der Sachlage mit der Möglichkeit rechnen muß, daß die von selbst aufgesprungene Tür infolge der Bewegungen des Zuges wieder zufallen kann.

3. **RG.** EisenbE. 28 68. Fährt ein Fuhrmann über einen unbewachten Bahnübergang, ohne vorher irgendwie Ausschau nach der Annäherung eines Zuges zu halten, obgleich er schwerhörig und sich der Ankunft eines Zuges um die betreffende Zeit bewußt war, so liegt hierin eine so grobe Fahrlässigkeit, daß die völlige Abweisung der Klage gerechtfertigt ist. Neben dieser schweren Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verliert die Frage nach der Übersichtlichkeit des Geländes jede Bedeutung. Denn wenn der Getötete sich überhaupt um den Zug nicht kümmerte, so ist es unerheblich, auf welche Entfernung er ihn bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte sehen können. Ein unverwahrter Eisenbahnübergang ist zwar stets eine gefährliche Stelle, es muß aber auch von dem mit den lokalen Verhältnissen vertrauten Publikum verlangt werden, daß es diesen Umständen Rechnung trägt.

4. **RG.** EisenbA. 12 1085. Die wenn auch einigermaßen über das gewöhnliche Maß erhöhte Betriebsgefahr kann gegenüber einer ungemein schweren und ursächlich überwiegenden Verschuldung des Getöteten oder Verletzten nicht derartig in die Wagschale fallen, daß eine Schadensersatzpflicht des Betriebsunternehmers auch nur zu einem Teile als begründet anzusehen wäre.

5. **RG.** 77 211, EisenbE. 28 339. Der Schädiger kann dem Beschädigten gegenüber Mitverschulden von Gehilfen des letzteren dann einwenden, wenn der Beschädigte verpflichtet war, in das schuldhafte Verfahren des Gehilfen (z. B. unsinniges Fahren des Kutschers) einzugreifen. Insofern liegt dann e genes Verschulden des Beschädigten vor. Aber auch wenn den Beschädigten insofern hinsichtlich des Vor-

falls selbst kein Verschulden trifft, muß er gemäß und im Rahmen des § 831 BGB., der sinngemäß anzuwenden ist, das Verschulden seines Gehilfen gegen sich gelten lassen. Ebenso **RG.** JW. **11** 944, EisenbE. **28** 346.

VI. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. 1. **RG.** EisenbE. **28** 102. Geht ein die Straße überquerender geistig minderwertiger Taubstummer, nachdem er einen Straßenbahnwagen vorbeigelassen hat, weiter, ohne auf einen von der anderen Seite her herannahenden Wagen zu achten, und wird er dabei unter Mitwirkung eines Verschuldens des Wagenführers überfahren, so rechtfertigt es sich, die Straßenbahn zu drei Viertel haften zu lassen.

2. **RG.** EisenbE. **28** 81. Ein Arbeiter war von der Straßenbahn überfahren worden, als er, an einer Haltestelle hinter dem abfahrenden Wagen hervorkommend, das andere Gleis überschreiten wollte. Das OLG. hatte den Schaden hälftig geteilt mit folgender Begründung: Allerdings habe die Betriebsgefahr den Unfall herbeigeführt, der Verletzte habe jedoch beim Beschreiten des zweiten Gleises die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen. Daß er andernfalls hätte lange warten müssen, ehe er die Straße überschreiten konnte, komme als Entschuldigung nicht in Betracht. Das Verschulden des Verletzten sei geeignet, die Betriebsgefahr der Bahn zum Teil auszuschließen. Die von der beklagten Straßenbahn eingelegte Revision wurde zurückgewiesen.

3. **RG.** EisenbE. **28** 103. Der Straßenbahn, die den Fahrgästen den Standort auf einem nach der Seite völlig unverwahrten Vorderperron gestattet, ist die damit geschaffene, beim Durchfahren von Kurven erhöhte Gefahr zu einem wesentlichen Teile gegenüber schuldhaftem Verhalten des Fahrgastes in Rechnung zu setzen.

4. **RG.** EisenbE. **28** 334. Wenn die Verletzte auf einem Wege, den sie fast täglich zurücklegte, beim Überschreiten einer verkehrsreichen Straße, in der Unterhaltung mit Freundinnen begriffen, einem Wagen erst im letzten Augenblick ausgewichen und dabei unmittelbar vor den herannahenden Straßenbahnwagen gelaufen ist, so war dies namentlich auch bei Berücksichtigung ihrer Jugend (15 Jahre) kein besonders schwerwiegendes Verschulden. Es gehörte eine Reihe besonders ungünstiger Umstände dazu, um diese Unachtsamkeit so verhängnisvoll zu gestalten. Es stehen sich hier zwei gleiche Größen, die gewöhnliche Betriebsgefahr und einfaches Verschulden gegenüber.

5. **RG.** EisenbE. **28** 333. Darin allein, daß zwischen den beiden Schienensträngen einer Straßenbahn nur 1 m Zwischenraum ist, kann eine Erhöhung der Betriebsgefahr nicht erblickt werden.

6. **RG.** EisenbE. **28** 314. Ein am Orte fremdes und unerfahrenes Mädchen im Alter von 15 Jahren hatte in Angst, den richtigen Zug zu verpassen, den Versuch gemacht, über die Gleise von einem etwa 1 m höher gelegenen Bahnsteig nach dem anderen Bahnsteige zu gelangen. Das eigene Verschulden ist in diesem Falle als so schwerwiegend anzusehen, daß die Bahn nur zu ¼ für den Schaden haftet.

7. **RG.** EisenbE. **28** 74, EisenbVereinsZ. **12** 1189. Ein Bahnarbeiter war nach Beendigung der Arbeit infolge unvorsichtigen Überschreitens der Gleise überfahren und verletzt worden. In diesem Falle ist zu beachten, daß in den Bereich der Arbeitstätigkeit auch noch das fällt, was bei ordnungsmäßigem Geschäftsbetrieb in unmittelbarem Anschluß an die Einstellung der eigentlichen Arbeit zu besorgen ist, das Sammeln, Ordnen, Aufbewahren des Arbeitsgeräts. Wird der zum Schutze der Arbeiter aufgestellte Sicherungsposten sofort mit dem Glockenschlage eingezogen, so liegt hierin für die noch mit der Aufräumung oder ähnlichen Hantierungen in der Nähe der Bahngleise beschäftigten Arbeiter eine besondere, sehr erheblich gesteigerte Betriebsgefahr, der gegenüber das eigene Verschulden des durch den steten Um-

gang mit der Gefahr an sich weniger zur Achtsamkeit geneigten Arbeiters in milderem Lichte erscheint.

§ 2. 1. **RG.** EisenbE. 28 66. Ein Unfall eines den Zechenplatz betretenden Kindes an einem dort aufgestellten Schleifstein ist als im Bergwerksbetriebe geschehen zu erachten.

2. **RG.** JW. 11 949, EisenbE. 28 347. Der Prokurist kann zugleich Betriebsbeamter sein, wenn ihm neben seiner Stellung als Prokurist dauernd die Leitung oder Beaufsichtigung des technischen Betriebs oder einer Abteilung desselben übertragen gewesen ist.

3. **RG.** JW. 12 1110. Bei dem Betrieb eines Kranes, dessen Fahrbahn sich über eine Straße bewegte, die dem Fabrikverkehre diente und zu diesem Zwecke von Personen und Wagen benutzt wurde, war ein Kutscher getötet worden. Entscheidend ist hierbei nicht, ob der Kran technisch vollkommen eingerichtet war und gefahrlos betrieben werden konnte. Vielmehr kommt es hier wesentlich darauf an, ob der Kranbetrieb, mag er an sich noch so vollkommen eingerichtet sein, den Verkehr gefährdete. Da das der Fall war und die Fabrikunternehmer bei Anwendung der ihnen obliegenden Sorgfalt dies auch erkennen mußten, so war es ihre Pflicht, alle geeigneten Schutzmaßregeln zu treffen, um die Verkehrsgefährdung abzuwenden. Hat ihr Betriebsaufseher dies unterlassen, so können sie ihre Haftbarkeit nicht dadurch beseitigen, daß sie nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. beweisen, daß die Auswahl der Aufsichtspersonen mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt geschehen sei. Im Rahmen des § 2 HaftpflG. ist ein derartiger Entlastungsbeweis nicht zugelassen.

§ 3. Abs. 2. **RG.** JW. 11 375, EisenbE. 28 203. Die Unterhaltspflicht geht nicht als solche auf den haftpflichtigen Unternehmer über, sondern dieser hat dem Dritten Schadensersatz für die Entziehung des Unterhalts insoweit zu leisten, als die Unterhaltspflicht bestand. Die Witwe und die Kinder des Getöteten können deshalb insoweit von dem Haftpflichtigen keinen Ersatz verlangen, als ihnen in den Einkünften des infolge des Todes ihres Ehemanns oder Vaters auf sie übergegangenen Vermögens die Mittel zur Bestreitung ihres Unterhalts geblieben sind.

§ 3 a. 1. Abs. 1. **RG.** EisenbE. 28 121. Eine Vorabentscheidung über den Grund des erhobenen Anspruchs darf nicht erlassen werden, solange nicht feststeht, daß überhaupt ein Schaden der Art, wie er ersetzt verlangt wird, entstanden ist.

2. **RG.** EisenbE. 28 310, JW. 11 650. Wenn auch feststeht, daß das Leiden des Verletzten durch den Unfall verursacht worden ist, so ist damit doch die Ersatzpflicht in vollem Umfang insbesondere dann noch nicht begründet, wenn der Verletzte vor dem Unfall ausschweifend gelebt hat und infolgedessen ein baldiges Versagen seiner Arbeitskraft auch ohne diesen Unfall nahe bevorstand.

3. **RG.** EisenbE. 28 431. Muß der Verletzte wegen der Art seines Leidens auf der Badereise eine Person, die stets zu seiner Pflege zur Verfügung steht, bei sich haben, so müssen, weil diese Aufwendung eben durch die besondere Natur des Leidens, um dessen Heilung es sich handelt, bedingt, auch die Kosten hierfür erstattet werden. Macht aber das Fernsein dieser Person — der Ehefrau des Verletzten — aus ihrem gewöhnlichen Wirkungskreise deren Vertretung durch eine andere erforderlich, so müssen auch hierfür die erforderlichen Aufwendungen erstattet werden. Lediglich Sache der Beurteilung der tatsächlichen Lage des Falles ist es dann, ob die Begleitung und Pflege des Verletzten durch eine andere Person etwa auf billigerem Wege bewirkt werden konnte.

4. **RG.** EisenbVereinsZ. 12 1188. Der Anspruch des Verletzten gegen den Betriebsunternehmer auf Ersatz der Heilungskosten wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein anderer ihm gegenüber unterhaltungspflichtig ist.

§ 7. **RG.** JW. 12 597, EisenbE. 28 441. Steht fest, daß der Verletzte seinen Beruf nicht mehr ausüben kann und dadurch seinen bisherigen Erwerb eingebüßt

hat, so ist es Sache des Ersatzpflichtigen, nachzuweisen, daß dem Verletzten nach den konkreten wirtschaftlichen Verhältnissen bestimmte Erwerbszweige offen stehen und von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen ergriffen werden können. Ein Hinweis auf allgemeine Erwerbsmöglichkeiten, die sich für den Verletzten eignen könnten, genügt nicht.

§ 8. **RG.** EisenbE. **28** 340, JW. **11** 805. Die Verjährung wird auch dann durch die Klagerhebung unterbrochen, wenn die Forderung einer Kapitalabfindung zurückgewiesen und nunmehr eine entsprechende Rente verlangt wird. Denn es handelt sich nur um zwei verschiedene Formen der Befriedigung desselben Anspruchs, nicht um zwei verschiedene Ansprüche. Dieser einheitliche Schadensersatzanspruch ist durch die Klagerhebung jedenfalls insoweit rechtshängig geworden, als der in erster Linie erhobene Antrag auf Kapitalabfindung reicht. Unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage muß der Richter nur prüfen, welcher Rentenbetrag im gegebenen Falle dem beanspruchten Kapitale gleich zu achten ist.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Vorbemerkung; Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb findet in der Rechtsprechung und in der Literatur immer weitergehende Erörterung und Auslegung. Die Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, hat in zahlreiche Streitfragen eingegriffen. Wenn auch die Entscheidungen in der Literatur nicht überall Beifall gefunden haben, so haben sie gleichwohl zur Klärung der Kontroversen viel beigetragen. — Der § 1 hat ein weites Anwendungsgebiet gefunden. — Vor allem ist die Rechtsprechung zu den §§ 7—9 zu erwähnen. Auch die Vorschriften der §§ 14, 16, 17—20 sind Gegenstand zahlreicher Entscheidungen gewesen.

Literatur: Ebner, Der Schutz von Zeitungstiteln, MschutzuWettbew. **11** 101. — Finger, Sind Werke der Literatur und Kunst Waren, ist ihre Herstellung, Vervielfältigung und Verbreitung gewerbliche Leistung im Sinne des Wettbewerbsgesetzes? MschuzuWettbew. **12** 27. — Fränkel, Rechtsschutz des Zeitungsinhalts. — Fuld, Konkursausverkäufe, R. **12** 516. — Derselbe, Popularklage und exceptio doli, Hess. Rspr. **12** 370. — Goldstein, Unlautere Konkursausverkäufe, JW. **12** 676. — Lobe, Zum Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses, MschutzuWettbew. **11** 416. — Derselbe, Hat eine jüngere Firma, deren Inhaber durch ihre Benutzung vor dem 1. Oktober 1909 nicht gegen § 8 UnlWG. a. F. verstieß, einer älteren Firma zu weichen, wenn sich nach dem 1. Oktober 1909 zwischen beiden Firmen eine Verwechslungsgefahr nach § 16 UnlWG. n. F. herausstellt? GewRsch. **12** 183. — Paulsen, Schmiergelder im Baugewerbe, MschutzuWettbew. **11** 372. — Pudor, Herkunfts- und Beschaffenheitsbezeichnungen, HirthsAnn. **12** 851. — Rosenthal, Der Schwerpunkt in der Anwendung des § 16 UnlWG., MschutzuWettbew. **11** 193. — Derselbe, Der Gerichtsstand für die Abwehrklage, MschutzuWettbew. **12** 30. — Derselbe, Die Folgen der Verwechslungsfähigkeit zweier Firmen nach dem alten und dem neuen Wettbewerbsgesetz, LZ. **12** 881. — Derselbe, Darf eine Warenmasse, die zur sofortigen Weiterveräußerung aufgekauft wurde, in Form eines Ausverkaufsverkaufs veräußert werden? GewRschutz. **12** 368. — Tuma, Über den § 18 UnlWG., GewRsch. **12** 66.

§§ 1 ff. 1. Wertheimer, GewRschutz **12** 60, gibt eine Übersicht über die Rechtsprechung zum UnlWG. im Jahre 1911.

2. Elmert, Das Einigungsamt der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin in Sachen des unlauteren Wettbewerbes, JW. **12** 447.

3. Lobe, DRZ. **12** 195 über das Einigungsamt der Kaufmannschaft in Berlin in Sachen des unlauteren Wettbewerbes.

4. Finger, Unlauterer Wettbewerb und Einigungsämter, DJZ. **12** 427.

§ 1. 1. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 40/41, 112. Allgemeines vgl. zu § 241 BGB. Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen; über den Begriff der

guten Sitten insbesondere zu § 826 BGB. (Ziff. 1a). Die Voraussetzungen der Unterlassungsklage sind die gleichen wie bei der zum Schutze der absoluten Rechte (s. § 1004 BGB. Ziff. 1a). bestehenden Klage mit dem Unterschiede, daß hier Handlungen, die „im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes" vorgenommen werden, Erfordernis bilden (52).

2. Fuld, HessRspr. **12** 370. Die Unterlassungsklage der §§ 1 und 13 UnlWG. hat den Charakter einer Popularklage. Der Einwand des Beklagten, der Kläger tue genau dasselbe wie er, er könne daher ein Klagerecht nicht gegen ihn geltend machen (exc. doli), greift gegenüber der Popularklage nicht durch, weil es an den Voraussetzungen fehlt, unter denen sie geltend gemacht werden kann. Wer nach § 1 UnlWG. eine sittenwidrige Handlung begeht, verletzt nicht das Individualrecht des gegen ihn als Kläger auftretenden Konkurrenten, er verletzt auch nicht die guten Sitten nur gegenüber diesem Konkurrenten, sondern er verletzt die guten Sitten schlechthin. Die Verletzung der guten Sitte ist sonach der Allgemeinheit gegenüber begangen, diese hat einen Anspruch darauf, daß die sittenwidrige Wettbewerbshandlung unterbleibt. Dieser Anspruch wird auch nicht dadurch ausgeschaltet, daß der Kläger die gleiche sittenwidrige Wettbewerbshandlung begeht.

3. **RG.** JW. **12** 254. Ob eine Handlung gegen die guten Sitten nach § 1 UnlWG. verstößt oder nicht, hängt regelmäßig nicht davon ab, ob derjenige, der die Handlung vornimmt, dies überhaupt oder zu der betreffenden Zeit oder an dem betreffenden Orte nicht soll und ob er sich, wenn er es dennoch tut, strafbar macht, sondern vielmehr davon, ob die vorgenommene Handlung als Wettbewerbshandlung den guten Sitten zuwiderläuft. Im gewerblichen Kampfe ist nicht die Ausübung jedes Druckes auf die Willensentschließung eines anderen sittenwidrig. Eine solche Sittenwidrigkeit liegt erst dann vor, wenn es sich um Androhung oder Herbeiführung schwerer materieller Nachteile, die die Erwerbsfreiheit des anderen als aufgehoben erscheinen lassen würden, handelt.

4. **RG. 79** 321, JW. **12** 806. Zu Wettbewerbszwecken im geschäftlichen Verkehre handelt auch der, welcher selbst kein Geschäft betreibt, sondern einen Gewerbetreibenden durch sein Vorgehen begünstigen will (**RG. 50** 108, **RG.** [Strafs.] **32** 29).

5. SächsRpflZ. **12** 493 (Dresden). Es ist das gute Recht eines jeden, das Publikum über das unerlaubte Gebaren eines Gewerbetreibenden in wahrheitsgemäßer Weise aufzuklären, und es gewinnt ein solches Vorgehen, solange es nicht lediglich dem Zwecke dient, den anderen in der öffentlichen Meinung herabzusetzen, auch nicht dadurch den Charakter des Widerrechtlichen, daß die Aufklärung dem anderen schadet, daß der Aufklärende zu Zwecken des Wettbewerbes handelt und die schädigende Wirkung seines Tuns kennt. Über die Grenzen des Erlaubten hinausgehende Erklärungen verstoßen gegen das UnlWG.

6. HansGZ. **12** Hptbl. 1, MschutzuWettbew. **11** 264 (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Fabrikant, der ein allseitig als gut anerkanntes Produkt herstellt, sich der nach seiner Ansicht minderwertigen Konkurrenz zu erwehren sucht.

7. BadRpr. **12** 217 (Karlsruhe). Wer die fremde Ware unberechtigt herabsetzt und die eigene zugleich emporhebt, verstößt gegen § 1; denn es widerspricht den guten Sitten, durch Schlechtmachen fremder Ware seinen Vorteil zu suchen.

8. **RG.** JW. **12** 153. Die Beklagte hat bewußt Dosen der Klägerin nachgeahmt und als Vorbild für die ihrigen genommen. In diesem Bewußtsein der Nachahmung ist notwendig der unmittelbare Vorsatz der Täuschung beschlossen; denn die Nachbildung erfolgte unbestritten zu Zwecken des Wettbewerbes, sie war dazu bestimmt, dem kaufenden Publikum vorgelegt zu werden. Dies erfüllt den Tatbestand des § 1 UnlWG. und § 826 BGB. Die Erlangung eines gewerblichen Vorteils auf Kosten des Konkurrenten durch Täuschung der Abnehmer verstößt gegen die guten Sitten.

9. *Fränkel 104 ff. Zeitungstelegramme. Wird die Quelle bei der Entlehnung von Originaltelegrammen nicht angegeben, so verstößt das gegen die guten Sitten im Zeitungswesen, und es kann daher nach § 1 vorgegangen werden. Auch zur Wahrung des Prioritätsrechts der Zeitung, die eine Nachricht zuerst veröffentlicht hat, ist die Norm in Fällen geeignet, in denen wirklich eine unlautere Handlungsweise vorliegt; es bedarf nicht der Einführung eines Spezialgesetzes. Endlich kann auch gegen die Entwendung von Nachrichten vor deren Veröffentlichung, den sog. Depeschendiebstahl, auf Grund des § 1 eingeschritten werden, falls nicht geradezu Geheimnisbruch vorliegt.

10. OLG. **25** 340 (KG.). Da niemand ein Recht auf seine bisherigen Kunden hat, so ist es erlaubt, die Abnehmer des Wettbewerbes an sich zu ziehen. Nur dürfen hierbei keine unlauteren Mittel angewendet werden. Ein wahrheitsgemäßer Vergleich der eigenen Leistungen mit denen des Mitbewerbers gehört aber noch nicht zu den unerlaubten Kampfmitteln, vielmehr hat jeder Gewerbebetreibende die Befugnis, den Beteiligten die Vorteile und Nachteile des Bezugs von Waren auseinanderzusetzen. Hiernach war das Vorgehen der Beklagten nur dann unlauter, wenn sie die gewerblichen Leistungen des Klägers oder ihre eigenen Darbietungen in falschem Lichte erscheinen ließ oder die Form der Äußerung verletzend ist. Solange aber diese Grenze innegehalten wurde, ist selbst eine drastische Kritik der Darbietungen des Mitbewerbers nicht unstatthaft.

11. OLG. **25** 341 (KG.). Es ist jedem Gewerbetreibenden gestattet, neue Kunden zu erwerben und auch die Kunden eines Wettbewerbers aufzufordern, zu ihm überzugehen. Wenn aber diese Aufforderung allgemein mittels Rundschreibens an eine ganze Klasse von Kunden des betreffenden Wettbewerbers gerichtet wird, so geht dieses Verfahren über die im Verkehrsleben einzuhaltende Grenze des Angebots und der Anpreisung der eigenen Waren und Leistungen hinaus.

12. OLG. **25** 363 (KG.). Verkauf eigener Waren unter der Bezeichnung der Marken einer anderen verstößt gegen § 1. S. u. § 14 Ziff. 4.

13. Gewähren von Sonderrabatt.

a) **RG.** JW. **12** 359. Bewilligung von Rabatt. Die Gewährung eines Abzugs vom üblichen Ladenpreis als Rabatt bildet eine besondere Art der Preisstellung. Weder die Rabattgewährung an sich noch auch die Gewährung des Rabatts durch sofortigen Abzug oder durch spätere Rückerstattung eines Teiles des Kaufpreises noch auch die Beschränkung des Rabatts durch bestimmte Voraussetzungen oder auf bestimmte Kundenkreise kann als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden. Ist nun das Rabattgeben ein erlaubtes Mittel des Wettbewerbes, so ist damit die Frage noch nicht beantwortet, ob nicht der Sonderrabatt, wie er hier von der Beklagten gewährt wird, gegen § 1 UnlWG. verstößt. Die wirtschaftlichen Vereinigungen, die hier zugunsten ihrer Mitglieder mit der Beklagten abgeschlossen haben, wollen einerseits ihren Mitgliedern wirtschaftliche Vorteile durch billigen Einkauf verschaffen, andererseits wollen sie ihre Mitglieder zur Barzahlung, also zum Sparen, erziehen. Der diesen Mitgliedern verschaffte Rabatt wird zum Sonderrabatte dadurch, daß der Rabatt durch die Zugehörigkeit zu der Vereinigung bedingt ist und den übrigen Kunden des Kleinhändlers nicht zukommt. Die wirtschaftlichen Vereinigungen setzen diese Bevorzugung ihrer Mitglieder durch, weil der Zusammenschluß einer großen Zahl kräftiger Personen eine so große wirtschaftliche Macht verleiht, daß die Kleinhändler infolge des ihnen durch die Verbindung mit den Vereinigungen gesicherten großen Absatzes zum Abschlusse solcher Lieferungsverträge geneigt gemacht werden. Nun ist es durchaus zulässig, daß sich eine Interessentengruppe zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile als eine Vereinigung mit erhöhter finanzieller Leistungsfähigkeit zusammenschließt und von dieser Machtstellung zum Abschlusse günstiger Verträge Gebrauch macht. Auf diesem Rechts-

gedanken beruhen die Kartelle und Syndikate und Verbände verwandter Art. Diese Bestrebungen sind im Verhältnisse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern sogar in §§ 152 ff. GewO. als berechtigte anerkannt. Nur wenn ein Mißbrauch der durch die Kräftezusammenfassung erlangten Macht stattfindet, liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten vor. Ein solcher Verstoß liegt aber noch nicht darin, daß die Kleinhändler die Betätigung dieser Macht als eine Beeinträchtigung ihrer Erwerbstätigkeit empfinden. Insbesondere liegt nichts Anstößiges darin, daß nur den Mitgliedern der Vereinigungen der Rabatt geboten wird und nicht den anderen Kunden. Denn dieser Rabatt ist die Gegenleistung dafür, daß die Vereinigungen ihre Mitglieder demjenigen zuweisen, der den Rabatt gewährt, und diesen empfehlen. Da nur diese Vereinigungen diesen Vorteil bieten, so ist es nichts Unbilliges, daß ihnen die entsprechende Gegenleistung in Form einer ihren Mitgliedern zu gewährenden Preisermäßigung zukommt.

b) **RG. 79** 321, JW. **12** 806. Das Gewähren von Sonderrabatt enthält nichts Sittenwidriges (vgl. **RG. 78** 194). Kritik der Gewährung von Sonderrabatt; Verstoß gegen die guten Sitten, wenn hierbei in der Öffentlichkeit ehrverletzende Angriffe gegen bestimmte Personen gerichtet werden.

c) SächsOLG. **33** 253. Die Gewährung von Sonderrabatt an die Mitglieder einer wirtschaftlichen Vereinigung enthält noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten (JDR. **10** § 1 Ziff. 9).

14. OLG. **25** 343 (KG.). Die Vereinigungen von Möbelhändlern können Tischlermeister und Fabrikanten, die unmittelbar an das Publikum verkaufen, in einer schwarzen Liste aufstellen. Dies verstößt nicht gegen die guten Sitten, selbst wenn der Boykott angedroht wird.

15. SächsOLG. **33** 368 = JDR. **10** § 1 Ziff. 4 (Veröffentlichung von Briefen eines Kunden des Wettbewerbsgegners, die tadelnde Äußerungen über Waren des letzteren enthalten).

16. GewRschutz **12** 109 (Dresden). Unvollständige Veröffentlichung eines wegen unlauteren Wettbewerbes erstrittenen Urteils kann einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten, wenn darin eine Irreführung des Publikums zu erblicken ist.

17. **RG.** JW. **12** 880. Wenn etwas Neues geschaffen ist und etwas, das auch nicht die Gefahr der Verwechselung mit dem schon vorher Bestandenen darbietet, kann auch nicht von einer „Nachahmung" als von einer unerlaubten oder die guten Sitten verletzende Handlung gesprochen werden. Es würde viel zu weit gehen, wenn man schon allein darin, daß jemand seine Ware unter Benutzung seiner Kenntnis von der Ausstattung eines anderen nun auch seinerseits gefälliger ausstattet und sich durch diese gefälligere Ausstattung die Verkaufsmöglichkeit seiner Ware erhöht, einen widerrechtlichen Eingriff in die Erwerbstätigkeit des anderen oder einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken wollte. Anregungen zur Ausstattung seiner Ware kann jeder entnehmen, woher sie sich ihm bieten. Er darf nur bei der Verwertung der Anregung nicht zu Wiederholungen oder Nachahmungen (Nachbildungen) der fremden Ausstattung gehen; er darf, wie der Berufungsrichter sagt, keinen unerlaubten Erfolg herbeiführen.

18. **RG. 79** 321, JW. **12** 806. Verhältnis des § 1 zum § 14. Dieses Verhältnis läßt sich allein aus dem Zusammenhange der Einzelvorschriften des Wettbewerbsgesetzes zu dem im § 1 an die Spitze des Gesetzes gestellten Grundsatz erklären, wonach alle im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes vorgenommenen Handlungen von der Unterlassungsklage erreicht werden sollen. Die Stellung, die dem § 1 an der Spitze des Gesetzes gegeben worden ist, sollte nach der Entstehungsgeschichte des § 1 schon äußerlich anzeigen, daß die im § 1 enthaltene Generalklausel das ganze Gesetz beherrsche; sie soll überall da eingreifen, wo die

Einzelvorschriften des Gesetzes nicht ausreichen. Es sollte aber nicht gesagt werden, daß da, wo die Einzelvorschriften des Gesetzes einen für ihre Anwendung passenden Tatbestand vorfinden, nur diese unter Ausschluß des § 1 anwendbar sein sollten. Vielmehr wollte der Gesetzgeber dem § 1 seine Anwendbarkeit nicht versagen, wenn der für ihn bestimmte Tatbestand zugleich auch noch die Verletzung einer der nachfolgenden Einzelvorschriften darstellt. Anders würde die Rechtslage aufzufassen sein, wenn der Tatbestand des § 1 begrifflich mit dem Tatbestande des § 14 zusammenfallen würde. Alsdann wäre an ein vom Gesetzgeber gewolltes alternatives Verhältnis zu denken. Die Tatbestände der §§ 1 und 14 decken sich jedoch nicht. Der § 14 schützt bestimmte einzelne Personen gegen Betriebs- und Kreditgewährung durch die Aufstellung oder Verbreitung dahinzielender, nicht erweislich wahrer Behauptungen, die Tatsachen zum Gegenstande haben müssen. Der § 1 schützt dagegen nicht nur den einzelnen Verletzten, sondern auch unbestimmte Kreise gewerbetreibender Personen gegen die Gefährdung durch sittenwidrige Handlungen mit Wettbewerbszielen. Weil es sich bei § 1 um Interessengruppen mit weiten Abgrenzungen und um gefährdevolle Angriffe jeder Art handelt, die zugleich das allgemeine Interesse berühren, läßt § 13 ähnlich dem § 22 UnlWG. die Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen als Vertreter der bedrohten Interessengruppen gelten. Erfüllt eine Handlung die Voraussetzungen des § 14 und zugleich auch die weitergehenden Voraussetzungen des § 1, so hat dieses Zusammentreffen der zwei verschiedenen Tatbestände die Wirkung, daß sowohl § 14 als auch § 1 anwendbar werden.

19. **RG.** GewRschutz **12** 136, JW. **12** 309, SeuffBl. **12** 213, MschutzuWettbew. **11** 201. Die vom **RG. 75** 373 (JDR. **10** § 16 Ziff. 11 a) für das Verhältnis zwischen Firmenrecht und unlauterem Wettbewerb als maßgebend erklärten Grundsätze treffen auch für das Verhältnis zwischen diesem und dem Warenzeichenrecht zu. § 1 will allgemein und gegen jede Art unlauteren Wettbewerbes ohne irgendwelche Einschränkung schützen; die Ausnahme im § 16 Abs. 3 betrifft nur diese Sondervorschrift und nicht § 1. § 1 findet deshalb auch gegen ein eingetragenes Warenzeichen Anwendung, und zwar selbst dann, wenn nicht nur die besondere Art und Weise des Gebrauchs, sondern die verkehrsübliche Benutzung des Zeichens, sowie es eingetragen ist, unlauteren Wettbewerb im Sinne dieser Vorschrift darstellt, nämlich bei dem Publikum den Irrtum zu erregen geeignet ist, als ob die mit dem Zeichen versehenen Waren aus dem Gewerbebetriebe des Konkurrenten herrührten. Das würde eine Anmaßung seiner gewerblichen Leistungen durch eine Irreführung der in Betracht kommenden Kundschaft enthalten, die den Wettbewerb der Beklagten unlauter förderte und zugleich den des Klägers unlauter beeinflußte, somit gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UnlWG. verstieße. Diesen Verstoß aber deckt das bloß formale Recht aus der Eintragung nach § 12 WarenZG. nicht, jedenfalls ist die aus ihm fließende Befugnis insoweit durch das neuere UnlWG. eingeschränkt worden.

20. a) **RG.** MschutzuWettbew. 12 46. Löschung eines aus unlauteren Motiven angemeldeten Warenzeichens auf Grund des § 826 BGB. und § 1 UnlWG.

b) GewRschutz **12** 158 (Dresden). Verstoß gegen § 1 durch Erwerb eines Warenzeichens.

c) GewRschutz **12** 159 (Dresden). § 1 bleibt auch dem eingetragenen Warenzeichen gegenüber anwendbar.

d) MschutzuWettbew. **12** 95 (Hamburg). Ein Exporteur, der sich als Warenzeichen die Ausstattung eintragen läßt, unter welcher er von einer Fabrik lange und in großem Umfange deren Fabrikat bezogen und exportiert hat, verstößt nicht gegen die guten Sitten und kann nicht aus diesem Grunde zur Löschung verurteilt werden.

21. OLG. **25** 339 (KG.). Abspenstigmachen von Kunden.

22. OLG. **25** 342 (KG.). Das sog. „Anreißen" verstößt gegen die guten Sitten.

23. MSchutzuWettbew. **11** 263 (LG. Coblenz). Verstoß gegen die guten Sitten durch Vorspiegelung eines Gelegenheitskaufs.

24. GewRSchutz **12** 319 (KG.). Verkauf von Zigaretten unter den von der Antragstellerin (Fabrikantin) festgesetzten Preisen unter Verletzung der Banderole.

25. **RG.** GewRSchutz **12** 318, JW. **12** 805. Die Wiedergabe von Gesängen durch Schallplatten, die durch unlautere Mittel aufgenommen worden sind, kann gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 verstoßen und verboten werden.

26. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 85. Personen, die den gleichen Familien- und Firmennamen führen, müssen dem Publikum irgendwie erkennbar machen, daß die Waren von dem einen oder von dem anderen herstammen (Fall Stiller).

27. OLG. **25** 367 (KG.). Über das Verhältnis des § 1 zu § 826 BGB. und zu den Vorschriften des Kunstschutz- und GeschmacksmusterG.

§ 3. I. Öffentliche Mitteilungen.

1. **RG.** (Straff.) **45** 355. Etiketten können Mitteilungen darstellen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind. Ob Etiketten diese Eigenschaft haben, kann immer nur nach der Lage des Einzelfalls beurteilt werden (**RG.** JW. **04** 247).

2. **RG.** (Straff.) **45** 362. Der am Kopfe und Rande von Geschäftsbriefen angebrachte Vordruck, der die allgemeinen geschäftlichen Verhältnisse des Absenders betrifft, kann eine für einen größeren Kreis von Personen bestimmte Mitteilung darstellen.

3. MSchutzuWettbew. **11** 325 (LG. Marburg und OLG. Cassel). Das Verzeichnis der Handel- und Gewerbetreibenden in einem Adreßbuch ist eine öffentliche Bekanntmachung.

4. **RG.** (Straff.) GewRSchutz **12** 258. Über Mitteilung für einen größeren Kreis von Personen s. u. § 4 Ziff. 1.

II. Unrichtige Angaben (JDR. **10** § 3 Ziff. II, **9** § 1 Ziff. IV, **7** Ziff. 4, **6** Ziff. IV, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4).

A. Allgemeines.

1. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 535, R. **12** Nr. 2423. Für die Frage, ob eine Ankündigung sich als unlauterer Wettbewerb darstellt, kommt es nicht bloß auf den Wortsinn der Ankündigung an; vielmehr ist hierbei entscheidendes Gewicht auch auf den Sinn und den Zweck zu legen, den der Gewerbetreibende bei der Ankündigung im Auge hat, und namentlich auch darauf, wie die Ankündigung von den Kreisen des Publikums, an die sie gerichtet ist, verkehrsüblich verstanden wird. Eine Angabe kann ihrem Wortsinne nach richtig sein, gleichwohl aber dann als unrichtig erscheinen, wenn mit ihr vom Publikum eine gewisse andere Bedeutung verbunden wird. Dem großen Publikum, das Kohlen kauft, pflegt deren Ursprungsort und geologische Beschaffenheit gleichgültig zu sein, es legt nur Wert auf die Tauglichkeit zu Heizzwecken und den Preis. Mit dieser Auffassung rechnet der Kohlenhändler, und deshalb hebt er in seinen Ankündigungen gerade das hervor, was für das Publikum von Bedeutung ist. Allgemeine bekannt Erfahrungstatsachen setzt er als solche voraus, und deshalb werden sie verkehrsüblich nicht besonders erwähnt.

2. BadRpr. **12** 263 (Karlsruhe). Bei Prüfung der Voraussetzungen des § 3 kommt es nicht nur auf den Wortlaut der beanstandeten Angabe für sich allein an. Vielmehr ist zu entscheiden nach dem Sinne und Zusammenhange der ganzen Bekanntmachung unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung des Verständnisses und der Auffassung des Durchschnittspublikums. Zur Anwendung des Gesetzes genügt die danach bestehende Möglichkeit einer Irreführung des Publikums über den Inhalt und Wert des Angebots. Andererseits ist aber diese Möglichkeit ein unerläßliches Erfordernis des Anspruchs aus § 3 UnlWG.

3. Auffassung des Publikums.

a) BadRpr. **12** 14 (Karlsruhe). Maßgebend ist durchschnittliche Auffassung der Leser einer Annonce aus dem Verkehrskreise, für den die Annonce bestimmt ist. Nicht von Belang ist dabei, ob derjenige, der die Annonce erlassen hat, den Eindruck, den sie inhaltlich macht, hervorrufen wollte oder nicht und ob er den Erfolg bei Anwendung gehöriger Sorgfalt voraussehen konnte oder nicht. Auch mehrdeutige Angaben können, mag die Mehrdeutigkeit beabsichtigt sein oder nicht, zu unrichtigen Angaben im Sinne des § 3 werden.

b) OLG. **25** 345 (München). Ob das Publikum in seiner Gesamtheit (hinsichtlich einer Angabe) der gleichen Auffassung ist wie die Klägerin, kommt nicht in Betracht; es genügt, daß Mißverständnisse entstehen können (**RG.** LeipzZ. **08** 602); genaue Erkundigung und Überlegung kann man vom Publikum nicht verlangen (aaO. 543), und das UnlWG. ist gerade auch dazu bestimmt, das Publikum vor Schädigung durch derartige Ausdrücke zu schützen.

c) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 204. Maßgebend ist die Auffassung des Publikums, nicht die der warenkundigen Geschäftsleute.

4. OLG. **25** 353 Anm. (KG.). Stehen die Angaben einer Bekanntmachung miteinander in einem gewissen Zusammenhang und verstoßen einzelne davon gegen das UnlWG., so ist doch die ganze Bekanntmachung nur zu verbieten, wenn die einzelnen Sätze, z. B. ein Haupt- und ein Nebensatz untrennbar miteinander zusammenhängen; regelmäßig gehören sie aber keineswegs in dem Maße zusammen, daß die Unzulässigkeit der einen oder anderen Äußerung auch das Verbot der ganzen Veröffentlichung zur Folge haben muß.

5. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 203. Zweideutigkeiten in Reklamen fallen dem zur Last, von dem sie ausgegangen sind.

6. BayRpflZ. **12** 115 (Bamberg). Anders als nach dem früheren UnlWG. sind jetzt marktschreierische Behauptungen und Übertreibungen, hochtönende Anpreisungen der eigenen Waren oder Leistungen ebenso zu beanstanden, wie Reklamebehauptungen, deren Richtigkeit sich gegenständlich nachprüfen läßt, sofern ihnen nur nicht jeder Vernünftige sofort die Übertreibung ansieht.

B. Einzelne Fälle.

1. GewRschutz **12** 73 (Dresden). In der Verbreitung vervielfältigter Photographien von fremden Waren liegt eine unrichtige Angabe im Sinne des § 3.

2. HansGZ. **12** Hptbl. 155, LeipzZ. **12** 571 (Hamburg). In der Behauptung eines Hotels, es enthalte 300 Logierzimmer, während es tatsächlich nur 252 Logierzimmer hat, ist ein Verstoß gegen § 3 nicht zu erblicken. Derartige Abrundungen in Reklameanzeigen verstoßen nicht gegen die guten Sitten; denn sie haben und bezwecken nicht die Wirkung, daß das Publikum über einen für seine Auswahl eines Hotels in Betracht kommenden Umstand getäuscht wird, weil niemand Gewicht darauf legt, ob 252 oder 300 Logierzimmer vorhanden sind.

3. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 147 = IDR. **10** § 3 Ziff. II B 4.

4. SächsRpflA. **12** 473 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb durch ungenaue Bekanntmachung eines richterlichen Urteils (s. oben § 1).

5. OLG. **25** 355 (KG.). § 3 und das Firmenrecht. Der § 3 ist auch dem gegenüber anwendbar, der an sich berechtigterweise eine Firma führt. Ist die Firma nicht nur in dem Sinne errichtet, daß sie den wahren Inhaber nicht erkennen läßt, sondern macht sie zugleich unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, dann kann auf Grund des § 3 die Unterlassung des Firmengebrauchs im Rahmen dieser Vorschrift beansprucht werden.

6. a) **RG.** IW. **12** 880. Die Ausführungen, der Ausdruck „Industrie" sei heutigen Tages mehrdeutig und bilde den weiteren Bsgriff, der die Fabrikation, aber gegebenenfalls auch den Handel mitumfasse, lassen dem Zweifel Raum, in

welchem Sinne denn gewöhnlich das Wort „Industrie“ im Verkehre verstanden wird und ob nicht wenigstens ein erheblicher Teil des Publikums darunter hauptsächlich die Fabrikation versteht. Würde aber in dem Ausdruck „Industrie“ gewöhnlich oder auch nur von einem erheblichen Teile des Publikums ein Hinweis auf fabrikmäßige Herstellung erblickt, so hätte Beklagter sich dieses mehrdeutigen Ausdrucks, der einen erheblichen Teil der Kundschaft irrezuführen geeignet und insoweit unrichtig war, vom Standpunkte lauterer Geschäftstätigkeit aus enthalten müssen.

b) **RG.** JW. **12** 880, MschutzuWettbew. **11** 535. Ankündigung: Piano-Industrie — erstklassiges Fabrikat.

7. OLG. **25** 356 (KG.). Selbstkostenpreis 10 pCt. Die Frage, was unter „Selbstkostenpreis“ zu verstehen sei, ist lebhaft bestritten, nach richtiger Ansicht aber dahin zu beantworten, daß er den Einkaufspreis der Waren zuzüglich der Verkaufsunkosten bedeutet. Denn Selbstkosten umfassen die Kosten, die dem Kaufmanne bis zur Bereitstellung der Ware zum Verkauf entstehen. Das sind die Beträge, die die Ware ihn „selbst kostet“. So verstanden, wird aber der Begriff offensichtlich nicht durch die Kosten des Einkaufs, den Einkaufspreis der Ware, erschöpft. Um die Ware zum Verkaufe bereitzustellen, muß der Kaufmann vielmehr noch Beträge für Miete, Dienstlohn und sonstige Geschäftsunkosten aufwenden. Hierbei entspricht es einer richtigen Auffassung des Begriffs, wenn zur Berechnung des Selbstkostenpreises besonders auch die Generalunkosten (Warenabsatzkosten) mitberücksichtigt werden. Allerdings ist nun in solchen Fällen, in denen der Ausdruck „Selbstkosten“ oder „Selbstkostenpreis“ zu Zwecken der Reklame gebraucht wird, in erster Linie die Auffassung der Kreise maßgebend, an die sich die Reklame wendet, also des kaufenden Publikums. Dieses aber faßt nach der gutachtlichen Äußerung der hiesigen Handelskammer die Ankündigung, daß der Verkaufspreis die Selbstkosten nebst 10 pCt. enthalte, dahin auf, daß auf den „Einstandspreis“, worunter offenbar der Einkaufspreis verstanden wird, ein Zuschlag von 10 pCt. gemacht werde. Dem Senat erscheint aber diese Auffassung nicht als zutreffend. Es kann auch nicht angenommen werden, daß das Publikum im allgemeinen unter „Selbstkostenpreis“ etwas anderes versteht, als was der vorstehend dargelegten sprachlichen Bedeutung dieses Begriffs entspricht. Es liegt mindestens kein Anhalt dafür vor, daß das Publikum mit „Selbstkosten“ eine abweichende und mit Rücksicht auf die sprachliche Bedeutung unrichtigen Sinn verbindet.

8. **RG.** R. **12** Nr. 946. Wenn ein Kaufmann seine Ladenpreise um 10 pCt. erhöht, um durch die Gewährung eines Rabatts von 10 pCt. seine Preise gegenüber den Preisen der Konkurrenz als die billigeren erscheinen zu lassen, so macht er sich einer wissentlich unwahren Reklame schuldig, weil er in Wahrheit mit der Rabattgewährung nur den üblichen Kaufpreis, aber nicht einen niedrigeren als die Konkurrenz fordert, das hier in Betracht kommende Publikum aber in den irrigen Glauben versetzt, er verkaufe zufolge der Rabattgewährung zu ermäßigten Preisen.

9. Ankündigung „Fabrik“, „Fabrikpreise“.

a) MschutzuWettbew. **11** 325 (LG. Marburg und OLG. Cassel). Verstoß gegen § 3 durch Bezeichnung einer Niederlassung als „Fabrik“. Aufnahme in ein Adreßbuch unter falscher Rubrik.

b) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 149. Die Bezeichnung „Sprechmaschinenfabrik“ ist dann nicht gestattet, wenn in dem Betriebe Sprechmaschinen, insbesondere auch die hierzu nötigen Bestandteile nicht in größerem Maßstabe hergestellt werden. Vgl. **RG. 44** 258 JDR. **10** § 4 Ziff. 4 UnlWG.

c) HansGZ. **12** Hptbl. 287 (Hamburg). Ein Fabrikant darf nicht ankündigen, er verkaufe zu Fabrikpreisen, wenn er in seine Verkaufspreise die beträchtlichen Unkosten seiner Verkaufsstellen hineinkalkuliert.

d) MschutzuWettbew. **12** 96 (LG. Oppeln). Über die Bedeutung der Ankündigung „Verkauf zu Fabrikpreisen".

e) RheinA. **109** I 253 (Düsseldorf). Wer eine auf besonderer Vereinbarung beruhende Verkaufsstelle der in einer Fabrik hergestellten Waren als eigenes Geschäft betreibt, darf letzteres als Niederlage der Fabrik bezeichnen, auch wenn er daneben noch andere Waren vertreibt. Es darf aber durch die Bezeichnung nicht der Eindruck erweckt werden, als ob es sich um eine von der Fabrik selbst geführte Zweigniederlassung handle.

10. OLG. **25** 356 (KG.). Die Bezeichnung „Zentrale" für ein Geschäft ist auch für gewerbliche Unternehmungen von geringerer Bedeutung zulässig. Das Patentamt hält es für zulässig, daß jeder Zigarrenhändler seinen Geschäftsbetrieb als „Zentrale für Zigarrenbetrieb" bezeichnet.

11. OLG. **25** 358 (KG.). Bezeichnung als alleinige Fabrikantin. Das lesende Durchschnittspublikum faßt diese Angabe nicht anders auf, als daß die Beklagte für ihre Rechnung eine Fabrik betreibt und darin die Waren (Putztücher) herstellt, daß es sich also nicht um aufgekaufte, fertig bezogene, sondern um selbst hergestellte Waren handle. Die Bezeichnung ist für eine Zwischenhändlerin unrichtig.

12. OLG. **25** 356 (KG.). Bezeichnung als „Hoflieferant". Erlöschen des Titels durch Austritt aus der Firma. Durch den späteren Wiedererwerb des Geschäfts vom Konkursverwalter konnte die verlorene Befugnis nicht wieder aufleben.

13. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 470. Ankündigung von Fabrikaten als Original-K.-Aufzüge, wenn die Ankündigung unrichtig ist, verstößt gegen § 3.

14. OLG. **25** 346 (Braunschweig). Unrichtige Angaben über das Alter eines Geschäfts. Bezeichnung des Fabrikats (Bieres) als „Urmumme", „älteste Schiffmummebrauerei" und ähnliches.

15. DJZ. **12** 1304 (Hamburg). Verbot der Ankündigung „D. R. P. a."

16. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 148 = JDR. **10** § 3 Ziff. II B 13 d (Ankündigung einer eigenen Reparaturwerkstatt).

17. **RG.** (Straff.) SächsRpflA. **12** 183, BankA. **11** 155, MschutzuWettbew. **11** 378, JW. **12** 960. Gebrauch der Bezeichnung „Bankgeschäft" als Verstoß gegen UnlWG. Das Geschäft eines gewöhnlichen Geldverleihers ist kein Bankgeschäft.

18. MschutzuWettbew. **11** 266 (Frankfurt). Der Zusatz zu einer Firma „gegründet Bordeaux 1882" ist dann keine unrichtige Angabe, wenn zwischen dem Geschäft in Deutschland und in Bordeaux ein Zusammenhang besteht.

19. MschutzuWettbew. **11** 156 (Bamberg). Die Angabe „Filiale des Frankfurter Damen-Mäntelgeschäfts" fällt unter § 3, wenn nicht eine Zweigniederlassung eines in Frankfurt a. M. betriebenen Hauptgeschäfts besteht.

20. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 437. Ankündigung von Portlandzement erster Sorte, während es sich nur um zweite Sorte (sog. Eisenportlandzement) handelt. Irreführung des Publikums durch die Ankündigung eines Zements als französischen Portlandzements.

21. HansGZ. **12** Hptbl. 1, MschutzuWettbew. **11** 264 (Hamburg). In der Behauptung des Beklagten, daß in allen Fällen, wo Brandbinden verlangt würden, nur die von ihm hergestellten gemeint seien, kann ein Verstoß gegen § 3 liegen.

22. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 323. Anbieten schlechter minderwertiger Boxcalfstiefel als dauerhafter und brauchbarer verstößt gegen § 3 UnlWG.

23. OLG. **25** 348 (Braunschweig). Ankündigungen von einzelnen Fahrrädern mit dem Zusatze „noch wie neu", „noch nicht gefahren", „äußerst billig" usw. Erwecken des Anscheins, als sei der Verkäufer eine Privatperson, kein Händler.

24. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 436. Unwahre Angaben in einer Ankündigung von Schuhen aus chromgegerbtem Roßleder als Chevreauschuhe.

25. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 116. Unterlassung der Bezeichnung „Betr. Quadratseil". Klagabweisung.

26. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 322. Verstoß gegen § 3 (u. § 4), wenn in Ankündigungen der Anschein erweckt wird, daß der Angeklagte 38000 Schultornister vorrätig habe, während er ein Lager von niemals mehr als 200 Tornistern besaß.

27. BayRpflZ. **12** 115 (Bamberg). Verstoß gegen § 3 durch Gebrauch des Wortes „Welthaus".

28. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 378, GoltdA. **59** 458, DJZ. **12** 404. Die Ankündigung „gerichtlicher Sachverständiger" ist Angabe über geschäftliche Verhältnisse.

29. Zeitungsgewerbe.

a) *Fränkel 98 ff. Zeitungsgewerbe. Es werden die Fragen der falschen Bezeichnung als Publikationsorgan gewisser Behörden, der unrichtigen Angaben über das Alter der Zeitung und über die Auflage, der Füllinserate, des fingierten Briefkastens und des Abdrucks amtlicher Bekanntmachungen behandelt. — Der Abdruck von Zeitungstelegrammen kann sich als unlautere Reklame darstellen, und zwar nicht nur dann, wenn dem abgedruckten Telegramm ein Zusatz wie „Uns wird berichtet" beigefügt wird.

b) OLG. **25** 348, MecklZ. **31** 41 (Rostock). Unlauterer Wettbewerb begangen durch die Anzeige einer Zeitung, sie sei die „größte und weitaus verbreitetste Tageszeitung in R. und den übrigen Städten und Ortschaften beider M.". Auch durch die im Laufe des Rechtsstreits erfolgte Änderung des Titels dahin, die Zeitung sei „die größte und weitaus verbreitetste Tageszeitung beider M.", wird die Unterlassungsklage nicht gegenstandslos.

c) GewRschutz **12** 376 (Hamm). Ein Zeitungsverleger, der ein „Verzeichnis der Fernsprechteilnehmer für den Postbezirk L." herausgibt, und in diesem die Anschlußnummer des Verlegers der Konkurrenzzeitung ausläßt, verstößt gegen § 1.

d) MecklZ. **31** 45 (Rostock). Klage einer Zeitung gegen eine andere, die sich „Tageszeitung für die Stadt W. und Umgebung" nennt, in Wahrheit aber keine selbständige Zeitung, sondern nur die unter anderem Titel erscheinende N.-Zeitung sei. — Klagabweisung.

30. OLG. **25** 345 (München). Bezeichnung als Generalvertreter. Dieser Ausdruck ist eine tatsächliche Angabe.

31. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 204. Unter Eiderflanellröcken werden im Publikum nur von Tierwolle hergestellte Röcke verstanden.

32. Zigarettenhandel.

a) HansGZ. **12** Hptbl. 184 (Hamburg). Ein Verstoß gegen UnlWG. liegt vor, wenn Zigaretten, die aus russischem Tabak in Deutschland hergestellt sind, in Schachteln feilgehalten werden, die durch ihre Etiketten den Anschein erwecken, als handele es sich um echte russische Zigaretten. Wenn auf den Schachteln neben dem Aufdrucke der Firma noch Petersburg-Cöln steht, so weist dies nicht daraufhin, daß es sich nicht um importierte, sondern in Deutschland hergestellte Zigaretten handelt. Der Zusatz „Cöln" läßt sich vielmehr und näherliegend dahin verstehen, daß das Petersburger Haus in Cöln eine Niederlassung habe, von der aus seine von Rußland importierte Ware im Inlande bezogen werden könne.

b) **RG.** RschutzuWettbew. **11** 537. Mißbrauch ägyptischer Bezeichnung für in Deutschland hergestellte Zigaretten.

c) DJZ. **12** 231 (Colmar). Unlauterer Wettbewerb durch Nachahmung der Verpackung französischer Zigaretten.

33. Kognak. — Wein.

a) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 538, R. **12** Nr. 2599. Die Firma „Distillerie

Cognaçaise" auf Kognakflaschen enthält regelmäßig keine Herkunfts-, sondern nur eine Gattungsbezeichnung.

b) MSchutzuWettbew. **11** 266 (Frankfurt). Die Bezeichnung „Distillerie Cognacaise" hat nicht die Bedeutung einer in Kognak bestehenden Brennerei. Bei der Frage, ob eine Angabe sich als unrichtige darstelle, ist der Gesamteindruck zu berücksichtigen.

c) MSchutzuWettbew. **11** 325 (KG.). Über die Bezeichnung „Kognakextrakt". Die Kognakextrakte und Rumextrakte sind Aromaextrakte, denen Kognak oder Rum zugesetzt ist.

d) GewRSchutz **12** 286, MSchutzuWettbew. **11** 384 (LG. Trier, mitgeteilt von Fuld). Einer Weinbergsanlage kommt nur dann eine bestimmte Bezeichnung zu, wenn sie entweder im Kataster eingetragen ist oder üblicher- und hergebrachterweise im Volksmunde so bezeichnet wird.

34. **RG.** MSchutzuWettbew. **12** 125. Unrichtige Angabe über die Beschaffenheit von Obstschaumwein durch dessen Bezeichnung als Sekt mit einem aus der Firma des Herstellers entnommenen Zusatze (B.-Sekt). Die Bezeichnung „Deutsches Erzeugnis" auf den Deklarationsstreifen von Weinflaschen enthält für sich allein keine unrichtige Angabe. Sie wird auch dann nicht zu einer unrichtigen Angabe, wenn der Beklagte sie in Verbindung mit dem Worte Sekt und dabei zugleich mit dem Zusatze gebraucht, der die bei Herstellung seines Getränkes benutzte Fruchtart zum Ausdrucke bringt (z. B. Obst-, Apfel-Sekt deutsches Erzeugnis).

35. Zahnärzte.

a) OLG. **25** 353 (Marienwerder). Ein Dentist darf das Wort „Zahnoperationen" gebrauchen; dagegen ist die Ankündigung „schmerzloser" Zahnoperationen verboten, weil hierdurch der Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckt wird.

b) HansGZ. **12** Hptbl. 25 (Hamburg). In der Bezeichnung „Amerika approbierter Zahnarzt" ist nicht der Sinn zu finden, daß mit ihr ein Zahnheilkundiger bezeichnet werde, der in Amerika nach deutscher Weise ausgebildet, staatlich geprüft und staatlich zugelassen worden sei. — Vgl. aber JDR. **10** § 3 Ziff. II B 26 a (1088).

c) OLG. **25** 352 (Marienwerder). Die Bezeichnung „Dentist", „prakt. Dentist", „Dentysta" ruft nicht den Anschein eines staatlich approbierten Zahnarztes hervor.

d) **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **11** 377. Die Ankündigung „schmerzloses Ausbohren und Einsetzen von Zähnen" als Verstoß gegen §§ 3 u. 4.

36. GewRSchutz **12** 73 (Hamburg, mitgeteilt von Fuld). Bedeutung des Wortes „Kaffeemischung".

37. SächsOLG. **33** 538 (Dresden). Berühmung mit der Ernennung zum Preisrichter der Brüsseler Weltausstellung hors concours als einer über dem grand prix stehenden Auszeichnung.

38. **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **11** 258. Ankündigung eines Geschäfts als Spezialgeschäft für Wild und Geflügel.

39. SächsOLG. **33** 145 = JDR. **10** § 3 Ziff. II B 31.

40. OLG. **25** 353 (Braunschweig). Angaben über das Ergebnis eines Rennens. Ankündigung „Glänzender Sieg auf A. n. Pfeil".

III. Anschein eines besonders günstigen Angebots.

1. **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **12** 127. Erwecken des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch Ankündigungen, in denen magerer Limburger Käse als Limburger Käse mit besonders hohem Fettgehalt angeboten wird.

2. **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **12** 127. Ob ein Angebot besonders günstig ist, hängt nicht von der Niedrigkeit des Preises ab.

IV. Zu den einzelnen Fällen des § 3.

1. Geschäftliche Verhältnisse s. ob. Ziff. II B (s. u. § 4).

OLG. **25** 355 (KG.). Die von einer GmbH. geführte Bezeichnung „Verein

Berliner Hausfrauen" und die Ankündigung, ihre Waschanstalt stehe unter steter Aufsicht der Vereinsleitung, sind Angaben tatsächlicher Art über geschäftliche Verhältnisse. Die Angaben sind unrichtig, wenn Inhaber der Gesellschaft nicht Berliner Hausfrauen sind, sondern ein Ehepaar; die Angaben sind auch geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken.

2. Beschaffenheitsbezeichnung.

3. Herkunftsbezeichnung.

a) Pilsener Bier.

α. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 427, JW. **12** 759 (Radeberger Pilsener). Sicher kann ein Bier nicht zwei Herkunftsorte haben; es kann nicht zugleich in Pilsen und noch in irgendeinem anderen Orte hergestellt sein. Aber gerade das allein beweist schon, daß, wenn bei der Bezeichnung von Bier in gleicher, deutlicher Weise Namen von zwei Orten genannt sind, — die in den betreffenden Kreisen auch als Orte bekannt oder aber sonst erkenntlich gemacht sind —, es sich dann unmöglich bei beiden Orten um Herkunftsbezeichnungen handeln kann. Eben weil die Angabe zweier Herkunftsorte ein begriffliches und logisches Unding ist, hat bei Angaben über Bier, in denen sich zwei Ortsnamen befinden, der Name des einen Ortes eine andere Bedeutung als der andere und ist der eine von ihnen nicht Herkunftsangabe. Außerordentlich häufig wird die regelmäßige Bedeutung eines Wortes durch ein ihm hinzugefügtes Wort verändert; das gilt für „Pilsen" („München", „Dortmund", „Nürnberg", „Erlangen") ebensowohl wie für andere Worte. Es ist daher auch nicht zutreffend, wenn der Berufungsrichter ganz allgemein hinstellt, es gebe überhaupt keine Hinzufügung, welche die Bedeutung des Wortes „Pilsener" (als in Pilsen gebrautes Bier) wieder aufheben und völlig zweifelsfrei machen könnte, daß das Bier nicht aus Pilsen stamme. — Wenn der Name des Ortes in deutlicher Weise nicht zur Bezeichnung der Herkunft gebraucht wird, auf die Herkunft der Ware nicht hinweist, so liegt keine „fälschliche" Verwendung des Namens (§ 16 WarenZG.), keine „unrichtige" Angabe (§ 3 UnlWG.), vor.

β. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 429. Für Bier ist die Bezeichnung „Pilsener" Herkunftsbezeichnung. Bei Bezeichnung eines nicht aus Pilsen stammenden Bieres ist die Verwendung des Wortes Pilsen oder ein mit einem Phantasieworte gegebener Hinweis auf Pilsen zulässig, wenn zugleich klargestellt ist, daß das Bier nur als nach Pilsener Art gebraut bezeichnet werden kann. Die Bezeichnung Pilsator ist nicht verwechselungsfähig mit Pilsner.

γ. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 426. Die Bezeichnung „Pilsener Bier" ist nicht bloße Herkunftsbezeichnung, sondern Beschaffenheitsbezeichnung, wenn durch Zusätze, insbesondere durch deutliche Angabe der Braustätte klar gemacht wird, daß es sich nur um ein nach Pilsener Art gebrautes Bier handelt (Engelhardt Berliner Pilsner).

δ. HansGZ. **12** Hptbl. 45, MschutzuWettbew. **11** 157 (Hamburg). Die Bezeichnung „Pilsener" ist an sich Herkunftsbezeichnung. Vorliegend die Ankündigung „Pilsener Bier aus der Friesen-Brauerei Hamburg-Altona" auf Grund tatsächlicher Feststellungen (ein die Verwechselung ausschließender Druck) nicht als Verstoß gegen § 3 angesehen werden. — Vgl. auch HansGZ. **12** Hptbl. 173, MschutzuWettbew. **11** 327 (Hamburg). Unzulässigkeit der Bezeichnung Aussig-Pilsener-Bier.

ε. **RG.** GewRschutz **12** 317, MschutzuWettbew. **11** 425, LeipzZ. **12** 548, DJZ. **12** 810. Die Bezeichnung „Pilsener Hansa-Quell" für ein nicht in Pilsen gebrautes Bier ist unzulässig. Vgl. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 424.

ζ. GewRschutz **12** 74 ff. (KG. v. 11. 10. 11 u. v. 25. 10. 11). Pilsener Bier bezeichnet nicht eine bloße Beschaffenheitsangabe (also nicht ein Bier von bestimmter Herstellungsart, einen sog. Biertypus), sondern hat die Bedeutung einer Herkunftsbezeichnung. Der Umstand, daß eine ganze Anzahl Brauereien Deutschlands

sich des Wortes „Pilsener" zur Bezeichnung ihres nicht in Pilsen gebrauten Bieres bedienen, kann nicht zur Folge haben, daß das Wort Pilsener die Natur der Herkunftsbezeichnung verloren hätte. Bedeutet aber Pilsener Bier nichts anderes als Bier aus Pilsen, so kann hieran nichts dadurch geändert werden, daß dem Worte Pilsen — nach oder voran gestellt — ein zweiter Ortsname in adjektivischer Form beigefügt wird (z. B. Radeberger Pilsener). — Das Publikum legt Wert auf die Herkunft des Bieres und wünscht und erwartet, unter der Bezeichnung Pilsener echtes Pilsener vorgesetzt zu erhalten. Das Schlagwort Pisener erweckt bei dem in Betracht kommenden Publikum in solchem Maße den Eindruck der Echtheit des Bieres, daß nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge auf eine Beseitigung dieses ersten Eindrucks durch Zusätze nicht zu rechnen ist. Es ist unzulässig, ein nicht in Pilsen gebrautes Bier mit einer Bezeichnung zu versehen, welche das Wort „Pilsener" enthält.

η. SchlHolstAnz. **12** 88 (Kiel). Pilsener Bier ist Herkunftsangabe. Die Bezeichnung „Pilsener Hansa-Quell" für nicht in Pilsen gebrautes Bier ist unzulässig.

b) Münchener Bier.

α. **RG.** JW. **12** 480, GewRschutz **12** 193, MschutzuWettbew. **11** 422. Nach den Feststellungen des Berufungsrichters hat sich die Beklagte zur Kennzeichnung des von ihr hergestellten Bieres der Bezeichnung „Urbock-Münchener" bedient; was sie dieser Bezeichnung noch hinzugefügt gehabt hat, ist belanglos gewesen und hat die Worte „Urbock-Münchener" in ihrer Bedeutung als Herkunftsbezeichnung in keiner Weise geändert. Die Beklagte darf ihr Bier unter keinen Umständen so bezeichnen, daß es als ein in München gebrautes (also als „Münchener" Bier) erscheint; sie darf die Worte „Urbock-Münchener" und insbesondere das Wort „München" höchstens so gebrauchen, daß darin niemand einen Hinweis auf die Herkunft des Bieres erblicken kann und jede Täuschungsmöglichkeit ausgeschlossen ist. Dem hat die Beklagte unter Verletzung der Gesetze und der Rechte der Kläger durch die Art und Weise, wie sie ihr Bier bisher bezeichnet hat, zuwidergehandelt. Demgemäß war ihr, den zutreffenden Ausführungen der Revision gemäß, einfach die bisher geschehene Bezeichnung ihres Bieres zu untersagen.

β. SächsOLG. **33** 145. Die Bezeichnung eines nicht in München gebrauten Bieres als Münchener Bier ist unzulässig.

c) Kulmbacher Bier. SächsRpflA. **12** 471 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb durch Bezeichnung eines in Leipzig gebrauten Bieres als „Kulmbacher".

d) MschutzuWettbew. **12** 97 (LG. Wiesbaden). Die Bezeichnung „Asbach Uralt" enthält keinen Verstoß gegen das UnlWG., sondern nur eine erlaubte reklamehafte Übertreibung.

4. Auszeichnungen.

MschutzuWettbew. **11** 447 (Dresden). Berühmung des Besitzes von „höchsten Auszeichnungen" als Verstoß gegen §§ 3 u. 1.

5. Verkäufe (s. §§ 7—9).

a) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 205. Ankündigung von Privatgelegenheitskäufen, während es sich um Verkäufe im ordentlichen Geschäftsbetriebe handelt.

b) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 472. Unwahre Ankündigung eines Privatgelegenheitskaufs eines Klavierhändlers als Erwecken des Anscheins eines besonders günstigen Angebots (**RG.** [Strafs.] **39** 169).

c) NaumburgAK. **12** 54 (LG. Dessau u. OLG. Naumburg). Unlauterer Wettbewerb, begangen durch die Ankündigung „Riesen-Massen-Verkäufe, direkt aus den größten Emaillewerken fortwährend Zufuhren; 5 Eisenbahn-Waggonladungen Emaillewaren sollen zu fabelhaft billigen Preisen verkauft werden; nur 6 Tage"

V. Unterlassungsklage.

1. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 203 = JDR. **10** § 3 Ziff. V 1.

2. **RG.** GewRschutz **12** 72, MschutzuWettbew. **11** 321. Unterlassung von Behauptungen, die in einer Broschüre aufgestellt sind. Gegenstand des Unterlassungsanspruchs ist nicht die Broschüre an sich, sondern jede der darin aufgestellten Behauptungen. Gegen die Wiederholung jeder einzelnen solcher Behauptungen richtet sich je ein selbständiger, von den anderen Behauptungen unabhängiger Unterlassungsanspruch. Mit der Möglichkeit der Entscheidung über die je einen Klagegrund abgebende einzelne Behauptung ist der einzelne auf sie gestützte Unterlassungsanspruch zur Entscheidung reif.

3. **RG.** R. **12** Nr. 3277. Für den Anspruch auf Unterlassung ist davon auszugehen, daß der Kläger zur Begründung eines solchen zwar nicht die Wiederholungsgefahr darzutun hat, daß aber der Anspruch abzuweisen ist, wenn wegen besonderer Umstände, deren Darlegung dem Beklagten obliegt, eine Wiederholungsgefahr gänzlich ausgeschlossen ist.

4. OLG. **25** 350 (KG.). Die beanstandete Zeitungsanzeige bezieht sich ausdrücklich auf die „Porträtanstalt" und erwähnt nicht den Namen des Klägers; dieser ist aber nicht mehr Inhaber dieses Geschäfts, sondern eine GmbH. Es könnte also, wenn man die Beklagte verurteilen wollte, nur ausgesprochen werden, daß ihnen die fernere Verbreitung der Anzeige in bezug auf den *Kläger* verboten würde; denn die Gesellschaft klagt nicht, so daß in bezug auf sie den Beklagten die Behauptung hier nicht verboten werden kann. Es folgt aber hieraus weiter, daß die Besorgnis einer Wiederholung der Anzeige in bezug auf den *Kläger* ausgeschlossen ist.

5. OLG. **25** 360 (KG.). Die Wiederholungsgefahr wird nicht durch die Entlassung des Angestellten ausgeschlossen, der die betreffende Äußerung getan hat. Die *Urteilsformel* ist bei Äußerungen durch Dritte (Angestellte usw.) dahin zu fassen, daß dem Beklagten aufgegeben wird, dafür zu sorgen, daß die von diesem Angestellten gemachten Angaben nicht wiederholt werden.

6. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 537. Gegenstand der Unterlassung können nur bestimmte, genau bezeichnete Handlungen sein, und zwar nur solche Handlungen, die von dem Beklagten vorgenommen sind.

7. *Rosenthal*, MschutzuWettbew. **12** 30. Nach der herrschenden Meinung soll für die Abwehrklage der Gerichtsstand des § 32 ZPO. (Ort der begangenen Handlung) nicht in Betracht kommen können. Für Klagen, die nicht lediglich auf UnlWG. gestützt sind, wird man aber den Gerichtsstand des § 32 ZPO. zulassen müssen. Der Gerichtsstand des § 32 ist auch dann gegeben, wenn die Unterlassungsklage angestrengt wird zur Abwehr einer angedrohten oder in Aussicht stehenden unerlaubten Handlung, soweit ein solcher Tatbestand überhaupt einen Unterlassungsanspruch entstehen läßt.

8. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 146. *Streitwert der Unterlassungsklage.* Maßgebend ist das Interesse, das der klagende Verein daran hat, daß der beklagte Verein die Ankündigungen unterläßt. Dieses Interesse umfaßt die Interessen der Gesamtheit seiner Mitglieder, wenn es sich auch nicht darin erschöpft (Beschwerdegegenstand über 4000 M.).

9. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 203. Revisionssumme bei Klagen aus § 3.

10. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 144 = JDR. **10** § 3 Ziff. V 4.

11. **RG.** R. **12** Nr. 3278. Wenn der Kläger sich weigert, die ihm bekannten Tatumstände anzugeben, welche das Gericht für erforderlich hält, um sich ein Urteil darüber bilden zu können, ob überhaupt ein Schaden durch Umsatzminderung infolge der Reklame des Beklagten entstanden ist, so kann die Klage mit der Begründung abgewiesen werden, daß das Gericht außerstande ist, sich eine Überzeugung über die Entstehung eines Schadens durch Umsatzminderung zu bilden.

§ 4. 1. **RG.** (Strafs.) GewRschutz. **12** 258. Einer besonderen Form bedarf die Mitteilung im Sinne des § 4 nicht, die mündliche Form der Mitteilung fällt nicht

weniger unter § 4 als die schriftliche, gedruckte oder dergl. (vgl. **RG.** [Straff.] **40** 130); und bestimmt für größere Personenkreise sind auch diejenigen Mitteilungen, die zunächst nur gegenüber einem individuell begrenzten kleineren Kreise gemacht werden, aber mit dem Ersuchen und zu dem Zwecke erfolgen, daß durch ihre Verbreitung einer unbestimmt großen Anzahl anderer Personen die Kenntnis davon vermittelt werde.

2. **RG.** GoltdA. **60** 75, JW. **12** 961, R. **12** Nr. 1417. Der Angeklagte hat in Zeitungsanzeigen und Zuschriften an Darlehnssucher sein Geschäft als Bankgeschäft bezeichnet und ist deshalb aus § 4 UnlWG. angeklagt worden. Die Hingabe verzinslicher Darlehen, welches Gewerbe der Angeklagte betrieben hat, gehört allerdings zu den Bankiergeschäften im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Daraus folgt aber nicht, daß der Geschäftsbetrieb des Angeklagten als Bankgeschäft bezeichnet werden durfte. Dieser Begriff bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Der Schwerpunkt beim Bankgewerbe liegt darin, dem Bedürfnisse des Verkehrs nach dem Umsatze von Geld und Wertpapieren durch Abschluß oder Vermittelung geeigneter Rechtsgeschäfte zu dienen. Ein Kleingewerbetreibender wird im Verkehre nicht als Bankier angesehen. Das Geschäft eines gewöhnlichen Geldverleihers ist nach der Verkehrsanschauung kein Bankgeschäft.

3. **RG.** (Straff.) SächsRpfl. **12** 39, GewRschutz **12** 108, MschutzuWettbew. **11** 379, DJZ. **12** 347. Vorführung fremder Musterbeispiele zum Nachweise der eigenen Leistungsfähigkeit. Die im § 4 bezeichneten unwahren Angaben über den Ursprung von Waren oder gewerblichen Leistungen beziehen sich nur auf solche Waren oder Leistungen, die noch geliefert oder bewirkt werden sollen. Unwahre Angaben über eine früher bewirkte Leistung können nur als eine unwahre Angabe über die Beschaffenheit der noch zu bewirkenden Leistung in Frage kommen, sofern der Erklärende wahrheitswidrig angibt, die künftigen Leistungen würden von gleicher Beschaffenheit sein wie die früher bewirkten (**RG.** [Straff.] **40** 122). G e s c h ä f t l i c h e V e r - h ä l t n i s s e sind alle Umstände, die auf die Preisbildung einer Ware und, was dem gleichsteht, einer gewerblichen Leistung von Einfluß sein können.

4. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 472. Maßgebend ist der Eindruck, den Anzeigen nach ihrem Inhalt und ihrer Fassung auf das Publikum hervorrufen mußten, an das sie sich wendeten, und welche Vorstellungen sie demzufolge in ihm erweckten. Festgestellt ist, daß die Leser in den Glauben versetzt wurden, der Angeklagte veranstalte einen Ausverkauf. War sich der Angeklagte auch nur der Möglichkeit bewußt, daß seine Anzeigen so aufgefaßt werden würden, veranlaßte er aber gleichwohl deren Veröffentlichung selbst auf die Gefahr hin, daß dieser Erfolg eintrete, und für solchen Fall unter Billigung des Erfolges, so war seine Ankündigung eines Ausverkaufs eine wissentliche und enthält eine wissentlich falsche Angabe, wenn er in Wirklichkeit einen Ausverkauf gar nicht veranstalten wollte.

5. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 472. Verschlechterung der Wahrheit in der Ankündigung eines Ausverkaufs, insofern als der Anschein erweckt wird, der Veranstalter habe den angekündigten Räumungsverkauf in allen seinen Einzelheiten, vor allem hinsichtlich der Bemessung und Festsetzung des Preisabschlags zum voraus durchdacht und wohl vorbereitet, während er in Wirklichkeit sich damals darüber noch nicht klar war, welchen Rabatt er seinen Kunden auf die verschiedenen Warenposten einräumen wolle.

6. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 117. Mißbrauch einer Firma durch Verwendung eines den Herstellungsort angeblich angebenden Ortes, um unrichtige Angaben zu machen, verstößt gegen § 4. Unzulässigkeit der Bezeichnung „Moskau-Berlin" für eine Branntweinbrennerei, wenn der Branntwein nicht in Moskau hergestellt wird.

7. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **12** 34. Die Patentberühmung kann dem § 4 UnlWG. in alter Fassung nicht unterstellt werden, da dieser Angaben lediglich über „geschäftliche Verhältnisse" nicht kennt. — Anders wäre nach dem neuen G. zu entscheiden. **RG.** läßt die Frage dahingestellt.

8. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 473. Bezeichnung eines Erzeugnisses als „patentamtlich geschützt". Vergehen gegen § 4 und § 40 PatG. ist eine einheitliche Tat.

9. **RG.** (Strafs.) GewRschutz **12** 258. Die Einziehung von Etiketten, die noch nicht verwendet worden sind, aber für eine fortgesetzte unlautere Reklame bestimmt waren, ist zulässig (§ 40 StGB.).

10. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 322. Eine zur Irreführung geeignete Angabe liegt vor, wenn angekündigt wird, es würden je drei leinene Handtücher zu 95 Pfennig verkauft, während auch Päckchen von drei nichtleinenen Handtüchern verkauft wurden.

11. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 204. Ankündigung „nur für kurze Zeit" und „nur noch einige Tage" für einen Verkauf verstößt gegen § 4, wenn diese Ankündigungen mehrere Monate hindurch fortgesetzt werden.

12. *Nußbaum, Ist der Bucketshop ein Bankier? BankA. **10** 359 ff. Verneint die in der Überschrift gestellte Frage.

13. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 473. Unrichtige Angabe über den Ladenpreis von Büchern.

14. **RG.** (Strafs) MschutzuWettbew. **11** 378. Während der § 4 a. F. einzelne Angaben bestimmter Art erschöpfend aufzählte, beginnt der jetzige § 4 seine Aufführung der „Angaben", die den Tatbestand des Vergehens erfüllen können, mit der allgemeinen Wendung „über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere" . . . und läßt dann die frühere Aufzählung — beispielsweise — folgen.

15. **RG.** (Strafs.) GewRschutz **12** 191. Anwendung des neuen UnlWG. bei fortgesetzter Handlung (**RG.** [Strafs.] **44** 273).

16. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 118. Verstößt eine Handlung gegen § 4 und zugleich gegen eine Polizeiverordnung, so kommt § 4 UnlWG. in Betracht, da dieser, wie vorliegend festgestellt ist, die härtere Strafe androht.

17. WürttJ. **24** 44 (Stuttgart [Strafs.]). Wissentlich unwahre Angabe in Ausverkaufsanzeigen (altes Gesetz).

§ 5. Herkunftsbezeichnung s. o. § 3 Ziff. IV 3.

§ 6. 1. **RG.** (Strafs.) **45** 41. Unzulässig ist die Ankündigung eines Konkursmassen-Ausverkaufs" für einen Tag, an dem die zu verkaufenden Gegenstände nicht mehr zur Konkursmasse gehören werden und dann auch tatsächlich nicht gehört haben. Es kommt auf den Tag des Verkaufs an.

2. MschutzuWettbew. **12** 99 (Celle). Ein Verkauf darf auch dann als Konkursmassenausverkauf angekündigt werden, wenn der Konkursverwalter das ganze Lager einem anderen übergibt, der einen Mindesterlös garantiert.

3. Fuld, R. **12** 516, wendet sich gegen ein Urteil des OLG. Celle, (Ziff. 2), in welchem das Gericht einen zulässigen Konkursausverkauf in einem Falle erblickt, in dem der Konkursverwalter mit einem Kaufmann als Geschäftsführer ein Abkommen getroffen hatte, wonach dieser den Ausverkauf übernahm.

4. Goldstein teilt einen Vertragsentwurf mit, nach welchem der Konkursverwalter eine Person angeblich als Geschäftsführer anstellt und dann Konkursausverkäufe anzeigt. Es handelt sich nach Ansicht des Verf. um Scheingeschäfte; in Wahrheit liege Kauf vor, und der Konkursverwalter mache sich strafbar, sei auch wegen Unterlassung zu verklagen.

§§ 7—9. FrankfRundsch. **46** 24 (Frankfurt). Die §§ 7—9 UnlWG. treffen grundsätzlich jeden Warennachschub, so daß auch eine an sich wirtschaftlich berechtigte Vervollständigung des Lagers gesetzlich verboten ist. Eine Ausnahme ist höchstens

einzig für solche nachbezogenen Waren anzuerkennen, die bereits zu einer Zeit, als noch nicht an einen Ausverkauf oder an Liquidation gedacht wurde, bestellt waren.

§ 7. 1. WürttJ. **24** 220 (Stuttgart, Straff.). In jeder öffentlichen Ankündigung eines Ausverkaufs ist der Grund anzugeben. Die Gesetzesvorschrift lautet ganz allgemein und unterscheidet nicht etwa zwischen der ersten Ankündigung eines Ausverkaufs und späteren auf denselben Ausverkauf bezüglichen Annoncen, sofern nur diese Annoncen wiederum die Ankündigung des Ausverkaufs enthalten.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 118. Der Anwendung des § 7 Abs. 1 steht die Tatsache nicht entgegen, daß die Ankündigung nicht den Ausdruck „Ausverkauf" enthält. Zur Erfüllung der Voraussetzungen jener Gesetzesvorschrift ist die Aufnahme dieses Ausdrucks in die Ankündigung nicht erforderlich. Es genügt, wenn eine der Sache nach gleichbedeutende Bezeichnung gewählt wird, die nach der Verkehrsauffassung als Hinweis auf einen bevorstehenden oder stattfindenden Ausverkauf gedeutet wird. Insoweit gilt derselbe Gedanke, der im § 9 Abs. 1 Ausdruck gefunden hat. Zwar weist § 9 Abs. 1 außer auf § 8 nur auf § 7 Abs. 2, nicht auf Abs. 1 hin. Hieraus ist aber, wie in **RG.** v. 26. 5. 11 (**45** 45) ausgeführt ist, keineswegs durch Folgerung aus dem Gegensatze zu schließen, daß das, was im § 9 Abs. 1 daselbst sachlich ausgesprochen ist, für § 7 Abs. 1 daselbst nicht gelten solle. — Nach § 7 Abs. 1 hat jede öffentliche Bekanntmachung und jede für einen größeren Kreis von Personen bestimmte Mitteilung, worin ein Ausverkauf angekündigt wird, die Angabe des Grundes zu enthalten, der zu dem Ausverkauf Anlaß gegeben hat. Es ist dem Ankündigenden nicht gestattet, in einer gewissen Art von Ankündigung die Angabe zu unterlassen. Er kann deshalb das Unterbleiben einer solchen Angabe nicht dadurch rechtfertigen, daß er die vorgeschriebene Angabe in einer anderen Art von Ankündigung macht. Für die Annahme, daß die Gesamtheit aller Arten von Ankündigungen, soweit sie denselben Ausverkauf betreffen, stets als einheitliches Ganzes zu betrachten seien und daß daher die Angabe in einer Art dieser Ankündigung genüge, bietet das Gesetz keinen Anhalt. — Die höhere Verwaltungsbehörde kann die im § 7 Abs. 2 vorgesehenen Anordnungen in ihrer Verordnung nur für bestimmte Arten von Ausverkäufen treffen. Eine Verordnung, welche die Anordnungen lediglich unter Ausschließung der sog. Inventur- und Saisonausverkäufe, unterschiedslos für alle Warenverkäufe trifft, die unter der Bezeichnung eines Ausverkaufs oder einer nach § 9 Abs. 1 gleichartigen angekündigt werden, hält sich daher nicht in den Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung. — Eine bestimmte „Art" von Ausverkäufen umfaßt den Kreis solcher Ausverkäufe, die gewisse übereinstimmende Merkmale aufweisen, sich durch diese von anderen Ausverkäufen unterscheiden und im Verhältnisse zu ihnen eine mehr oder minder große in sich geschlossene Gruppe bilden.

3. **RG.** (Straff.) **45** 16. Zufolge ausdrücklicher Vorschrift des § 7 Abs. 2 kann die höhere Verwaltungsbehörde die zugelassenen Anordnungen für die Ankündigung bestimmter Arten von Ausverkäufen treffen. Nach dem klaren Wortsinne bilden dabei den Gegensatz die der Art nach nicht bestimmten Ausverkäufe, d. h. jedenfalls die Gesamtheit der Ausverkäufe überhaupt. Durch die Gesetzesvorschrift ist daher — nach dem Wortlaute — zweifelsfrei zum Ausdrucke gebracht, daß die höhere Verwaltungsbehörde ihre Anordnungen nicht für diese Gesamtheit, d. h. nicht unterschiedslos und allgemein für sämtliche Verkäufe soll treffen dürfen, die überhaupt unter den Begriff eines Ausverkaufs fallen, sondern immer nur für bestimmte Arten von solchen Ausverkäufen. — Dies ergibt sich als der vom Gesetzgeber gewollte Sinn seiner Vorschrift auch aus dem Zusammenhalte mit den übrigen einschlägigen Gesetzesbestimmungen. Denn soweit nicht für einzelne Arten von Ausverkäufen Sondervorschriften getroffen sind, wie im § 6 für sog. Konkursmassenausverkäufe oder im § 9 Abs. 2 für Inventur- und Saisonausverkäufe, ist im Gesetz, erkennbar gegensätzlich zu der im § 7 Abs. 2 gewählten Aus-

drucksweise, ganz allgemein von einem Ausverkaufe die Rede, wie im § 7 Abs. 1 und § 8. — Dadurch, daß in der Verordnung die Saison- und Inventurausverkäufe für ausgenommen erklärt sind, ist anderseits nicht etwa hinsichtlich der übrigen noch verbleibenden Arten von Ausverkäufen im Sinne des Gesetzes eine Beschränkung der Regelung auf „bestimmte Arten von Ausverkäufen" herbeigeführt. Denn auf Saison- und Inventurausverkäufe finden die Vorschriften von § 7 (und § 8) schon kraft Gesetzes — s. § 9 Abs. 2 — keine Anwendung. Die Inventur- und Saisonausverkäufe sind mit anderen Worten bei der Anwendung des § 7 überhaupt auszuschließen und ausgeschlossen. Daß diese Auslegung der wahren Absicht des Gesetzgebers entspricht, ist auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu entnehmen (vgl. hierüber 19 ff.). — Was unter bestimmten Arten von Ausverkäufen zu verstehen ist, richtet sich, soweit nicht etwa das Gesetz ein anderes ergibt, nach Sprachgebrauch und Verkehrsauffassung. Danach umfaßt eine „bestimmte Art von Ausverkauf" den Kreis solcher Ausverkäufe, die gewisse übereinstimmende Merkmale aufweisen, sich durch diese von anderen Ausverkäufen unterscheiden und im Verhältnisse zu ihnen eine mehr oder minder große in sich geschlossene Gruppe bilden. Darüber, ob dies der Fall ist, insbesondere also, welche Merkmale in diesem Sinne wesentlich sind, entscheidet die Verkehrsauffassung. Irgendeine ein für allemal geltende feste Regel läßt sich insoweit nicht aufstellen. Die Einteilung der Ausverkäufe und ihre Zusammenfassung zu gewissen Gruppen wird in der Verkehrsanschauung vielmehr nach Zeit, Ort und Bedürfnis durchaus verschieden sein und wechseln. Es ist deshalb insbesondere nicht angängig, den Begriff der „Art" einseitig etwa auf die „Branche" oder „die Form" oder „den Ort" des Ausverkaufs abzustellen. Diese und andere Umstände können möglicherweise erst in ihrem vollständigen oder teilweisen Zusammentreffen und Zusammenwirken die Bestimmung und Abgrenzung von Arten eines Ausverkaufs herbeiführen. — Vgl. **RG.** (Straff.) **45** 189 (194).

4. **RG.** (Straff.) **45** 189. Das kennzeichnende Merkmal eines Ausverkaufs besteht darin, daß der Verkauf und die damit verbundene Räumung beschleunigt sein sollen und hierdurch aus dem Rahmen eines laufenden Geschäftsganges heraustreten. Das kann nach den Erfahrungen des geschäftlichen Lebens nur durch eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Anlockung Kauflustiger geschehen, und diese gelingt wiederum nur durch Inaussichtstellung von besonderen, sei es auch nur angeblichen oder vermeintlichen Kaufvorteilen. Deshalb können Tatumstände dieser Art, wenn sie in den Ankündigungen erkennbar gemacht sind, vom Standpunkte des Publikums als erhebliches Anzeichen dafür in Betracht kommen, daß der Verkauf, der angekündigt wird, ein Ausverkauf ist. Umgekehrt kann aus der Hervorhebung des Räumungszwecks von dem Publikum sehr wohl auf das Vorliegen solcher Tatumstände, auch wenn sie nicht besonders kenntlich gemacht sind, d. h. darauf geschlossen werden, daß Verkauf und Räumung als beschleunigte beabsichtigt sind, daß sich daraus besonders vorteilhafte Einkaufsbedingungen ergeben werden, mit anderen Worten ein Ausverkauf angekündigt ist. — Die Bekanntmachung von „billigen Tagen", „Ausnahmetagen", „weißer Woche" u. dgl. enthält an und für sich noch nicht die Ankündigung eines Ausverkaufs. Anderseits steht die Wahl solcher Bezeichnungen der Annahme, daß ein Ausverkauf angekündigt wird, aber nicht entgegen, wenn nach dem sonstigen Inhalte der Bekanntmachung die Voraussetzungen für eine derartige Annahme nachgewiesen erscheinen.

5. **RG.** (Straff.) **45** 314. Der Begriff des Ausverkaufs setzt einen Warenvorrat von bestimmt abgegrenztem Umfange voraus, mag sich der Vorrat auch zur Zeit der Ankündigung noch nicht in der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Verkäufers befinden. Dieses aus § 9 Abs. 1 zu entnehmende Erfordernis folgt auch aus der Vorschrift des § 7 Abs. 2, soweit sie die Anordnung der Einreichung eines Verzeichnisses der auszuverkaufenden Waren vorsieht. Die Ankündigung eines Ausverkaufs muß

daher unmittelbar oder mittelbar auf einen solchen bestimmten Warenvorrat hinweisen. Tritt das Gegenteil aus der Ankündigung hervor, so fehlt es an der im § 8 vorausgesetzten Ankündigung eines Ausverkaufs.

6. **a)** **RG.** (Strafs.) **45** 45. In den Fällen der §§ 7, 8, 10 Nr. 1 kann der Ankündigende mit der Behauptung nicht gehört werden, daß er in Wirklichkeit einen Ausverkauf nicht beabsichtigt habe. Auf den sog. wirklichen Willen kommt es gegenüber § 7 Abs. 1 nicht an. Entscheidend ist vielmehr der Inhalt der Ankündigung, d. h. die in ihr enthaltene und abgegebene Willenserklärung. Vgl. die folgende Entsch. des RG. und **RG.** (Strafs.) **45** 189 (ob. Ziff. 4).

b) **RG.** (Strafs.) **45** 168. Wie im Sinne von § 7 Abs. 1 die Verkaufsankündigung keineswegs die wörtliche Bezeichnung „Ausverkauf" zu enthalten braucht, um sich als Ankündigung eines Ausverkaufs darzustellen, so gilt dies auch für die Ankündigung von sog. Teilausverkäufen. Es ist bei der Beurteilung und Bestimmung dessen, was der Angeklagte angekündigt hatte, auf die Vorstellungen wesentlich Rücksicht zu nehmen, die bei dem betreffenden Publikum hervorgerufen wurden und hervorgerufen werden sollten.

7. OLG. **25** 359 (KG.). Der § 7 erfordert nicht, daß gerade das Wort „Ausverkauf" gewählt wird. Die Ankündigung „Großer Räumungsverkauf zu ganz enorm billigen Preisen" ist Anzeige eines Ausverkaufs.

8. **RG.** (Strafs.) **45** 314. Der § 7 Abs. 1 verlangt die Angabe des besonderen Grundes, der dazu Anlaß gegeben hat, die Räumung des Lagers oder eines bestimmten Warenvorrats oder einer einzelnen Warengattung im Wege des beschleunigten Verkaufs herbeizuführen, und dieses Erfordernis kann durch den Hinweis auf einen allgemeinen, im Begriffe des Ausverkaufs liegenden Zweck, wie er sich aus der Begriffsbestimmung im § 9 Abs. 1 ergibt, nicht erfüllt werden. Sind mehrere voneinander verschiedene Ankündigungen eines und desselben Ausverkaufs erlassen, so muß in jeder von ihnen, auch wenn die eine auf die andere Bezug nimmt, die Angabe des Grundes erfolgen.

9. R. **12** Nr. 2754 (Hamburg). In der Ankündigung eines Verkaufs von Waren mit dem Zusatze „Billige Offerte! Soweit Vorrat!" liegt nicht die Ankündigung eines Ausverkaufs oder eines Verkaufs von Waren wegen Aufgabe einer einzelnen Warengattung oder Räumung eines bestimmten Warenvorrats. Entscheidend für die Beurteilung des Inhalts der Ankündigung ist die Auffassung des kaufenden Publikums. Von diesem Standpunkt aus läßt sich aber aus der Anzeige sehr wohl herauslesen, daß dem Beklagten ein gewisser Vorrat der Waren zur Verfügung stehe, welchen er zu billigen Preisen verkaufen wolle, ohne daß damit gerade die Ausschüttung dieses Bestandes in dem beschleunigten Verfahren des Ausverkaufs gemeint ist. Dieses Moment ist aber für die Anwendung der §§ 7, 9 UnlWG. wesentlich. Es ergibt sich aus dem Begriffe der „Räumung". Wenn der Verkäufer lediglich erklärt, daß er für einen bestimmten Vorrat von Waren billige Preise gewähren könne, dann ergibt sich hieraus noch nicht, daß der Verkauf veranstaltet wird, um mit diesem Vorrate zu räumen.

10. RheinA. **109** I 311 (Düsseldorf). Ein Verstoß gegen das UnlWG. liegt nicht vor, wenn jemand mit Rücksicht auf seinen demnächstigen Umzug einen Ausverkauf veranstaltet, auch wenn das Geschäft nur um einige Häuser weiter verlegt wird. Es ist nicht richtig, daß der Verkehr einen Umzug als Grund zur Abstoßung von Waren in Form eines Ausverkaufs nur dann anerkennt, wenn die neuen Geschäftsräume in größerer Entfernung liegen. Der Gewerbetreibende entscheidet sich nicht gerade mit Rücksicht auf die Höhe der Beförderungskosten, die ihm andernfalls entstehen würden, für einen Ausverkauf. Jeder Umzug, auch der auf einer kurzen Strecke, macht ein lästiges Aus- und Einräumen und Neuordnen des Warenbestandes erforderlich. Um die Arbeit tunlichst zu verringern und es zugleich zu ermöglichen, den Be-

trieb in den neuen Räumen auch mit neuen Vorräten zu eröffnen, bietet sich der beschleunigte Verkauf zu ermäßigten Preisen als zweckmäßiges und im Ergebnisse lohnendes Mittel.

11. DJZ. **12** 1536 (Braunschweig). Unter bestimmten Arten von Ausverkäufen sind nicht allein solche nach Natur, Anlaß und Zweck, sondern auch solche nach Geschäftszweigen und Warenklassen zu verstehen.

12. **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **12** 36. Ankündigung eines Totalausverkaufs wegen Aufgabe des Geschäfts, während der Ausverkauf nur aus Anlaß eines Geschäftsüberganges stattfand.

13. HansGZ. **12** Hptbl. 308 (Hamburg). In einer Annonce mit der Aufschrift „Billige Offerte, soweit Vorrat" ist die Ankündigung eines Ausverkaufs im Sinne des UnlWG. noch nicht zu erblicken.

14. RheinA. **109** I 346 (Cöln). S. u. § 9 Ziff. 4. Unter § 7 Abs. 1 fallen auch Teilausverkäufe, sofern sie sich nur als Teilausverkäufe bezeichnen.

15. SächsOLG. **33** 11 (Strafs.). Die höhere Verwaltungsbehörde hat nicht das Recht, auf Grund des § 7 Abs. 2 anzuordnen, daß vor der Ankündigung eines jeden Ausverkaufs bei der Ortspolizeibehörde über den Grund des Ausverkaufs und den Zeitpunkt seines Beginnes Anzeige zu erstatten und ein Verzeichnis der auszuverkaufenden Waren einzureichen sei. Eine die Anzeige bei allen Ausverkäufen anordnende Anzeige ist ungültig.

16. HessRspr. **13** 230 (Darmstadt, Strafs.). Der Geschäftsführer eines Konsumvereins e. GmbH. kann wegen Unterlassung der Anzeige eines öffentlich angekündigten Ausverkaufs strafbar sein.

17. **RG.** (Strafs.) MSchutzuWettbew. **11** 260, GoltdA. **59** 344 = JDR. **10** § 8 Ziff. 4.

18. GewRSchutz **12** 110 (LG. Frankenthal) = JDR. **10** § 17 Ziff. 8 a.

19. **RG.** (Strafs.) GoltdA. **59** 322 = JDR. **10** § 7 Ziff. 7.

20. Jacubowsky, Zur Ausführung des § 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, MSchutzuWettbew. **11** 370.

21. Pudor, KuW. **1** 241, bespricht das Ausverkaufswesen und die Mittel seiner Beschränkung und macht einige Vorschläge (244).

§ 8. 1. a) Rosenthal, GewRSchutz **12** 368. Der § 8 steht im Verhältnisse der Gesetzeskonkurrenz zu § 4. Die Tatbestandsmerkmale des § 8 liegen nur dann vor, wenn ein Widerspruch mit dem Inhalte der Ankündigung gegeben ist. Die Frage der Anwendbarkeit des § 8 ist darauf abzustellen, ob in dem Vorschieben oder Nachschieben von Waren ein Widerspruch mit der Ankündigung liegt. Ein solcher Widerspruch wird niemals festzustellen sein, wenn ein Gewerbetreibender ankündigt, daß er eine Warenmasse aufgekauft habe und diese zum Ausverkaufe bringe. Hier kann die Anwendbarkeit des § 8 nur dann in Frage kommen, wenn diese Warenmasse entgegen der Ankündigung erzeugt wird. Verf. wendet sich gegen **RG.** (Strafs.) **45** 371.

b) **RG.** (Strafs.) **45** 45 (49). Zwischen § 8 und § 4 besteht Gesetzeskonkurrenz. Der Tatbestand des § 8 ist als Sondertatbestand eingeführt, der, soweit er sich mit dem des § 4 deckt, aus diesem ausgeschieden werden muß.

2. **RG.** (Strafs.) **45** 168. Beschränkt sich die Ankündigung auf die Räumung eines bestimmten Warenvorrats aus dem vorhandenen Bestande (Teilausverkauf), so ist jede weitere Herbeischaffung von Waren, die nicht schon von vornherein zum Gegenstande des so angekündigten Ausverkaufs gehörten, nur für den Zweck dieses Ausverkaufs als unerlaubtes Nachschieben strafgesetzlich verboten. Die Tatsache solcher Herbeischaffung wird dadurch nicht in Frage gestellt, daß der Ankündigende die später herbeigeschafften Waren vor den Ankündigungen bereits angeschafft hatte, zu einer Zeit, als an einen Ausverkauf noch nicht gedacht wurde. Ebenso ist es dem

Inhalte des § 8 als eines Strafgesetzes gegenüber ohne Belang, ob der Angeklagte im Sinne des bürgerlichen Rechtes über seine sämtlichen Waren als Eigentümer und Inhaber eines einheitlich geleiteten Geschäfts nach eigenem Ermessen frei verfügen konnte.

3. **RG.** (Straff.) **45** 371. Der Begriff des Vorschiebens wird auch erfüllt, wenn eine nur zum Zwecke des Ausverkaufs angekaufte Warenmasse der Ankündigung gemäß den ausschließlichen Gegenstand des Ausverkaufs bildet. Die Vorschrift (des § 8) läßt keinen Raum für eine Unterscheidung zwischen den Fällen, wo die nur zum Zwecke des Ausverkaufs herbeigeschafften Waren den ausschließlichen Gegenstand des Ausverkaufs bilden und wo sie zu anderen Waren hinzutreten, deren Verkauf durch den angegebenen Grund gedeckt wird.

4. **RG.** (Straff.) GewRschutz **12** 259. Wird Ware angeschafft in der Absicht, das Geschäft durch Ausverkauf aufzulösen, die Ware aber nur zum Zwecke des Ausverkaufs anzuschaffen, so liegt „Vorschieben" vor. Nicht der Umstand ist entscheidend, ob zur Zeit des Ankaufs und der Herbeischaffung der Ausverkauf bereits im Gange war, sondern ob Ankauf und Herbeischaffung lediglich für den Zweck des Ausverkaufs stattgefunden haben (**RG.** [Straff.] **44** 273, JDR. **10** § 8 Ziff. 7).

5. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 379. Irrtum über die Strafbarkeit des Nachschiebens von Waren bei einem Ankauf ist ohne Einfluß, ganz gleich, ob der Angeklagte zu seiner irrigen Annahme auf Grund eigener selbständiger Erwägung oder durch Auskunfterteilung von dritter Seite, sei diese auch für sach- und rechtskundig zu erachten, geführt worden ist (vgl. **RG.** [Straff.] **42** 137).

6. **RG.** (Straff.) DJZ. **12** 163 = JDR. **10** § 8 Ziff. 4.

§ 9. 1. OLG. **25** 359 (KG.). Aus der Tatsache, daß § 9 Abs. 1 für den Fall des § 7 Abs. 2 der Ankündigung eines Ausverkaufs den Gebrauch eines sinnverwandten Ausdrucks ausdrücklich gleichstellt, kann nicht gefolgert werden daß für § 7 Abs. 1 gerade die Wahl der Bezeichnung „Ausverkauf" wesentlich ist und daß es nicht genügt, wenn der Verkauf unter einer gleichbedeutenden Bezeichnung angekündigt ist, sofern nur die Gleichstellung der Bezeichnungen schon auf Grund allgemeiner Erwägungen geboten erscheint.

2. **RG.** (Straff.) **45** 45. Ausdruck und Wille des Gesetzes gehen unzweideutig dahin, daß § 9 Abs. 1 sachlich auch für die Fälle des § 7 Abs. 1 zu gelten hat. Ebenso **RG.** (Straff.) **45** 168 (170).

3. **RG.** (Straff.) **45** 45. Die Vorschrift im § 7 Abs. 1 UnlWG. greift Platz nicht nur, wenn in der Ankündigung der Ausdruck „Ausverkauf" gebraucht wird, sondern auch dann, wenn eine der Sache nach gleichbedeutende Bezeichnung gewählt ist, die nach der Verkehrsauffassung als Hinweis auf einen bevorstehenden oder stattfindenden Ausverkauf gedeutet wird. Derselbe Gedanke kommt im § 9 Abs. 1 zum Ausdrucke. Die Bezeichnungen „Massenschnellverkauf des gesamten Warenlagers", „Fortsetzung des großen Verkaufs des gesamten Warenlagers", „Verkauf des gesamten Warenlagers zu Schleuderpreisen" enthalten die Bezeichnung eines Ausverkaufs.

4. RheinA. **109** I 346 (Cöln). Der Angeklagte hat nicht einen „Ausverkauf", sondern die „Räumung eines bestimmten Warenvorrats aus dem vorhandenen Bestande" angekündigt (§ 9). Der § 9 wendete nicht den Abs. 1, sondern nur den Abs. 2 des § 7 auf den im § 9 erweiterten Begriff des Ausverkaufs an. Er unterwarf also diejenigen Ankündigungen, die zwar sachlich Ausverkäufe sind, sich aber nicht als Ausverkäufe bezeichnen, zwar der behördlichen Anzeigepflicht, dagegen nicht auch dem Zwange zur öffentlichen Angabe des Ausverkaufsgrundes. Wenn es sich um ein Versehen des Gesetzes handelt, so kann das Gericht einen solchen Irrtum des Gesetzgebers nicht verbessern, wenn das Gesetz selbst seinem sonstigen Inhalt und klaren Wortlaute nach keinen Anhalt dafür gibt, daß es anders als nach seinem Wortlaute

verstanden werden müsse. Der entgegenstehenden Ansicht von Finger kann nicht beigetreten werden. Vgl. aber ob. Ziff. 2.

5. GoltdA. **60** 144 (Celle). Die Vorschrift des § 9 Abs. 1 ist für sämtliche Vorschriften des Gesetzes, die sich mit dem Ausverkaufswesen beschäftigen, maßgebend. Ankündigung eines Ausverkaufs liegt in der Anzeige „möglichst gänzliche Räumung noch vorrätiger Damenkonfektion" mit dem Zusatze, daß, „um dieses schnellstens zu bewerkstelligen", ein großer Teil des Vorrats „zu fünf Sortimenten zusammengestellt" sei.

6. GewRschutz **12** 287 (LG. Hamburg, mitgeteilt von Rosenthal). In Ankündigungen von Saisonausverkäufen ist die Angabe der im § 9 genannten Ausdrücke nicht unbedingt erforderlich. Ergibt sich aus den Begleitumständen ganz unzweifelhaft, daß nur ein behördlich genehmigter Saisonausverkauf gemeint sein kann, so hieße es Buchstabenauslegung treiben, wollte man fordern, daß nun auch gerade das Wort „Saisonausverkauf" sich in der Anzeige findet. Die Ankündigung eines Räumungsausverkaufs läßt nicht mit Sicherheit erkennen, daß es sich um einen Saisonausverkauf handelt.

7. RheinA. **109** I 348 (Düsseldorf). Die Bezeichnung eines Ausverkaufs als „Saisonausverkaufs" muß ausdrücklich erfolgen. Es genügt nicht, daß sich etwa der Charakter des Verkaufs als Saisonverkaufs aus den Umständen und dem Inhalte der Ankündigung ergibt.

§ 10. RG. (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 259. Unkenntnis der Vorschrift, nach der vor dem Ausverkaufe der Polizei ein Warenverzeichnis einzureichen sei, ist Irrtum über ein Strafgesetz und daher unbeachtlich.

§ 12. RG. (Straff.) GewRschutz **12** 190, JW. **12** 961. Über die Frage, ob Weihnachtsgeschenke im konkreten Falle als Schmiergelder zu betrachten seien.

§ 13. 1. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 38 40. Die Beantwortung der Frage, wer aus dem UnlWG. der Verletzte ist, ergibt, daß kein subjektives Recht des einzelnen zugrunde liegen kann bez. der §§ 2—13. Insoweit allein die Standesehre (gewerbliches Standesbetätigungsrecht). Allgemeines zur Unterlassungsklage vgl. § 241 BGB. Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen, bes. §§ 823, 1004 BGB.

2. **RG. 79** 321, JW. **12** 806. Die Verbände können nur in den im § 13 ausdrücklich bezeichneten Fällen klagen. Zu diesen gehört der Fall des § 14 nicht. Der Tatbestand des § 14 Abs. 1 berührt nur private Interessen. Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen wird, wie § 13 G. zeigt, eine Klage auf Unterlassung nur da zugestanden, wo man annehmen darf, daß das allgemeine Interesse geschädigt werde, wenn eine Verfolgung des Verstoßes gegen das Gesetz lediglich dem Belieben des unmittelbar Betroffenen anheimgegeben werde. Eine gegen § 14 verstoßende Handlung berührt das allgemeine Interesse nicht; sie trifft nur einzelne Personen in ihren Privatinteressen.

3. **RG.** (Straff.) **45** 355. Hinsichtlich des einzelnen Gewerbetreibenden ist das Antragsrecht in §§ 22, 13 UnlWG. allerdings davon abhängig gemacht, daß er Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt. Hinsichtlich der „Verbände" enthält das Gesetz aber keine solche Einschränkung. Vielmehr wird deren Antragsberechtigung nach den Gesetzesworten nur an die Voraussetzung geknüpft, daß es sich um Verbände handelt, die die Förderung gewerblicher Interessen bezwecken, und daß die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können. — Es kommt nur darauf an, daß die Verfolgung einer Wettbewerbshandlung von der Art der jeweilig vorliegenden überhaupt in den Bereich der gewerblichen Interessen fällt, zu deren Förderung der Verband berufen ist und nicht schlechthin außerhalb dieser Interessen liegt.

4. OLG. **25** 360 (KG.). Der § 13 Abs. 3 beruht gerade auf der Erwägung, daß dem Betriebsinhaber ein dem § 831 BGB. entsprechender Entlastungsbeweis nicht

verstattet wird. Der Nachweis des Inhabers, daß er bei der Auswahl und Beaufsichtigung seiner Angestellten nichts versehen habe, beseitigt nicht den Klaganspruch auf Unterlassung. Im geschäftlichen Betriebe liegt eine Handlung, wenn sie in den Rahmen der Tätigkeit fällt, die die im § 13 Abs. 3 genannten Personen für ihre Auftraggeber verrichten.

5. OLG. **25** 360 (KG.). Als „Beauftragter" gilt, wer, ohne in einem Dienstverhältnisse zum Geschäftsbetriebe zu stehen, auch nur gelegentlich irgendeine Tätigkeit für den Betrieb verrichtet. Dazu gehört auch der Agent.

6. OLG. **25** 342 (KG.). Der Unterlassungsanspruch ist gegen den Inhaber auch dann gerechtfertigt, wenn die gegen das Gesetz verstoßenden Handlungen durch seine Angestellten vorgenommen sind, ohne daß es — wie sich aus dem Gegensatze zu § 4 Abs. 3 ergibt — darauf ankommt, ob diese Handlungen mit dem Wissen oder gar im Auftrage des Inhabers geschehen sind.

7. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 146 = JDR. **10** § 13 Ziff. 1. S. oben § 13.

§§ 14, 15. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 159 ff. Ein Recht am geschäftlichen Rufe besteht (als Recht aus dem Handeln der Persönlichkeit) nur insoweit, daß unwahre schädigende Angaben unterlassen werden müssen. Beweislast (im § 14 Abs. 1 von § 824 BGB. abweichend): Behauptet Beklagter, die Angaben sind wahr, dann ist er beweispflichtig; behauptet er vertrauliche Mitteilungen und berechtigtes Interesse, dann insoweit Beklagter beweispflichtig, während dem Kläger zu beweisen obliegt: Angaben der Wahrheit zuwider. Allgemeines vgl. § 241 Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen, bes. §§ 12 Anh. I b und 1004 zu 1a.

§ 14. 1. Finger, MschutzuWettbew. **12** 27. Ware ist, wie **RG.** JW. **26** 212 sagt, jedes Erzeugnis, das Gegenstand des Handels sein kann. Waren im Sinne des UnlWG. sind: a) bewegliche körperliche Sachen, b) unbewegliche körperliche Sachen, c) geistige und künstlerische Erzeugnisse als solche, als unkörperliche Gegenstände, Immaterialgüter. Werke der Wissenschaft oder Kunst sind in der Regel schon beim Urheber eine Ware, ihre Herstellung eine gewerbliche Leistung im Sinne des UnlWG. Um so mehr sind sie regelmäßig eine Ware des Verlegers und Buchhändlers, ihre Vervielfältigung und Verbreitung eine gewerbliche Leistung des Verlegers.

2. BadRpr. **12** 109 (Karlsruhe). Die Zwecke des Wettbewerbes müssen nicht notwendig den eigenen Wettbewerb oder wenigstens den Wettbewerb bestimmter dritter Personen betreffen. Auch Äußerungen Unbeteiligter, die den Zweck haben, den Absatz einer ganzen Gruppe von Erwerbsgeschäften gegenüber anderen Erwerbsgeschäften zu fördern, können unter § 14 fallen. Aber unabwendbar ist § 14 jedenfalls auf solche Veröffentlichungen durch die Presse, die nur zu dem Zwecke geschehen sind, um der Allgemeinheit der Konsumenten zu nützen, diese aufzuklären oder vor Schaden zu bewahren.

3. HansGZ. **12** Hptbl. 1, MschutzuWettbew. **11** 264 (Hamburg). Die schädigenden Behauptungen müssen über das Erwerbsgeschäft eines anderen gemacht sein, dieser andere ist der Verletzte; er allein ist berechtigt, Ansprüche aus § 14 zu erheben. Zu dem Ende ist, wenn auch nicht die namentliche Bezeichnung eines anderen, so doch eine derartige Bezeichnung erforderlich, daß unzweifelhaft erkennbar ist, auf wessen Geschäft sich die Behauptung beziehen soll. Diesem Erfordernis ist nicht genügt, wenn in einem Zirkulare nur im allgemeinen von der Konkurrenz die Rede ist.

4. OLG. **25** 363 (KG.). Kläger hat für seine Waren (Schuhe) das Warenzeichen „Karola" eintragen lassen. Die Angestellten des Beklagten (Bruders des Klägers) haben — als der Kläger eine „Karolawoche" für Kinderstiefel angekündigt hatte — während dieser Woche mehrfach die Frage von Kunden, ob sie Karolastiefel bekommen könnten, bejaht und als solche Stiefel des Beklagten verkauft. Dieser Sachverhalt fällt nicht unter § 14. Die Angestellten haben nicht Behauptungen über die Waren des Klägers, sondern allein über Eigenschaften eigener Waren gemacht, indem sie

fälschlich die Übereinstimmung eigener Waren mit fremden vorgaben. Sie sprachen nicht fremden Waren Eigenschaften ab, sondern dichteten solche ihren eigenen an. Nach dem Wortlaut im Sinne des § 14 handelt es sich bei dieser Vorschrift nicht um die Gleichsetzung eigener mit fremden Waren, sondern um die Herabsetzung der letzteren. Hier sollen eigene Waren fremden gleichgesetzt werden, nach § 14 aber kommt nur die Herabsetzung fremder in Frage. Der bisherige § 6 und der jetzige § 14 betreffen das Anschwärzen des Mitbewerbers. Dagegen findet § 1 hier Anwendung; denn der Beklagte, der fälschlich Waren unter der Bezeichnung der Marke des Klägers verkaufen ließ, verstieß gegen die guten Sitten.

5. OLG. **25** 361 (KG.). Warnung vor einem Heilmittel in einer belehrenden Monatsschrift fällt nicht unter § 14. Es liegt kein Wettbewerbszweck vor.

6. OLG. **25** 361 (Braunschweig). Klage eines gekündigten Buchhalters gegen seinen früheren Prinzipal, der in Zeitungen angezeigt hatte, daß er den Kläger entlassen habe und daß der Kläger nicht mehr berechtigt sei, für die Firma des Beklagten Aufträge entgegenzunehmen. Die Klage auf Unterlassung dieser Anzeigen und auf ihren Widerruf ist für begründet erachtet worden. Kläger war Inhaber eines Konkurrenzgeschäfts.

7. Tatsächliche Behauptungen.

a) HansGZ. **12** Hptbl. 187 (Hamburg). Im Sinne des UnlWG. sind tatsächliche Behauptungen solche, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit festgestellt werden kann. Deshalb sind auch solche kritischen Äußerungen zu den tatsächlichen Behauptungen zu zählen, über welche nach Feststellung gewisser Tatsachen unter sachverständigen Beurteilern abweichende Ansichten füglich nicht zu erwarten sind. Dagegen sind Urteile solche Äußerungen, die auf subjektiven Anschauungen beruhen und über welche auch zwischen sachkundigen Beurteilern Meinungsverschiedenheiten bestehen können.

b) Rosenthal, LeipzZ. **11** 176, erörtert die Frage der Warnungen vor Patentverletzung im Lichte des UnlWG. und wendet sich gegen Isay, MSchutzu. Wettbew. **9** 365 und **RG.** I.

c) OLG. **25** 340 (KG.). Werden Tatsachen mit einem Urteile derart verbunden, daß sie als seine Stützen erscheinen, so liegt eine einheitliche Behauptung im Sinne des § 14 vor (**RG.** JW. **04** 502).

8. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 536. Täuschung des Publikums über die Höhe der Unkosten und das Verhältnis des Wertes eines Fabrikats zu dem gestellten Preise.

9. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 469. Die Behauptung, Apparate einer Firma, die einen Geschäftszweig auf eine andere Firma übertragen hat, ständen mit der Produktionsstätte in keinem Zusammenhange, kann als unwahre Behauptung gegen § 14 verstoßen.

10. SeuffA. **67** 227 (Frankfurt). Verstößt ein Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft gegen § 14 UnlWG., so haften auf die Unterlassung die Gesellschaft selbst und deren übrige Teilhaber.

11. Abs. 2. SchlHolstAnz. **12** 7 (Kiel). Im Falle des Abs. 2 ist besonders an Auskunfterteilung und dergleichen Fälle gedacht, die schutzbedürftig sind. Um eine vertrauliche Mitteilung handelt es sich nicht, wenn eine Firma über ihre Konkurrentin an eine dritte Firma schreibt und die Waren der Konkurrentin herabsetzt.

§ 15. 1. **RG.** (Strafs.) **45** 376. In der stillschweigenden Verabreichung einer anderen Ware als der vom Kunden verlangten (statt „Aspirin" einer die gleiche chemische Zusammensetzung aufweisenden Ware) kann ein Behaupten über die Ware eines anderen gefunden werden. Die Annahme, daß eine fälschliche Behauptung geeignet sei, den Betrieb eines anderen zu schädigen, ist keineswegs rechtlich dadurch bedingt, daß auf Kosten des Käufers eine minderwertige Ware untergeschoben wird oder im Verhältnisse zu dem als geschädigt in Betracht Kommenden eine Preisunterbietung stattfindet.

2. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 131. § 15 ist nicht durch Unterschiebung geringerer oder billigerer Ware bedingt.

§ 16. 1. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 151. Vgl. § 241 Ziff. 2 BGB. und die dortigen Verweisungen, bes. §§ 12 Anh. I b, 1004 Ziff. 1 a.

2. Rosenthal, MschutzuWettbew. **11** 193. Die Unterlassungsklage aus § 16 trifft unter Umständen ein Tun, das nicht nur keinerlei Wettbewerbscharakter trägt, sondern das sich auch als vollkommen loyal darstellt. In der Regel wird die Frage der Anwendbarkeit des § 16 sich zuspitzen auf die Feststellung der Verwechselungsfähigkeit der Schutzobjekte. Es ist hier nach dem Gesamtbilde des Falles zu urteilen. In dieser Frage der Verwechselungsfähigkeit liegt der Schwerpunkt der Anwendung des § 16. Verf. führt zur Erläuterung mehrere Fälle an.

3. **RG.** GewRschutz **12** 238, MschutzuWettbew. **11** 528. Nach § 16 darf im geschäftlichen Verkehr ein Name nicht in einer Weise benutzt werden, welche geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen hervorzurufen, dessen sich ein anderer befugterweise bedient. Daß eine solche Benutzung nicht vorliegt, ist vorliegend nicht festgestellt. Wenn auch wirklich die Mehrheit — und die weit überwiegende Mehrheit — der beteiligten Kreise in den Bezeichnungen und in dem diese Worte enthaltenden, auch jetzt noch eingetragenen Warenzeichen der Beklagten nicht zum Ausdrucke gebracht gefunden hat, daß der Kläger zu den Waren als Hersteller oder durch Beaufsichtigung der Herstellung oder dergleichen in Beziehung stehe, so schließt das nicht aus, daß der übrige, vielleicht auch noch erhebliche Teil der beteiligten Kreise in den Bezeichnungen der Beklagten jene Beziehung des Klägers zu der Ware ausgedrückt findet. Ist aber letzteres der Fall, so hat die Beklagte den Namen des Klägers in einer Weise benutzt, die geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen des Klägers herbeizuführen. Mehr als ein solches „Geeignetsein" verlangt § 16 nicht.

4. **RG.** OLG. **25** 364 Anm. Der § 16 bezieht sich nur auf Personen, nicht aber auf Sachnamen und Warenbezeichnungen.

5. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 486. Stehen sich zwei Firmen gegenüber, die zur Führung desselben Namens berechtigt sind, so kann eine Ausnutzung der Firma seitens der Beklagten zum Schaden der Klägerin nicht als vorliegend angenommen werden.

6. MschutzuWettbew. **11** 126 (KG.). Schadensersatz aus § 16, wenn eine Firma nur zu dem Zwecke gegründet ist, um Verwechselungen mit einer anderen Firma herbeizuführen.

7. Verwechselungsfähigkeit.

a) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 470. Für die Beurteilung der objektiven Verwechselbarkeit zweier Firmen kann es von Erheblichkeit sein, wenn die Gründer der Firma die Verwechselungsmöglichkeit suchen und diese Möglichkeit für vorhanden erachten.

b) OLG. **25** 365 (KG.). Die Bezeichnung „Hotel Habsburger Hof" mit dem als Hotel geführten Hotel garni „Hotel Habsburg" ist verwechselungsfähig.

c) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 479. Keine Verwechselungsgefahr einer Firma Carl Stiller Schuhwarengeschäft mit einem Geschäfte gleicher Art des Carl Stiller junior an demselben Orte. Anders, wenn der Zusatz „junior" nur abgekürzt (jr.) gebraucht wird.

d) **RG.** JW. **12** 255, LeipzZ. **12** 232. Die Klägerin firmiert „Deutschland Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft zu Berlin". Sie betreibt auch die Rückversicherung. Die Beklagte firmiert „Deutschland, Rückversicherungs-Aktiengesellschaft, Königsberg i. Pr.". Sie betreibt nur die Rückversicherung. Die Klägerin verlangt im Wege der Klage ein Verbot der Firmierung „Deutschland, Rückversicherungs-Aktiengesellschaft, Königsberg i. Pr.". Der Klaganspruch stützt sich auf § 16 Abs. 1 UnlWG.

Der § 16 Abs. 1 gewährt die Unterlassungsklage gegen den, der im geschäftlichen Verkehr eine Firma in einer Weise benützt, welche geeignet ist, Verwechselungen mit einer Firma, deren sich ein anderer befugterweise bedient, hervorzurufen. Dafür, ob eine Verwechselungsgefahr in diesem Sinne vorliegt, ist diejenige Auffassung maßgebend, die in den für den Geschäftsverkehr der Parteien maßgebenden Kreisen besteht. Von diesem richtigen Standpunkt aus verneint der Berufungsrichter jede Verwechselungsmöglichkeit, obgleich in beiden Firmen das Schlagwort „Deutschland" vorkommt. Der Berufungsrichter erwägt, auf den verschiedenen Wohnsitz der Parteien sei ein ausschlaggebendes Gewicht nicht zu legen. Ausschlaggebend sei vielmehr, daß für eine Rückversicherung, wie sie die Beklagte betreibt, ausnahmslos Versicherungsgesellschaften in Betracht kommen, diese seien von intelligenten und erfahrenen Fachleuten geleitet, die sich durch das Schlagwort „Deutschland" in keiner Weise beirren lassen, sondern die Gesellschaft, mit der sie in Beziehung treten, genau auf ihre Leistungsfähigkeit und Vertrauenswürdigkeit prüfen. Eine Verwechselungsgefahr erscheine damit ausgeschlossen.

e) MschutzuWettbew. **11** 385 (Dresden). Keine Verwechselungsfähigkeit der Firmen Georg A. J. Aktiengesellschaft und Georg J. u. Söhne.

8. OLG. **25** 364 (KG.). Die Benutzung eines Familiennamens kann nicht allgemein untersagt werden. Bei gleichem Familiennamen ist darauf zu achten, daß die Gefahr einer Verwechselung ausgeschlossen ist.

9. Verhältnis zu § 30 HGB. (S. a. HGB. § 30.)

MschutzuWettbew. **11** 119 (Colmar) = JDR. **10** § 16 Ziff. 11 b.

10. Druckschrift.

a) Ebner. Das UnlWG. schützt auch Zeitungsartikel; geschützt ist der, der sich befugterweise des Titels einer Druckschrift bedient. Verf. teilt ein Urteil des OLG. Hamm mit, das sich mit der Frage beschäftigt, ob ein Titel, den der Berechtigte versehentlich nicht gebrauchte, für einen anderen frei werde. Das OLG. Hamm meint, bei einem Versehen werde der Titel nicht frei, vielmehr müsse der Wille des Aufhebens dazu kommen. Verf. hält diese Ansicht für bedenklich, der Konkurrent könne nicht wissen, ob Versehen oder Absicht vorliege. Eine Erkundigungspflicht ist nur unter Umständen anzunehmen. Gegen die guten Sitten verstößt derjenige, der den Titel annimmt, obwohl er weiß, daß der andere nicht absichtlich den Titel hat fallen lassen und ihn bei nächster Gelegenheit wieder aufnehmen will. Der Schutz besteht nur dann, wenn die Bezeichnung etwas Besonderes, Eigentümliches hat. Ist eine Bezeichnung in den in Betracht kommenden Kreisen allgemein üblich, so ist sie Gemeingut und hat keine Unterscheidungskraft. Das ist der Fall bei Ausdrücken wie Zeitung, Zeitschrift, Anzeigen, Generalanzeiger, Nachrichten, Neueste Nachrichten, Blatt, Tageblatt, Sonntagsblatt, Tageszeitung, Bote, Rundschau, Korrespondent. Dasselbe gilt für den Namen des Ortes, der Gegend, der Landschaft, in welcher die Zeitung erscheint. — Der fremde Titel darf nicht in einer Weise benutzt werden, die geeignet ist, Verwechselungen hervorzurufen.

b) *Fränkel 89—98 untersucht unter Anführung zahlreicher in- und ausländischer Entscheidungen die Bedeutung dieser Bestimmung für Zeitungstitel. — Auch die Rubrikentitel einer Zeitung — wie „Schulze und Müller" im Kladderadatsch — genießen den Schutz dieser Norm. Auch an ihnen steht das Recht dem Zeitungsunternehmer zu, nicht dem Redakteur, selbst wenn dieser ihn geschaffen hat. Der Untertitel ist zum wesentlichen Bestandteile der Zeitung geworden, und so gibt es an ihm keine besonderen Rechte mehr.

c) SächsRpflA. **12** 465 (Dresden). Der Buchtitel „Salomonis wunderbares Buch der schwarzen Kunst", das Kläger herausgibt, ist verwechselungsfähig mit dem vom Beklagten herausgegebenen Buche „Spiegel des Salomonis oder die wahre schwarze Kunst".

d) SächsRpflA. **12** 467 (Dresden). Der Verlag der „Fliegenden Blätter" ist berechtigt, die Verbreitung einer Schrift mit dem Titel „Die besten Witze aus den Münchener Fliegenden Blätter" zu untersagen und diese Bezeichnung zu verbieten.

e) **RG.** R. **12** Nr. 3003. Verwechselungsfähige Zeitschriftentitel verlieren diese Eigenschaft nicht ohne weiteres durch Hinzufügung des Herausgebernamens.

f) **RG.** MschutzuWettbew. **12** 86. Unlauterer Wettbewerb durch Fortführung der Bezeichnung eines Blattes und der unter ihr eingetragenen Firma trotz Beendigung des Pachtverhältnisses.

11. HansGZ. **12** Hptbl. 145 (Hamburg). Das Wort „Liberty" hat für Seidensatin — aber nur für diesen — seine Eigenschaft als Individualbezeichnung eingebüßt und ist hierfür zur Gattungsbezeichnung geworden. Der Gebrauch des Wortes für Seidensatins verstößt insoweit nicht gegen § 16, wohl aber, soweit es auf andere Waren angewendet wird. Insoweit liegt eine Verletzung des § 16 vor.

12. Besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts.

a) OLG. **25** 364 (KG.). Die Bezeichnung „Alleinige Verkaufsstelle des Warenhauses für Beamte" ist nicht als eine besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts anzusehen. Darunter ist nur eine solche wörtliche oder bildliche Be eichnung zu verstehen, die sich als neues, eigentümliches Schlagwort oder bildliches Charakteristikum für das betreffende Geschäft beim Publikum eingeführt hat.

b) ZBlFG. **12** 483 (KG.). Wenn eine Firma zu Zwecken des Wettbewerbes gebildet und geeignet ist, Verwechselungen mit einer anderen Firma hervorzurufen, so darf der Registerrichter trotzdem nicht die Firma von Amts wegen im Handelsregister löschen.

13. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 147, SeuffBl. **12** 23 = JDR. **10** § 16 Ziff. 18.

14. MschutzuWettbew. **11** 155 (KG.). Zusatz zu einer Firma „American Optical Co.". Schutz einer amerikanischen Firma.

15. **RG.** JW. **12** 204 (Aufhebung der Entsch. des OLG. Braunschweig, JDR. **10** § 16 Ziff. 8). Die Anwendung des § 16 UnlWG. verneint das Berufungsgericht um deswillen, weil die Bezeichnung „Jungborn" für die Anstalt des Klägers (Naturheilanstalt) keine unterscheidende Kraft besitze, sondern als Gattungsname für eine bestimmte Richtung der Lebensführung anzusehen sei. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind hierzu nicht frei von Rechtsirrtum und beruhen auf einer falschen Auffassung des Begriffs der Gattungsbezeichnung. Eine solche ist der Name „Jungborn" nur dann, wenn er sich auf einen „Born", „Brunnen" bezieht, dessen Wasser verjüngende Kraft beigemessen wird, und für Brunnen mit dieser Eigenschaft ist die Bezeichnung auch, wie das Berufungsgericht selbst annimmt, uralt. Wird der Name aber für eine Heil- und Erholungsanstalt verwendet, so ist das immer eine Übertragung, eine bildliche Ausdrucksweise. Eine Gattungsbezeichnung für solche Anstalten könnte der Name nur dann sein, wenn damit ohne weiteres alle Anstalten dieser Gattung bezeichnet würden, wenn der Ausdruck „Jungborn" schlechthin eine Heil- und Erholungsanstalt bedeutete. Davon ist aber keine Rede. Der Umstand aber allein, daß häufig und gern die Bezeichnung „Jungborn" für einzelne solcher Anstalten als Geschäftsbezeichnung gewählt wird, hebt die Eigenschaft als besondere noch nicht auf, macht sie noch nicht zu einer Gattungsbezeichnung. Freilich kann man von einer derartigen Geschäftsbezeichnung sagen, sie stehe im allgemeinen Gebrauche. Das ist insofern richtig, als dem Kläger kein besonderes subjektives Recht darauf zusteht. Denn sie ist keine Firma, ebensowenig hat er ein Warenbezeichnungsrecht daran oder ein anderes absolutes Recht, das den Gebrauch schlechthin für jeden Dritten ausschlösse. Es besteht überhaupt kein Schutzrecht für diese Geschäftsbezeichnung, und ein solches wird auch nicht durch § 16 UnlWG. eingeführt, ebensowenig wie z. B. § 15 WarenZG. für die Ausstattung ein besonderes subjektives Recht begründet. Vielmehr kommt, wie im § 15 WarenZG. so im § 16 UnlWG. der Ge-

brauch der Geschäftsbezeichnung nur als Mittel zur Begehung unlauteren Wettbewerbes in Betracht. Wenn daher der Gebrauch einer gleichlautenden Geschäftsbezeichnung durch Herbeiführung einer Verwechselungsgefahr für die beiderseitigen Unternehmungen der Konkurrenten unlauteren Wettbewerb bedeutet, so wird um dieses unlauteren Wettbewerbes willen dieser Gebrauch verboten.

16. **RG. 78** 265, JW. **12** 482, LeipzZ. **12** 316. Der mit dem Worte „Normalzeit" heutzutage regelmäßig verknüpfte Begriff ist allerdings in weiten Kreisen des gebildeten Publikums bekannt. Daraus folgt aber keineswegs, wie das OLG. annimmt, daß das Wort „Normalzeit" in einer Firmenbezeichnung als ein „Schlagwort" aufzufassen ist, dessen sich jeder bedienen dürfe, der in seinem Geschäfte „Normalzeit" übermittelt. „Normalzeit" ist an sich keine Geschäftsbezeichnung. Wer also das Wort „Normalzeit" als Firmenbestandteil wählt, der benutzt in individueller Weise einen feststehenden technischen Begriff zur Kennzeichnung seines Unternehmens. Daß unter „Normalzeit" etwa schlechthin im größeren Publikum jedes Uhrengeschäft verstanden werde, das die Normalzeit an seine Kunden gibt, wird die Klägerin selbst nicht behaupten wollen. Jedenfalls stände eine solche Behauptung mit der Erfahrung des täglichen Lebens im Widerspruche. Die Wahl der Bezeichnung „Normalzeit" als Firma eines geschäftlichen Unternehmens, das außer dieser Bezeichnung nur noch den durch § 4 Abs. 2 GmbHG. vorgeschriebenen Zusatz in der Firma führt, muß vielmehr als eine durchaus eigenartige erscheinen, und wenn die Klägerin für ihr später gegründetes Konkurrenzunternehmen gleichfalls das Wort „Normalzeit" gewählt hat, so ist es naheliegend, daß dadurch eine Verwechselung der beiden Firmen ermöglicht wurde, naheliegend, auch anzunehmen, daß diese Verwechselung von der Klägerin beabsichtigt war. Das OLG. hat angenommen, daß, weil das Wort „Normalzeit" ein Schlagwort sei, jedes Uhrengeschäft, das die Normalzeit an seine Kunden vermittle, die Bezeichnung Normalzeit in der Firma führen könne, ohne dadurch eine Verwechselungsgefahr zu begründen. Die Prämisse ist ebenso unrichtig wie die Schlußfolgerung.

17. a) Rosenthal, LeipzZ. **12** 881. Bestand zwischen zwei Firmen schon vor dem 1. Oktober 1909 Verwechselungsmöglichkeit, so kann der Umstand, daß damals der § 8 UnlWG. dem Erstberechtigten keine Handhabe bot, nicht dazu führen, gegenüber einer nach dem 1. Oktober 1909 vorgenommenen Benutzung die Anwendbarkeit des § 16 zu verneinen. Denn ein wohlerworbenes Recht an einer Benutzung kann nicht in Frage kommen; sonst würde ja auch der § 8 a. F. auf alle bei seinem Erlasse schon existierenden Firmen nicht anwendbar gewesen sein, wie Lobe (GewRschutz **12** 183, s. u. b) treffend darlegt. Damals hat aber die Rechtsprechung mit gutem Grunde den § 8 auch auf die bestehenden Firmen angewendet (**RG. 40** 19, JW. **98** 300). Ist hiernach ein wohlerworbenes Recht an der Benutzung der Firma nicht gegeben, so kann auch nicht angenommen werden, daß zwei Firmen, deren Verwechselungsfähigkeit vor dem 1. Oktober 1909 keine Rechtsfolge aus § 8 UnlWG. auslöste, sich bei Inkrafttreten des neuen Gesetzes „gleichberechtigt gegenüberstanden". Dieser Gleichberechtigung fehlt die Grundlage. Nur durch eine ausdrückliche Bestimmung des neuen UnlWG. hätte sie geschaffen werden können. Eine solche Bestimmung fehlt ja aber gerade. — Vgl. hierzu Düringer, LeipzZ. **12** 885.

b) Lobe, GewRschutz **12** 183 bespricht die Entscheidung des **RG. 77** 27, JW. **11** 828 (JDR. **10** § 16 Ziff. 9), die bedenklich erscheine (wird eingehend dargelegt).

c) **RG. 77** 27 = JDR. **10** § 16 Ziff. 9.

§ 17. 1. Lobe erörtert an der Hand eines der Praxis entlehnten Falles den Begriff des Geschäftsbetriebsgeheimnisses. Inhalt der im § 17 unter Strafschutz gestellten Treupflicht ist lediglich die Geheimhaltung als solche; ein Angriff auf das Recht an dem geheimzuhaltenden Gegenstande selbst oder eine Verletzung

dieses dem Dienstherrn zustehenden Rechtes bildet nicht die weitere Voraussetzung. Danach ist Geschäfts- und Betriebsgeheimnis alles das, was Bestandteil, Ereignis und Vorkommnis im gewerblichen und geschäftlichen Betrieb ist, und, weil innerhalb dieses Betriebs liegend, nach dem Willen des Geschäftsherrn zum Gegenstande der Geheimhaltung gemacht wird und gemacht werden soll, nicht aber wird weiter gefordert, daß es ein Geschäfts- oder Betriebs m i t t e l selbst ist, irgendwie ein Mittel zur Ausübung des Gewerbes bildet und daß dem Geschäftsherrn an diesem Mittel ein absolutes Recht zusteht. Nicht erforderlich ist für den Begriff des Geschäftsgeheimnisses der Umstand, daß der geheimzuhaltende Gegenstand dem Inhaber des Geschäfts selbst g e h ö r t, daß er ein subjektives Recht daran hat und daß dieser Gegenstand s e i n e n Erwerbszwecken als Mittel dienen soll (vgl. § 18).

2. *J a c o b s o h n, Die Unterlassungsklage 156 ff. Die Unterlassungsklage aus §§ 17 Abs. 1, 18 beruht auf vertraglicher Verpflichtung, im übrigen besteht ein subjektives absolutes Recht; vgl. Allgemeines zu § 241 Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen, insbesondere §§ 12, 1004 u. (bez. §§ 17 Abs. 1, 18) 550 BGB.

3. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 483. Zum Begriffe des „Anvertrauens" gehört es nicht, daß dem Angestellten die Eigenschaft des Geschäftsgeheimnisses als solchen bekanntgegeben worden ist. Es genügt, wenn das Geschäftsgeheimnis für ihn nach den Umständen erkennbar ist und in den Bereich der ihm im Geschäfte zugewiesenen Tätigkeit fällt.

4. G e s c h ä f t s - u n d B e t r i e b s g e h e i m n i s s e.

a) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 540. Betriebsgeheimnisse sind die Tatsachen, die einem Betrieb eigentümlich und nicht offenkundig sind, die der Betriebsinhaber geheimhalten will und deren Aufdeckung geeignet ist, seinem Betriebe Schaden zu bringen. Den Gegenstand des Schutzes bildet die Beziehung der das Geheimnis bildenden Tatsache zu dem bestimmten einzelnen Betriebe; geheimzuhalten ist, daß eine bestimmte Tatsache in einem bestimmten Betriebe besteht. Eine Tatsache bildet also ein Geheimnis nicht bloß dann, wenn sie als durchaus originelle a u s s c h l i e ß l i c h in dem geschützten Betriebe vorkommt, sondern auch dann, wenn ihre Beziehung zu dem einzelnen Betriebe nicht offenkundig ist.

b) **RG.** (Strafs.) **11** 381. Formulare, die keine Besonderheit einer Firma sind, sondern den in Geschäftsbetrieben gleicher Art üblichen wesentlich in Form und Inhalt gleichen, sind keine Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse. Die Anwendung des § 17 Abs. 2 ist daher auch dann ausgeschlossen, wenn der Angeklagte die Kenntnis der Formulare durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung erlangt hätte.

c) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 473. Muster verlieren die Eigenschaft des „Geheimen" nicht, wenn sie einem beschränkten Kreise künftiger Abnehmer der entsprechenden Stoffe mitgeteilt werden (**RG.** [Strafs.] **40** 406, **42** 394).

d) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 323. Die Liste der von einer Firma beschäftigten Schneider ist ein Geschäftsgeheimnis. — Abschrift einer Kundenliste und Mitteilung an die Konkurrenz als Geheimnisverletzung.

e) **RG.** (Strafs.) GewRschutz **12** 192. Eine besonders vorteilhafte Bezugsquelle als Geschäftsgeheimnis.

f) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 483. Namen von Kunden und Preisfestsetzungen als Geschäftsgeheimnis.

5. **RG.** MschutzuWettbew. **11** 323. Der Einwand des gegen § 17 Verstoßenden, daß die von ihm geschädigte Firma selbst sich eines unsittlichen Gebahrens schuldig gemacht habe, ist unerheblich. Für den Tatbestand des § 17 ist es gleich, ob der gegen diese Bestimmung Verstoßende zugleich aus Eigennutz gehandelt hat.

6. DJZ. **12** 696 (Braunschweig). Der Beklagte hat sich als Angestellter des Klägers dessen Geheimrezepte, die ihm sonst nicht zugänglich waren, zu verschaffen

gewußt, abgeschrieben und sie nach seinem Austritt aus dem Geschäfte verkauft. Dadurch ist er nach § 17 Abs. 2 UnlWG. schadensersatzpflichtig geworden. Zwar kann ein Angestellter nicht gehindert werden, die ihm während der Dienstzeit vermöge des Dienstverhältnisses anvertrauten oder sonst zugänglich gewesenen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse nach seinem Austritte zu seinem Fortkommen zu verwerten. Anders liegt es hier, wo die Geschäftsgeheimnisse in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erlangt waren.

§ 18. 1. Tuma stimmt den Ausführungen Wertheimers im Gegensatze zu Wehner (vgl. JDR. **9** § 18 G. vom 7. Juni 1909) bei. Die Ausführungen Wertheimers enthalten folgende Sätze: 1. Die Dauer des Schutzes nach § 18 kann aus dem Gesetze selbst bestimmt werden. 2. § 18 kann auf Angestellte keine Anwendung finden, weil er ein Anvertrauen im geschäftlichen Verkehre verlangt, welcher mit Angestellten nicht stattfindet. ➠ Vgl. jetzt **RG.** (Straff.) **44** 152, JDR. **10** § 18 Ziff. 4. Red. ⟵ 3. Das Gesetz wollte im § 18 Geheimnisse nach einer ganz anderen Richtung schützen als im § 17, beide Bestimmungen gehen also auseinander und können niemals miteinander konkurrieren. 4. Die Dauer des Schutzes muß bestimmt werden nach dem Tatbestandsmerkmale des Anvertrautseins und der Möglichkeit des Wettbewerbes. — Ziff. 4 bedarf einer Modifikation. Es fällt nicht mit der Möglichkeit des Wettbewerbes der Schutz weg, das Maßgebende ist das Vertrauensverhältnis, nicht wie Wehner will, das Vertragsverhältnis.

2. **RG.** (Straff.) **45** 385. Als Vorlagen kommen nur Gegenstände in Betracht, die dazu bestimmt sind, bei der Anfertigung der herzustellenden neuen Gegenstände als Vorbilder zu dienen, dergestalt, daß ihre Benutzung überhaupt erst die Ausführung in der beabsichtigten Art und Weise ermöglicht. Bloße „Ausfallmuster" im Gegensatze zu „Fabrikationsmustern" kommen als Vorlage nicht in Betracht.

3. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 381. Die Strafvorschrift des § 18 richtet sich nur gegen solche Personen, welche nicht Angestellte des Verletzten zu der Zeit waren, als die Vorlagen oder Vorschriften technischer Art ihnen anvertraut wurden. Ebenso schon **RG. 44** 152, JDR. **10** § 18 Ziff. 4.

4. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 86. § 18 gilt nicht für Angestellte vgl. **RG.** (Straff.) **44** 152, JDR. **10** § 18 Ziff. 4.

5. **RG.** R. **12** Nr. 3004. In der bloßen Mitteilung, daß in der Fabrikationsweise eines Gewerbetreibenden eine Änderung eingetreten sei, ohne nähere Angabe über die Art der Änderung, ist kein Verrat von Gewerbegeheimnissen zu finden.

§ 20. 1. **RG.** (Straff.) **45** 254. Das Unternehmen im Sinne des § 20 hat ein Bestimmen zur Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften des § 17 Abs. 1, d. h. zur Verwirklichung des darin vorgesehenen Tatbestandes, zum Inhalte. Da zu diesem Tatbestande gehört, daß der Angestellte die Mitteilung des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht macht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, so muß derjenige, der es unternimmt, einen Angestellten zu diesem Vorgehen zu bestimmen, jedenfalls die Vorstellung haben, der Angestellte werde bei der Mitteilung des Geheimnisses mit einer dementsprechenden Willensrichtung handeln. Anderseits ist es aber nach den Grundsätzen über das Unternehmen (**RG.** [Straff.] **39** 321, **42** 266) genügend, wenn das, was sich der Unternehmende vorgestellt hat, im Falle der Verwirklichung, auf seiten des Angestellten eine Verfehlung gegen § 17 Abs. 1 sein würde. Insofern muß mit anderen Worten die Vorstellung des Unternehmenden auch den ganzen inneren Tatbestand von § 17 Abs. 1 umfassen.

2. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **12** 86. Zur Erfüllung des Tatbestandes aus § 20 genügt nicht, daß die Auflösung des Dienstverhältnisses das Mittel sein sollte, um den Verrat herbeizuführen. Ebensowenig ist allein die Willensrichtung, d. h. die Richtung des Willens auf Herbeiführung eines Verrats maßgebend. Auch

erfüllt keineswegs jeder Versuch, der auch nur mittelbar auf einen solchen Verrat abzielt, den Tatbestand. Vielmehr ist entscheidend, ob nach den Vorstellungen des Täters der Verrat des Angestellten erfolgen sollte, während dessen bisheriges Dienstverhältnis noch fortdauerte.

3. **RG.** (Straff.) **45** 254. Der im § 20 vorausgesetzte Wettbewerbszweck als solcher braucht nicht unlauter zu sein. Ermittelung syndikatswidrigen Verhaltens einzelner Mitglieder eines die Erhaltung eines gewissen Preisstandes bezweckenden Syndikats als Wettbewerbszweck.

4. **RG.** (Straff.) GewRschutz **12** 192. Da § 20 Vorsatz erfordert, so muß der Vorsatz des Täters auch den ganzen Tatbestand des § 17 Abs. 1 umfassen, nicht bloß den äußeren, sondern auch den inneren. Er muß sich bewußt sein, daß im Falle der Verwirklichung des begonnenen Unternehmens der zu bestimmende Angestellte mit der im § 17 Abs. 1 vorausgesetzten Willensrichtung gehandelt haben werde, also bewußt unbefugt zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen.

5. MschutzuWettbew. **12** 100 (LG. Posen). Anstiftung zum Verrate von Geschäftsgeheimnissen. Einschleichen in eine Konkurrenzfabrik unter Angabe eines falschen Namens und eines falschen Berufs.

6. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 150 = JDR. **10** § 20 UnlWG.

§ 21. OLG. **25** 365 (KG.). Beginn der Verjährung.

§ 22. Antragsberechtigte.

1. **RG.** (Straff.) GewRschutz **12** 259, GoltdA. **60** 76. Der Vorsitzende einer preußischen Handelskammer kann Strafantrag aus § 22 stellen.

2. **RG.** GoltdA. **60** 73. Die preußischen Landwirtschaftskammern sind antragsberechtigt.

3. Gültigkeit des Strafantrags.

RG. (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 322. Zwei Personen haben in der mündlichen Verhandlung Strafantrag gestellt, falls der von der D. L. Sattlervereinigung gestellte Strafantrag nicht als rechtsgültig angesehen werden sollte. Dieser Antrag war nicht rechtsgültig, der Antrag der zwei Personen ist rechtswirksam. Die Stellung des Antrags ist nicht von einer Bedingung, von einem ungewissen Ereignis abhängig gemacht; es ist unzweideutig zum Ausdrucke gebracht, daß die Strafverfolgung des Angeklagten dem Willen der Antragsteller entsprach.

4. WürttJ. **24** 44 (Stuttgart, Straff.). Der Strafantrag ist gültig gestellt, wenn der 1. Vorsitzende eines Verbandes den 2. Vorsitzenden beauftragt, für ihn den Strafantrag stellen zu lassen, und der Strafantrag für den Verband gestellt wird.

5. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 117. Erfordernisse des Strafantrags. Auslegung, ob ein Strafantrag vorliegt, oder ob nur ein Zur-Kenntnis-Bringen an die Staatsanwaltschaft gegeben ist.

6. **RG.** (Straff.) JW. **12** 948. Der Verband war nach §§ 22, 13 UnlWG. berechtigt, das dem Angeklagten im Eröffnungsbeschlusse zur Last gelegte Vergehen gegen § 4 UnlWG. im Wege der Privatklage zu verfolgen. Auf Grund dieser Befugnis standen ihm alle Rechte zu, welche dem Privatkläger in der StPO. bezüglich der dort geregelten Verfolgung der nur auf Antrag strafbaren Beleidigungen und Körperverletzungen eingeräumt sind. Zu diesen Rechten gehört der Anschluß an die von der Staatsanwaltschaft erhobene öffentliche Klage. Da die Tendenz des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb dahin geht, den Schutz der Gewerbetreibenden gegen unlautere Konkurrenz möglichst wirksam zu gestalten, das Recht der zum Strafantrage Berechtigten auf Verfolgung der Schuldigen im Wege der Privatklage weder in dem Gesetze vom 27. Mai 1896 noch in dem an seine Stelle getretenen Gesetze vom 7. Juni 1909 in irgendeiner Richtung eingeschränkt, ein innerer Grund für die Versagung des Anschlusses an die öffentliche Klage nicht ersichtlich,

die Privatklage in der StPO. überhaupt nur in bezug auf Beleidigungen und Körperverletzungen geregelt ist, so muß angenommen werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers dem Privatkläger im Sinne des UnlWG. alle Rechte zustehen sollen, die nach den Bestimmungen der StPO. der Privatkläger bei der Verfolgung von Beleidigungen und Körperverletzungen auszuüben befugt ist. Der Anspruch auf Zulassung als Nebenkläger gehört zu diesen Rechten und steht mithin jedem nach dem UnlWG. zur Privatklage Berechtigten zu, unabhängig von dem Rechte, die Zulassung auf Grund des § 443 StPO. zu verlangen, wenn ein Bußanspruch gegeben ist.

§ 24. 1. OLG. **25** 366 (KG.). Gerichtsstand bei Ankündigungen durch Zeitschriften ist nicht nur der Ausgabe- und Erscheinungsort, sondern auch jeder Verbreitungsort. Wenn also Zeitschriften aus dem Auslande nach Berlin gesandt und hier dem Empfänger durch die Post ausgehändigt werden, so ist hier der Übergabe- und Empfangsort, und das ist dann der ausschließliche Gerichtsstand.

2. OLG. **25** 366, GewRschutz **12** 110 (Braunschweig). Für Klagen aus dem unlauteren Wettbewerb ist auch das Gericht derjenigen Zweigniederlassung zuständig, auf deren Geschäftsbetrieb sich die unlautere Wettbewerbshandlung bezieht (**RG. 44** 361). Dies gilt auch für das neue UnlWG. Ob die Prospekte und Bestellscheine, die die angegriffene Behauptung enthalten, an einem anderen Orte gedruckt sind, ist gleich. Es genügt, daß sie auch von der Zweigniederlassung gebraucht sind. Dasselbe gilt von der Firmenbezeichnung.

§ 25. MschutzuWettbew. **11** 327 (KG.). Bei einem Streite der Parteien über wissenschaftliche Fragen, über die verschiedene Ansichten vorliegen, ist eine einstweilige Verfügung abgelehnt worden, weil es nicht möglich war, auf Grund der allein zulässigen Beweismittel bzw. Mittel der Glaubhaftmachung zu einer bestimmten hinreichend gesicherten Ansicht zu gelangen.

§ 28. RG. JW. **12** 90, LeipzZ. **12** 155. Der Begriff Inland ist in dem § 16 UnlWG. vom 27. Mai 1896 so wenig näher bestimmt, wie im § 23 WarenZG., dem er nachgebildet ist. Der Begriff Inland ist im § 23 WarenZG. in einem besonderen, die Konsulargerichtsbezirke umfassenden Sinne, zu verstehen. Da nun das UnlWG. dem WarenZG. nachgebildet ist, beide Gesetze in kurzer Aufeinanderfolge auf dem gleichen Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes erlassen sind, so ist die Annahme nicht abzuweisen, daß mit dem Begriff Inland auch im § 16 bzw. § 28 UnlWG. die nämliche Bedeutung verbunden ist.

Gesetz,
betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Allgemeines.

1. Marcus, DJZ. **12** 93. Reformvorschläge (Schutznormen für richtige Bewertung der Sacheinlagen).

2. DJZ. **12** 1070. Vereinheitlichung des deutschen und österreichischen Rechtes.

3. BauersZ. **19** 86. Über den Unterschied zwischen der GmbH. (Kapitalsgesellschaft) und der offenen Handelsgesellschaft, bei der der Schwerpunkt auf dem persönlichen Elemente der Teilhaber beruht.

4. BauersZ. **19** 162. Errichtung von Zweigniederlassungen deutscher GmbH. in Italien.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 2. 1. Auslegung des Gründungsvertrags. **RG.** BauersZ. **20** 46. Gründungsverträge einer GmbH. sind an sich der Auslegung in gleicher Weise fähig wie alle gerichtlichen und notariellen Urkunden. Es müssen jedoch die wesentlichen Bestandteile der formbedürftigen Erklärung in der Urkunde selbst zu erkennen sein, sonst deckt die urkundliche Form den Inhalt nicht. Zum Zwecke der Auslegung können auch die Vorverhandlungen herangezogen werden. Vgl. § 3 Ziff. 2 c.

2. Form des Gesellschaftsvertrags: keine Heilung des Formmangels durch den Registereintrag. BauersZ. **19** 84 schon JDR. **10** § 2.

3. **RG.** R. **12** Nr. 3421. Auch ein Vorvertrag über die Gründung einer GmbH. ist formpflichtig.

§ 3. 1. Abs. 1 Ziff. 4. Anfechtung der Übernahme eines Geschäftsanteils s. §§ 14, 55.

2. Abs. 2. Nebenleistungen. a) *Roth, LeipzZ. **12** 266 ff. Im Falle des Abs. 2 besteht neben der durch den Kapitalansammlungszweck gekennzeichneten kapitalistischen Grundform eine besondere auf den Nebenleistungsverpflichtungen aufgebaute individualistische Gesellschaft, welche die Verwendung des in der gesellschaftlichen Grundform angesammelten Kapitals zur causa hat. Die Nebenleistungsgesellschaft bildet mit der kapitalistischen Grundform keine innere notwendige Einheit — entgegen **RG. 73** 429 ff. — sie ist vielmehr hinsichtlich des Bestandes und der Dauer der Mitgliedschaftspflichten den allgemeinen Vorschriften unterworfen. Wie die Anfechtung der Nebenleistungsverpflichtungen wegen Irrtums und Täuschung zulässig ist, so auch ihre Kündigung nach Maßgabe des § 723 BGB. (Vgl. § 705 BGB.). b) **RG.** JW. **12** 760, R. **12** Nr. 1844. Wenn den Gegenstand des Einbringens ein Geschäft als Ganzes bildet, während die zu dem Geschäftsvermögen gehörigen Außenstände nur unselbständige Bestandteile der einzubringenden Sachgesamtheit ausmachen, so kann darin, daß der einbringende Gesellschafter für Eingang der Außenstände garantiert, nur eine Nebenverbindlichkeit der Einlagepflicht, nicht eine sonstige Verpflichtung im Sinne des § 3 Abs. 2 gefunden werden (vgl. § 19). c) Bestimmungen des Vertrags über Kündigung. **RG.** JW. **12** 878, BauersZ. **20** 42, R. **12** Nr. 2099. Ist das Unternehmen auf eine bestimmte Zeit beschränkt — und das ist auch dann der Fall, wenn den Gesellschaftern ein Kündigungsrecht eingeräumt ist — dann bedürfen diese Bestimmungen der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag. Die vom Berufungsrichter vorgenommene ergänzende Auslegung des Vertrags, die einen im notariellen Gesellschaftsvertrage nicht enthaltenen Auflösungsgrund aus einer in der notariellen Urkunde in Bezug genommenen Privaturkunde entnehmen und in den notariellen Vertrag einfügen will, widerspricht den Grundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen, die zu ihrer Gültigkeit einer bestimmten Form von Gesetzes wegen bedürfen. Die GmbH. hatte mit ihren Gesellschaftern Lieferungsverträge geschlossen, wonach diese sich zur Lieferung ihrer gesamten Produktion verpflichtet, aber unter bestimmten Bedingungen mit 6 Wochen Frist zum Schlusse eines Kalenderquartals kündigen konnten, während der Gesellschaftsvertrag im allgemeinen Unkündbarkeit bis Ende 1913 statuiert, daneben auf die Bestimmungen des Lieferungsvertrags Bezug genommen hatte. d) Form von Lieferungsverträgen einer GmbH. mit ihren Gesellschaftern. **RG.** JW. **12** 807, LeipzZ. **12** 665, DNotV. **12** 743, BauersZ. **19** 67, SächsRpflA. **12** 420, R. **12** Nr. 1945, 1946. Der Sinn des § 3 Abs. 2 ist nur der, daß Lieferungsverpflichtungen, wenn sie gesellschaftlicher Natur sein sollen, gültig

nur im Gesellschaftsvertrag auferlegt werden können. Es ist somit rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die GmbH. mit jedem ihrer Gesellschafter Lieferungsverträge abschließt; als selbständige Verträge sind sie formlos gültig. Wenn aber die Übernahme der Verpflichtung zur Lieferung der Produktion dem Gesellschaftsrecht angehört, dann ist es nicht zulässig, nur die Aufstellung der grundsätzlichen Verpflichtung im Gesellschaftsvertrage vorzunehmen und die weitere Ausgestaltung dieser Pflicht in privatschriftlicher Form zu vereinbaren. Im Gegenteile bedürfen alle die Übernahme einer gesellschaftlichen Pflicht regelnden Bestimmungen der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag. Auch ein Strafgedinge gesellschaftlicher Art kann daher nicht formlos außerhalb des Gesellschaftsvertrags vereinbart werden. Zustimmend Flechtheim, RuW. **1** 471. **e)** ZBlFG. **12** 758, DNotV. **12** 744, MecklZ. **30** 285 (Rostock). Ist den Gesellschaftern durch das Statut die Verpflichtung zu fortdauernden Lieferungen (Rübenlieferung) auferlegt, so enthält die Verlängerung des Vertrags eine Vermehrung der Leistungen der Gesellschafter und erfordert deshalb nach § 53 Abs. 3 die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. **f)** *Kaufmann, Verkaufssyndikate in der Form der GmbH., SächsRpflA. **12** 409 ff. Verkaufssyndikate in der Form der GmbH. sind Sonderleistungsgesellschaften; sie sind Handelsgesellschaften von unselbständigem Zwecke. Die Sonderleistungsgesellschaft ist eine Hilfsorganisation, bestimmt, die Wirtschaft der vereinigten Mitglieder zu fördern. Die Sonderleistungspflicht besteht nicht in Beiträgen zum Vermögensgrundstocke der Gesellschaft, sondern in Überlassung von Umtauschobjekten gegen Entgelt. Die Sonderleistungsgesellschaft verpflichtet ihre Mitglieder zu individuellen, wiederkehrenden Leistungen, die inhaltlich- und zeitlich unbeschränkt sein können. Sie überschreitet insofern, wenn sie in der Gestalt der AG. und der GmbH. auftritt, den für diese Gesellschaftsformen geltenden Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht. Die Sonderleistung gehört nicht zur Kapitalgrundlage der AG. und der GmbH. Sie untersteht deshalb nicht den besonderen Grundsätzen, die für die Kapitaleinlage im Interesse der Beschaffung und Erhaltung des Grundkapitals aufgestellt sind. Die Sonderleistungspflicht kann hiernach angefochten werden wegen Irrtums, Betrugs und Drohung. Sie ist trotz ihrer Einfügung in den Rahmen des korporativen Vertrags ein selbständiges Rechtsverhältnis. § 326 BGB. findet Anwendung. Wie bei anderen Dauerverhältnissen ist die Kündigung kraft analoger Anwendung des § 723 BGB. zuzulassen. Diese Kündigung ist, falls die Bindung auf unbestimmte Zeit erfolgte, jederzeit, sonst nur beim Vorliegen wichtiger Gründe möglich. Die Kündigung bringt das Sonderleistungsverhältnis des Kündigenden zum Erlöschen, berührt aber an sich weder die Sonderpflichten der übrigen, noch etwa den Bestand der Gesellschaft. Unter Umständen, aber keineswegs immer, können aus der Kündigung eines Gesellschafters die übrigen gleichfalls das Recht, die Sonderleistungspflicht zu kündigen, herleiten. Auch können sich bei der GmbH. die Voraussetzungen der Auflösungsklage nach § 61 ergeben. **g)** BauersZ. **20** 15. Entschädigungspflicht eines Gesellschafters, der die für die GmbH. gebauten Rüben vor der Ernte umpflügen ließ.

§ 4. Firma. **a)** ÖstZBl. **30** 596 (Wien). Wenn auch die Firma die zusätzliche Bezeichnung GmbH. enthalten muß, so muß doch dieser Zusatz nicht selbständig gebraucht werden, sondern es ist zulässig, das Wort „Gesellschaft" mit einem den Gegenstand des Unternehmens kennzeichnenden Beiworte zu verbinden. **b)** Rhein. NotZ. **57** 83, DNotV. **12** 741, BauersZ. **19** 62, RheinARV. **30** 11 (KG.). Die Firma „Treuhandgesellschaft" ist für eine GmbH. mit geringem Stammkapitale zugelassen worden, weil aus dem Entwickelungsgange, den das Wort „Treuhand" bei der Firmenbildung im Geschäftsverkehre genommen hat, sich ergibt, daß gegenwärtig unter Treuhandgesellschaft nicht mehr nur solche Unternehmen verstanden werden,

die auf großkapitalistischer Grundlage beruhen. c) KGJ. **41** A 109, RheinNotZ. **57** 80, ZBlFG. **12** 756, DNotV. **12** 742. Bei einer Änderung der Firma sind die Voraussetzungen im wesentlichen dieselben wie bei der ursprünglichen Annahme der Firma. Deshalb dürfen Zusätze zu der Firma, auch wenn sie ursprünglich zulässig waren, in der geänderten Firma nicht mehr beibehalten werden, wenn sie den zur Zeit der Änderung bestehenden Verhältnissen nicht mehr entsprechen. **d)** BauersZ. **19** 258 (Hamburg). Eine GmbH., die nur eine Fabrik betreibt, darf nicht das Wort „Fabriken" in der Firma führen. § 18 HGB. findet auch auf die Firma der GmbH. Anwendung. **e)** BauersZ. **19** 230 (KG.). Beanstandung des Wortes „Werke" in der Firma einer GmbH. mit nur 50 000 M. Stammkapital. **f)** Sachfirma; Firmenwahrheit. JDR. **10** 1110 § 4 Ziff. 4 = OLG. **24** 112, BauersZ. **19** 160. **g)** Firma der Zweigniederlassung. JDR. **10** 1110 § 4 Ziff. 5 = OLG. **24** 164. **h)** BauersZ. **19** 61. Annahme einer neuen Firma für die in das Liquidationsstadium getretene GmbH. **i)** BauersZ. **19** 278. Aufnahme eines der Konkurrenz geschützten Wortes („Hansa") in die Firma einer GmbH. **k)** BauersZ. **19** 110 (KG.). Der Registerrichter kann nicht eine GmbH.-Firma, die Verwechselungen mit einer anderen Firma zuläßt (§ 16 UnlWG.), von Amts wegen löschen. Über die Frage, ob eine Firmenanmeldung unlauterem Wettbewerbe dienen soll, ist vielmehr im Rechtswege zu entscheiden. **l)** BauersZ. **19** 110 (KG.). Begriff der Verwechselungsgefahr zweier Firmen im Sinne des § 16 UnlWG. **m)** HoldheimsMSchr. **12** 269 (KG.). Bei Verlegung des Sitzes darf der Registerrichter die Firma, die am früheren Sitze eingetragen war, nicht wegen Verstoßes gegen § 4 beanstanden; er hat die alte Eintragung bis auf die des Sitzes zu übernehmen. In einem deshalb doch möglichen Verfahren nach § 144 FGG. darf er nicht rigoros vorgehen, wenn daraus der Gesellschaft unverhältnismäßige Nachteile entständen, auch nicht an die sog. Sachfirma zu hohe Anforderungen stellen, da es genügt, wenn die Firma, wenn auch weniger deutlich, in irgendeiner Weise vom Gegenstande des Unternehmens entlehnt ist.

§ 5. 1. Stammeinlage. BauersZ. **19** 235. Durch Nichteintragung der GmbH. entfällt die Verpflichtung zur Leistung der übernommenen Geschäftsanteile.

2. Sacheinlage. a) Grundsätze für Berechnung des Wertes eines eingelegten Geschäfts. **RG.** BayRpflZ. **12** 379 (vgl. § 15 V 1). **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **12** 193. Kann der Einbringungsvertrag, durch den ein Gesellschafter sich verpflichtet hat, unter gänzlicher oder teilweiser Anrechnung auf seine Stammeinlage einen der Gattung nach bestimmten Gegenstand in die Gesellschaft einzubringen, wegen arglistiger Täuschung bei Lieferung des Gegenstandes angefochten oder deswegen die Wandelung verlangt werden? Welche Wirkung hat die Anfechtung oder die Wandelung auf die Gesellschaftsverhältnisse des Einbringenden? **c)** R. **12** Nr. 2579 (KG.). Wird das Geschäft einer offenen Handelsgesellschaft a) mit oder b) ohne Firma mit allen Aktiven und Passiven in eine neugegründete GmbH. eingebracht, so ist sowohl im Falle a, in dem im Handelsregister A nach § 31 AllgVf. d. PrJustMin. vom 7. November 1899 die Firma der oHG. zu „löschen" ist, wie auch im Falle b, in dem das „Erlöschen" der Firma zu vermerken ist, die förmliche Anmeldung aller Teilhaber der oHG. erforderlich. Die Eintragung selbst ist kostenpflichtig nach § 72 Nr. 2 b PrGKG. Hat der Registerrichter versehentlich die Firma von Amts wegen gelöscht, so kann diese Löschung auch im Beschwerdewege nicht wieder beseitigt werden, wenn feststeht, daß die Firma tatsächlich erloschen ist. **d)** Generalvertretungsvertrag als Sacheinlage. OLG. **24** 163, ZBlFG. **12** 479, BauersZ. **19** 110, DNotV. **12** 743, RJA. **11** 108, R. **12** Nr. 819 (KG.). Da nach § 5 alle vor-

handenen selbständigen Wertgegenstände, die dem Rechtsverkehre nicht gesetzlich entzogen sind, als Sacheinlage geeignet sind, so kann auch das Recht aus dem von einem Gesellschafter mit einem bestimmten Dritten für ein bestimmtes Gebiet geschlossenen Alleinvertretungsvertrag als Sacheinlage dienen.

§ 7. Anmeldung. 1. Vgl. § 82 Ziff. 1.

2. **RG.** BauersZ. **20** 35 f. Die Hergabe von Wechseln kommt der nach § 7 Abs. 2 geforderten Barzahlung nicht gleich.

§ 10. Bedingtheit einer Stammeinlage. **RG. 78** 359, DNotV. **12** 742, ZBlFG. **12** 248. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, daß ein Gesellschafter nur bedingt verpflichtet sei, auf das Stammkapital der Gesellschaft seine Stammeinlage zu bezahlen, ist keine ins Handelsregister einzutragende Tatsache (vgl. JDR. **10** § 10). — Das Urteil des RG. bespricht Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 250.

§ 11. Die Gesellschaft vor Eintragung. 1. Handeln für eine zu gründende GmbH. JDR. **10** 1112 § 11 Ziff. 3 = OLG. **24** 150.

2. **RG.** BauersZ. **19** 66, LeipzZ. **12** 666, R. **12** Nr. 1845. Wenn auch die Rechte und Pflichten aus den während der Vorbereitungszeit geschlossenen Geschäften im Augenblicke der Eintragung auf die Gesellschaft übergehen können, soweit es sich um Geschäfte handelt, deren Vornahme zur Entstehung der Gesellschaft erforderlich ist, so gilt doch nicht das gleiche für lediglich den künftigen Geschäftsbetrieb betreffende Geschäfte.

3. Generalversammlung; Aufsichtsrats- und Geschäftsführerbestellung vor Eintragung. RJA. **11** 211, ZBlFG. **13** 95, DNotV. **12** 740, BauersZ. **19** 273, R. **12** Nr. 1706 (KG.). Die GmbH. kann im Stadium zwischen dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung in gewissen Grenzen im Rechtsverkehr auftreten. Durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrags entsteht zwar zunächst nur eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Diese Gesellschaft kann aber, soweit dies die zu bewirkende Eintragung nötig macht, sehr wohl durch Versammlungen ihrer Gesellschafter rechtswirksame Beschlüsse fassen. Da die Gesellschaft schon vor Anmeldung einen Geschäftsführer haben muß, so muß auch dessen Bestellung in diesem Stadium möglich sein. Nach § 6 Abs. 2 erfolgt die Bestellung der Geschäftsführer entweder im Gesellschaftsvertrag oder nach Maßgabe des dritten Abschnitts des Gesetzes. Ist, wie hier, eine Bestellung im Vertrage nicht erfolgt, so kommen die §§ 45—46 in Anwendung. Danach steht die Bestellung im allgemeinen der Generalversammlung zu, kann aber durch das Statut dem Aufsichtsrat übertragen werden. Ist das letztere im Statut geschehen, dann muß auch der Aufsichtsrat schon jetzt in Funktion treten können; da die Bestellung des Aufsichtsrats durch die Versammlung erfolgt, so kann die letztere den Aufsichtsrat schon im Gründungsstadium ernennen.

4. Abs. 3. **RG.** LeipzZ. **12** 666, R. **12** Nr. 1845. Wie das RG. schon wiederholt (**RG. 47** 1, **55** 305, **70** 299) ausgesprochen hat, findet § 11 Abs. 3 auch in dem Falle Anwendung, wenn der Gegner zur Zeit des angeblichen Vertragsschlusses wußte, daß die Gesellschaft noch nicht eingetragen war.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 13. 1. GmbH. als Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder Komplementar einer Kommanditgesellschaft? SeuffA. **67** 470, BayNotZ. **13** 126, BauersZ. **19** 64, R. **12** Nr. 1231 (BayObLG.). Die Frage wurde früher vorwiegend verneint, ist aber mit der jetzt herrschenden Ansicht (Staub-Hachenburg § 13 Anm. 7, Parisius-Crüger § 13 Anm. 5, Neukamp § 13 Anm. 1 d; aM. Staub, HGB. § 105

Anm. 22 und Goldmann, HGB. § 105 Anm. 23) zu bejahen. Durch eine positive Gesetzesvorschrift ist die Teilnahme nicht ausgeschlossen, und aus der Verfassung und dem Wesen der GmbH. ergibt sich kein Grund für die Ausschließung.

2. BayerZ. **19** 238, PrVerwBl. **33** 477. Der GmbH. steht das Wahlrecht zum Kreistag in Preußen zu (aM. OVG. **50** 1, **54** 5).

3. Haftung der GmbH. für die Geschäftsschulden des Vorgängers. **a)** BayerZ. **19** 257. Der Umstand, daß die Firma des erworbenen Geschäfts die eines Einzelkaufmanns war, während die Firma der Beklagten den Zusatz „GmbH." führt, steht der Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB. nicht entgegen. Denn wie die Haftung für die Geschäftsschulden des erworbenen Geschäfts nach dieser Vorschrift auch dann begründet wird, wenn die bisherige Firma des erworbenen Geschäfts mit einem das Nachfolgerverhältnis andeutenden Zusatze weitergeführt wird, so muß das gleiche gelten, wenn das Geschäft eines Einzelkaufmanns von einer GmbH. erworben und unter der bisherigen Firma mit dem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatze fortgeführt wird. **b)** BayerZ. **19** 131. Auch wenn die Firma des Vorgängers nicht übernommen wird, kann nach § 419 BGB., § 25 Abs. 3 HGB. (besonderer Verpflichtungsgrund) eine Haftung der neugegründeten GmbH. für die Schulden des Vorbesitzers des Unternehmens trotz Nichtübernahme derselben gegeben sein, wenn das Unternehmen das ganze Vermögen des Vorbesitzers darstellt.

4. Pfändung der Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter. **RG.** SeuffA. **67** 284, LeipzZ. **12** 315. **RG. 76** 434 hat entschieden, sowohl daß der Anspruch der GmbH. gegen den Gesellschafter auf Einzahlung der Stammeinlage pfändbar sei, als auch daß es zur Einziehung eines so gepfändeten Anspruchs durch den pfändenden Gläubiger eines Beschlusses nach § 49 Ziff. 2 nicht bedürfe. Es liegt kein Anlaß vor, von dieser Anschauung abzugehen. Vgl. JDR. **10** § 13 Ziff. 3 und § 46 Ziff. 1 (KG.) und KGBl. **12** 78 (LG. Berlin). Ebenso OLG. **24** 151, BayerZ. **19** 159.

§ 14. BayerZ. **19** 87 (Hamburg). Nach Eintrag in das Handelsregister ist eine Anfechtung der Übernahme eines Geschäftsanteils wegen Irrtums oder Betrugs ausgeschlossen (vgl. §§ 15 V 3 und 55 Ziff. 2).

§ 15. Anteilsveräußerung. I. Abs. 1. **a)** DNotV. **12** 743, BayerZ. **19** 134, R. **12** Nr. 484 (Colmar). Die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Geschäftsanteils kann durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Ebenso kann einer die Rechtsnachfolge in einen Geschäftsanteil mit Ausschluß der Vererblichkeit desselben für den Todesfall des Gesellschafters regelnden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags die Wirksamkeit nicht versagt werden. Es bedarf nicht erst noch einer Übertragung des Geschäftsanteils auf den im Gesellschaftsvertrage bestimmten Nachfolger (aM. Staub § 15 Anm. 3). **b) RG.** R. **12** Nr. 3422. Da die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Geschäftsanteile durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann, so muß, wenn von diesem Rechte Gebrauch gemacht wird, dort notwendigerweise auch bestimmt werden, was aus dem Geschäftsanteil im Falle des Todes des Gesellschafters wird. **c)** BayerZ. **19** 133 wendet sich gegen das Urteil des **RG.** JW. **08** 407, das die Einführung der Beschränkungen betreffend die Abtretung eines Geschäftsanteils als eine Verletzung eines Sonderrechts der Gesellschafter und deshalb einen Majoritätsbeschluß hierüber für unzulässig ansieht.

II. Abs. 2. Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand vgl. § 60 Ziff. 1.

III. Abs. 3 u. 4. Formbedürftige Verfügungen. 1. Abtretung eines Geschäftsanteils durch einen Nichtgesell-

schafter. a) **RG.** LeipzZ. **12** 841, R. **12** Nr. 2993. Die Übertragung von Geschäftsanteilen unterliegt der Formvorschrift, gleichgültig, ob es sich um eigene Geschäftsanteile des Veräußerers handelt oder um fremde. **b) RG.** BauersZ. **19** 238, BayNotZ. **13** 173, LeipzZ. **12** 326. Auch ein Nichtgesellschafter kann nach § 185 BGB. einen ihm fremden Geschäftsanteil wirksam abtreten, wenn er dies unter Zustimmung des berechtigten Gesellschafters tut. Nach § 182 Abs. 2 BGB. bedarf die vorherige Einwilligung oder nachträgliche Genehmigung nicht einmal der Form, die durch § 15 für die Abtretung selbst und damit auch für die Abtretung des Nichtberechtigten vorgeschrieben ist. Vgl. ZAktWes. **06** 181.

2. **RG.** R. **12** Nr. 2727. Eine lediglich privatschriftliche Abmachung über Übertragung eines Geschäftsanteils wird geheilt durch formrichtige dingliche Verfügung (**RG. 65** 39).

3. BauersZ. **19** 255 (Hamburg). Formlose Beteiligung an einer GmbH. durch Besorgung eines Geschäftsanteils. Kläger hatte auf Zureden des Beklagten sich bereit erklärt, einige Anteile einer GmbH. zu nehmen. Beklagter hatte daraufhin einige Anteile auf seinen eigenen Namen erworben und dem Kläger zugesandt. Die auf § 15 gestützte Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises wegen Nichtigkeit des Vertrags wies das OLG. Hamburg ab mit folgenden Gründen: „Mag man auch (**RG. 76** 306) das Anwendungsgebiet des § 15 Abs. 4 über den Wortlaut des Gesetzes hinaus ausdehnen auf alle Fälle, in denen zwar nicht die Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils den unmittelbaren Inhalt des Geschäfts bildet, in denen es sich aber doch um einen Handelsverkehr mit Geschäftsanteilen handelt, so fällt doch der vorliegende Fall nicht in dieses Gebiet. Das Geschäft der Partei hatte Anteile einer GmbH. gar nicht zum Inhalt. Der Beklagte sollte auch gar nicht von seinem zukünftigen Geschäftsanteil einen Anteil auf den Kläger übertragen, sondern er sollte den Kläger nur in irgendeiner Form an der GmbH. beteiligen. Deshalb hat Beklagter die Anteile auf seinen Namen erworben und hat sie nach Zahlung der Summe dem Kläger übersandt, offenbar in dem Glauben, daß er damit dem Kläger die Gegenleistung gewähre, nur vorbehaltlich der noch auf Wunsch zu erfüllenden Formalität der Umschreibung der Scheine auf den Namen des Klägers. Somit hat es nur die tatsächliche Ausführung des klägerischen Auftrags durch die Übergabe nachträglich mit sich gebracht, daß der Beklagte (was er nicht bestreitet) nunmehr verpflichtet (Abs. 4) ist, von seinem Anteil einen Anteil zu übertragen; durch die Vereinbarung der Parteien war eine solche Verpflichtung nicht begründet worden." ➵ Das Urteil läßt, wie auch BauersZ. aaO. hervorhebt, sich mit dem Gesetze kaum in Einklang bringen. Red. ⇽

4. Vertrag über Lieferung von „Verfügungsrechten" über GmbH.-Anteile. a) Kormann, LeipzZ. **12** 640. Für die viel begehrten Anteile verschiedener GmbH. in Deutsch-Südwestafrika hat sich, da eine Lieferung der Anteile in natura mit Rücksicht auf die Entfernung erschwert war, folgender Brauch eingeführt: Eine deutsche Bank erteilt der deutschen Afrika-Bank Auftrag zum Erwerbe der Geschäftsanteile; die Afrika-Bank kauft für Rechnung ihrer Kommittentin an der Börse in Lüderitz die Anteile, überträgt sie ihr alsbald durch den dortigen Notar und gibt ihrer Vertreterin in Deutschland hiervon Nachricht. Die letztere trägt das Verfügungsrecht der Kommittentin über die betreffenden Stücke in eine von ihr geführte Liste ein. Dieses Verfügungsrecht bildet den Gegenstand des Handels und geht durch so und so viele Hände. Das RG. (Urt. 19. 1. 12) hat erkannt, daß diese Rechtsform nicht gegen § 15 GmbHG. verstoße. Dabei war das RG. davon ausgegangen, daß § 15 GmbHG. mit § 313 BGB. „juristisch ganz gleichartig" sei, was offenbar nicht der Fall ist. Aber selbst wenn man mit dem RG. annehmen will, daß an sich auch für den Fall des § 15 in gleicher Weise wie für § 313 BGB. der Auftrag nicht dem Formzwang unterliegt, so folgte daraus noch nicht

die Richtigkeit des kammergerichtlichen Urteils. Denn jedenfalls findet der Grundsatz der Formlosigkeit eine Grenze in dem Grundsatze, daß Rechtsgeschäfte, die abgeschlossen sind zur Umgehung zwingender Rechtsnormen, nichtig sind. Von einer solchen Umgehung des § 15 durch Geschäfte der bezeichneten Art kann allerdings wohl dann nicht die Rede sein, wenn vereinzelt der Anspruch aus der Kommission übertragen wird. Anders ist aber die Sache zu beurteilen, wenn, wie vorliegend, diese Geschäfte ganz allgemein und als Massengeschäfte abgeschlossen werden, dergestalt, daß sich ein besonderer Kurs für jene „Verfügungsrechte" ausbildet. Die ratio des § 15 ist eine wirtschaftliche, insofern sie den Börsenhandel mit GmbH.-Anteilen durch lästige Formvorschriften erschweren will, und zwar nicht bloß, um die Gesellschaft gegen einen häufigen Mitgliederwechsel zu schützen (hierfür hätte die Unterstellung der Verfügungsgeschäfte unter die Form genügt), sondern, wie sich aus der Ausdehnung auf die bloßen Verpflichtungsgeschäfte ergibt, mit dem Zwecke, die GmbH.-Anteile zu entmobilisieren. Für diese wirtschaftliche ratio legis ist es aber unerheblich, durch welche juristische Form die börsenmäßige Übertragung jener wirtschaftlichen Verfügungsgewalt erreicht wird. **b)** Im Widerspruche mit diesen Ausführungen hat **RG.** JW. **12** 1109, LeipzZ. **12** 917 unter Bestätigung des Urteils des KG. sich für die Formfreiheit der Übertragung des Verfügungsrechts ausgesprochen.

5. **a)** **RG.** LeipzZ. **12** 917. Der Angriff des Klägers geht dahin, es habe sich tatsächlich um einen Handelsverkehr in Anteilen einer GmbH. gehandelt, der nur in notarieller oder gerichtlicher Form vor sich gehen könne. Dieser Angriff erscheint nicht berechtigt. Denn der Auftrag, Anteile einer GmbH. für den Auftraggeber zu erwerben, kann formlos erteilt werden, wenn auch der Beauftragte in Vollzug des Auftrags verpflichtet ist, die für seinen Auftraggeber erworbenen Anteile diesem in gehöriger Form abzutreten. **b)** **RG.** R. **12** Nr. 3148. Dem Formzwang unterliegt nicht der Auftrag zum Ankaufe von Anteilen an einer GmbH. durch den Beauftragten für Rechnung des Auftraggebers, wenn zunächst der Beauftragte Eigentümer werden soll. Dies gilt auch beim Selbsteintritte des Beauftragten in das Geschäft.

6. **RG.** LeipzZ. **12** 760. Der vorliegende Vertrag enthält lediglich einen Antrag an den Kläger zum Abschluß eines Kaufvertrags über die Anteile mit der Bestimmung einer Frist für die Annahme des Antrags. Diese Annahme bedarf aber, um den Kaufvertrag rechtswirksam zum Abschlusse zu bringen, der gerichtlichen oder notariellen Form. Der Umstand, daß der Vertragsantrag des Beklagten bereits in einem notariellen Vertrag und kraft desselben erklärt war, vermag das Formerfordernis für die Annahmeerklärung des Klägers nicht zu beseitigen.

7. Anwendung des § 15 Abs. 4 auf bloße Erwerbsberechtigungsverträge. **a)** Das **RG. 76** 310 hat ausgesprochen, eine Vereinbarung, danach die Gesellschaft sich verpflichtet, einem Dritten einen Geschäftsanteil zu verschaffen und diesen Geschäftsanteil auf Verlangen des Dritten wieder zurückzukaufen, stehe unter dem Formzwange; denn wenn auch der Paragraph seinem Wortlaute nach die Form nur für Begründung der Abtretungspflicht eines Gesellschafters vorschreibe, so sollten nach Zweck und Sinn des Gesetzes doch alle auf die Verpflichtung zur Abnahme von Geschäftsanteilen gerichteten Verträge getroffen werden. Gegen diese von ihm bereits JW. **11** 201, 837 (vgl. JDR. **10** § 15) bekämpfte Ansicht wendet sich *Fuchs wiederholt in JW. **12** 267 mit folgenden Ausführungen: „Die neuerdings vom RG. festgehaltene Ausdehnung der Formvorschrift auf einseitige Erwerbsberechtigungsverträge widerspricht dem klaren Gesetz und seinem Zwecke, Spekulationsverträge zu erschweren; denn jene Verträge sind Garantieverträge, also das Gegenteil von Spekulation. Die Ausdehnung wäre selbst dann unrichtig, wenn überhaupt — wie nicht — Formvorschriften analog aus-

gedehnt werden dürften. Die Ausdehnung steht auch mit der sonstigen Judikatur des RG. im Widerspruche, nämlich mit der über die gleiche Frage bei § 313 BGB. (JW. **05** 126) und mit der über die Nichtausdehnung der Formvorschriften des § 761 und neuerdings des § 766 BGB. auf verwandte Verträge (JW. **11** 445). Das RG. übersieht bei jener Ausdehnung die Verschiedenheit der soziologischen und juristischen Funktion des Offertvertrags (§§ 128, 148, 152 BGB.) vom Erwerbsberechtigungsvertrag und bewegt sich dabei auf grundsätzlich falscher Methode der Rechtsfindung." Gegen Fuchs wieder BauersZ. **19** 208 (Hamburg). **b**) BauersZ. **19** 207 (Hamburg). Nach § 15 bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form nicht nur die vertragsmäßige Abtretung von Geschäftsanteilen selbst, sondern auch die Vereinbarung, durch die die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird. Schon nach diesem Wortlaute des Gesetzes setzt die Vorschrift nicht voraus, daß die Vereinbarung unmittelbar die Verpflichtung zur Abtretung begründet; vielmehr muß auch die durch die Vereinbarung begründete mittelbare Verpflichtung zur Abtretung genügen, um die Formvorschrift anwendbar zu machen. So liegt aber die Sache bei einer Vereinbarung, die unmittelbar einen Kontrahenten nur zur Abnahme von Geschäftsanteilen des anderen Kontrahenten verpflichtet; denn die daraus diesem, dem Gesellschafter, erwachsende Berechtigung auf Abnahme des fraglichen Geschäftsanteils hat, sobald er sie verwirklichen will, seine Verpflichtung zur Abtretung desselben zur notwendigen Folge. Diese Verpflichtung zur Abtretung wird also durch die zunächst nur auf Abnahme gerichtete Vereinbarung mittelbar begründet. Mit Recht hat deshalb das RG. in ständiger Praxis solche Vereinbarungen der Form des § 15 unterstellt. Von einer „objektiven Gesetzwidrigkeit der Ausdehnung der Formvorschrift" kann, da solche Vereinbarungen schon nach dem Wortlaute des § 15 darunter fallen, nicht gesprochen werden. Die darauf hinauslaufenden Ausführungen von Fuchs, JW. **11** 201, sind nicht überzeugend. Auch die Deduktion Staub-Hachenburgs § 15 Anm. 15, daß das RG. es in dem Urteile JW. **03** 11 selbst offenlasse, ob es überhaupt solche Fälle gebe, wo der bloß einseitigen Verpflichtung zur Abnahme auf seiten des Gesellschafters von Anfang an bis zum Schlusse ein völlig freies Belieben entgegenstehe, erscheint nicht zwingend. Denn unter der Voraussetzung, daß der Abtretungsberechtigte von seiner Berechtigung Gebrauch macht, begründet die Vereinbarung auch die Abtretungsverpflichtung.

IV. Pfändung und Verpfändung von Anteilscheinen vgl. § 13 Ziff. 4. (Literatur: Fackenheim, Das Pfandrecht am Geschäftsanteile.)

V. Anfechtung des Kaufes von Geschäftsanteilen. 1. Wegen arglistiger Täuschung durch unrichtige Angabe des Wertes eines eingelegten Geschäfts. **RG.** BauersZ. **20** 40, LeipzZ. **12** 666, BayRpflZ. **12** 378. Handelt es sich um die Feststellung des Wertes eines als Sacheinlage in eine GmbH. eingeworfenen Geschäfts im Verhältnisse zu den Geldeinlagen der anderen Gesellschafter, dann können bez. der Warenvorräte nicht schlechthin die Grundsätze der §§ 39, 40 HGB. über Aufstellung einer Bilanz angewendet werden; vielmehr ist hier der Tauschwert, für den die fertigen Waren an den Abnehmer verkauft werden können, der Engros-Verkaufswert der richtige Wertansatz; denn er stellt den Geldwert der Waren dar, der mit der Geldeinlage der anderen Gesellschafter verglichen werden kann. Hat der Beklagte über den Wert des Geschäfts keine bestimmten greifbaren Einzeltatsachen mitgeteilt, sondern nur ein allgemeines Werturteil abgegeben, so kann dessen subjektive Unrichtigkeit nur festgestellt werden, wenn der Wert nach denselben Grundsätzen berechnet wird, nach denen der Beklagte gerechnet hat. Sind diese Grundsätze falsch oder für den Zweck der gerade in Rede stehenden Bewertung unanwendbar, so folgt daraus zunächst nur eine objektiv un-

richtige und vielleicht fahrlässig falsche Wertangabe. Eine falsche Angabe wider besseres Wissen ergibt sich nur dann, wenn der Beklagte sich der Unrichtigkeit seiner Berechnungsweise bewußt war. Anders wäre es nur, wenn er eine bestimmte Wertberechnungsweise seiner Äußerung überhaupt nicht zugrunde gelegt, sondern das Werturteil abgegeben hätte ohne Kenntnis der wertbildenden Faktoren und ohne sich um deren Richtigkeit kümmern zu wollen, mit dem Bewußtsein der Unsicherheit seiner Kenntnis und seines Urteils.

2. Berechnung des dem arglistig Getäuschten zu ersetzenden Schadens. Schadensersatz in Geld. **RG.** BauersZ. **20** 40, BayRpflZ. **12** 379. Zu ersetzen ist nicht das Erfüllungs-, sondern das negative Vertragsinteresse. Dabei ist nicht davon auszugehen, wieviel der Getäuschte bei Kenntnis des wahren Sachverhalts am Erwerbspreise weniger bewilligt hätte (so früher **RG. 66** 335, **62** 384, **63** 110). Vielmehr besteht der Schadensersatz nur in der Herstellung des früheren Vermögenszustandes im ganzen unter Ausgleichung aller beiderseitigen Vorteile und Nachteile, die infolge der Vertragsausführung die beiderseitigen Vermögen der Vertragsbeteiligten erfahren haben. Daneben ist eine besondere relative Berechnungsweise des Schadens auf der Grundlage einer billigeren Vertragsleistung des Getäuschten an Stelle der allgemeinen Gegenüberstellung des Vermögens vor und nach der unerlaubten Handlung zulässig und möglich, aber nur dann, wenn der Getäuschte nachweist, daß der Vertrag auch mit dieser geringeren Vertragsleistung seinerseits zustande gekommen wäre. Ein Schadensersatz in Geld kann in Fällen dieser Art dem Getäuschten, der bei dem Vertrage stehen bleibt, nur zugesprochen werden, wenn eine Herstellung des Zustandes vor dem Vertragsschlusse nicht zu gewähren ist. Die Liquidation der GmbH. schließt nach § 69 die Veräußerung der Geschäftsanteile in den Formen des § 15 nicht aus, also auch nicht die Rückübertragung des Geschäftsanteils gegen Rückleistung des gezahlten Betrags unter weiterer Ausgleichung des Gewinns aus dem Geschäftsanteil und der Nutzungen des gezahlten Kaufpreises.

3. BauersZ. **19** 87 (Hamburg). Nach Eintrag in das Handelsregister ist eine Anfechtung der Übernahme eines Geschäftsanteils wegen Irrtums oder Betrugs ausgeschlossen.

§ 16. 1. Haftung des Erwerbers von Geschäftsanteilen für rückständige Einlagen. **RG.** JW. **12** 598, R. **12** Nr. 2726. Es ist zu unterscheiden zwischen der Stammeinlagenverpflichtung der Gesellschaftsgründer und der Haftung des späteren Erwerbers eines Stammanteils für die darauf rückständigen Leistungen. Jene Verpflichtung wird begründet durch eine abstrakte Beteiligungserklärung, deren ausschließliche Maßgeblichkeit und objektive Endgültigkeit als einer zur öffentlichen Kenntnis bestimmten Kundgebung durch das öffentliche Interesse geboten wird. Diese Haftung aber tritt zu der des Gründers hinzu, weil der ursprüngliche Gesellschafter sich durch eine Veräußerung seines Geschäftsanteils von seiner Einlagepflicht nicht befreien kann. Die Befreiung des späteren Erwerbers von seiner Haftung erschüttert also nicht die ursprüngliche Grundlage der Gesellschaft. Schon **RG.** DJZ. **97** 385 hat aus dieser Verschiedenheit gefolgert: „es erscheint nicht gerechtfertigt, dem Erwerber eines Geschäftsanteils gegenüber der Einzahlungsklage Einreden zu versagen, die nicht durch das Gesetz § 19 ausdrücklich ausgeschlossen sind, insbesondere also auch Einreden, die aus dem Rechtsgeschäfte hergeleitet sind, das dem Erwerbe zugrunde lag". Ebenso **RG. 68** 310, **76** 312. In diesen Urteilen hatte es sich um Anfechtung des Erwerbs eines Geschäftsanteils wegen Irrtums und Täuschung gehandelt. Wenn aber für Willensmängel auf das kausale Rechtsgeschäft zurückgegangen werden darf und muß, so ergibt sich folgerichtig das Zurückgreifen auf die Totalität des Kausalgeschäfts als zulässig und notwendig; es kommt dann auf die Rechtsgültigkeit und

den gesamten Inhalt des Kausalgeschäfts an. Erfolgte wie hier die Abtretung an den als Ingenieur bei der GmbH. angestellten Beklagten nur zu dessen Sicherung für seinen bei Beendigung des Dienstverhältnisses etwa noch nicht bezahlten Gehaltsrest, so war die Abtretung nur eine suspensiv bedingte, und Beklagter konnte dieses bedingte Recht jederzeit aufgeben, solange er noch nicht Gesellschafter war, sondern nur kraft der suspensiv bedingten Abtretung die Anwartschaft hierauf hatte. Mit dieser Aufgabe entfällt dann auch die Haftung (vgl. § 19).

2. **RG.** JW. **12** 598, R. **12** Nr. 2729. Wird dem Angestellten einer GmbH. als Sicherheit für seine Gehaltsansprüche von einem Gesellschafter ein Geschäftsanteil unter der Suspensivbedingung übertragen, daß er bei Beendigung des Dienstverhältnisses noch Anspruch gegen die GmbH. habe, so ist der Angestellte, solange die Bedingung nicht eingetreten ist, noch nicht Gesellschafter, er hat nur die Anwartschaft, es zu werden. Auf diese Anwartschaft kann er jederzeit verzichten. Ein solcher Verzicht ist keine Rechtshandlung im Sinne des § 19. Auch besteht in solchen Fällen keine Haftung des Angestellten nach § 16 Abs. 3.

§ 19. Vergleich über die Stammeinlage. **RG.** JW. **12** 760, R. **12** Nr. 1847. Der Beklagte hatte als Mitgründer sein Handelsgeschäft eingebracht und für den Eingang der auf 20 000 M. angegebenen Außenstände die Garantie übernommen. Durch notariell zum Handelsregister eingereichten Vertrag wurde ihm gegen Zahlung von 3000 M. die Garantie erlassen. Das RG. führt aus: „Bei der wirtschaftlichen Bedeutung der Garantiepflicht kommt deren Aufhebung allerdings einer teilweisen Aufgabe der Stammeinlage gleich, und es ist richtig, daß ein Erlaß der Stammeinlage ohne Herabsetzung des Stammkapitals auch in der Form des Vergleichs unzulässig ist, sofern nicht der Sache, sondern nur der Form nach ein Vergleich vorliegt. Dagegen ist ein ernsthafter Vergleich über die Stammeinlage nicht lediglich deshalb unwirksam, weil er zu einer Ermäßigung der Einlageforderung ohne Herabsetzung des Stammkapitals führt. Das ergibt schon die Fassung des Gesetzes; denn während im § 9 Abs. 2 hinsichtlich der Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Anmeldenden wegen unrichtiger Angaben über die auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen neben dem Verzicht auch der Vergleich für unwirksam erklärt wird, schließt § 19 einen Vergleich nicht ausdrücklich aus. Ein solcher Ausschluß ist aber auch nach dem Zwecke des Gesetzes keineswegs selbstverständlich. Erscheint die Einziehbarkeit der Einlageforderung ungewiß, so muß die Gesellschaft in der Lage sein, auch ohne Herabsetzung des Stammkapitals einen ihr drohenden Verlust dadurch abzuwenden, daß sie vergleichsweise einen Nachlaß bewilligt."

§ 20. Verzugszinsen aus Einlagerückständen. **RG.** LeipzZ. **12** 918. Die Klägerin verlangt Zinsen aus der vom Beklagten zu machenden Einlage seit dem Tage des Abschlusses des nichts über eine Verzinsung bestimmenden Gesellschaftsvertrags. Das LG. hat Zinsen zugesprochen nur seit dem Tage, an dem der eingeklagte Betrag von dem Beklagten eingefordert worden ist. Der Standpunkt der Klägerin ist nicht gerechtfertigt. Das Gesetz macht die Pflicht zur Verzinsung nicht von der Zahlungspflicht allein, sondern von der fruchtlosen Einforderung abhängig. Fruchtlos eingefordert hat aber die Gesellschaft bei ihrer Gründung die Einlage von dem Beklagten nicht.

§ 24. R. **12** Nr. 3149 (KG.). Wer sich an einer Erhöhung des Stammkapitals durch Übernahme von Stammeinlagen beteiligt, haftet nicht für Fehlbeträge, die sich bei früheren Stammeinlagen ergeben (vgl. § 55 Ziff. 3).

§ 29. OLG. **24** 153, R. **12** Nr. 2400 (KG.). Mündliche Abreden der Gesellschafter untereinander über Gewinnverteilung sind gültig.

§§ 30, 31. Verbot der Stammkapitalsauszahlung. 1. Aufrechnung der GmbH. gegen den Geschäftsanteil eines Gesellschafters. BauersZ. **19** 255. Hat die GmbH. eine Forderung gegen einen

in Vermögensverfall geratenen Gesellschafter, so kann sie sich nicht etwa dadurch decken, daß sie mit ihrem Guthaben gegen den Geschäftsanteil des Schuldners aufrechnet. Das verstieße gegen § 30 und wäre nur möglich, wenn nach Einhaltung aller Förmlichkeiten eine teilweise Rückzahlung des Stammkapitals im Wege der Herabsetzung erfolgt.

2. **RG.** R. **12** Nr. 3492. Das Empfangene ist auch dann nach § 31 zu erstatten, wenn der bisherige Gesellschafter seinen Anteil an einen anderen Gesellschafter veräußert und zur Ermöglichung oder doch aus Anlaß eines dahin gehenden Rechtsgeschäfts die Gesellschaft Vermögenswerte, wenn auch für Rechnung des Erwerbers an den veräußernden Gesellschafter hingibt.

3. R. **12** Nr. 3150 (KG.). Ist der Vorschrift des § 30 zuwider eine Zahlung an einen Gesellschafter aus dem Stammkapitale geleistet worden, so haften für die Erstattung nach § 31 Abs. 3 nicht die, die erst nach der Auszahlung durch Übernahme neugebildeter Stammeinlagen Gesellschafter geworden sind.

4. **RG.** R. **12** Nr. 3493. Der Empfänger einer den Vorschriften des § 30 zuwider geleisteten Zahlung haftet unbedingt ohne Rücksicht auf eine Bereicherung oder darauf, ob er noch bereichert ist. Der Anspruch ist ein gesellschaftlicher; er beruht, wenn er auch durch das Gesetz im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft gegeben ist, in dem Gesellschaftsverhältnis und also auf dem Gesellschaftsvertrage.

5. **RG.** R. **12** Nr. 3494. Unter böslicher Handlungsweise im Sinne des § 31 Abs. 5 ist neben dem Dolus nicht allgemein eine selbst grobe Fahrlässigkeit, sondern nur derjenige Frevelmut, Leichtsinn und Mutwille zu begreifen, der sich der rechtswidrigen Folgen seines Verhaltens bewußt ist, und zwar die (demnächst eingetretene) Beschädigung nicht beabsichtigt, sich aber bei seinem Handeln der damit verbundenen Gefahr bewußt ist und dennoch das Handeln nicht ändert.

§ 34. Amortisation ohne Entgelt. HoldheimsMSchr. **12** 268, R. **12** Nr. 2994 (KG.). Wenn eine im Gesellschaftsvertrage vorgesehene Amortisation von Geschäftsanteilen ohne bares Entgelt erfolgt, so hat das eine Herabsetzung des Stammkapitals nicht zur Folge. § 34 behandelt nur die Einziehung, durch die das Stammkapital nicht berührt wird. Eine entgeltlose Amortisation braucht deshalb nicht nach den zum Schutze der Gläubiger gegebenen Formvorschriften des § 58 zu erfolgen. In solchem Falle bedarf es auch einer Eintragung solcher Einziehung zum Handelsregister nicht. (S. a. § 58 Ziff. 1.)

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35. 1. Bestellung des Geschäftsführers. **a)** Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 21 erörtert die Frage, welche Rechtsbehelfe dem Registerrichter zu Gebote stehen, wenn bei einer vorstandslosen GmbH. der Weg des § 29 BGB. versagt, weil zur Übernahme des Amtes bereite Dritte nicht zu finden sind. Er hält eine analoge Anwendung des im Art. 4 PrAGHGB. für Aktiengesellschaften vorgeschriebenen Verfahrens für zulässig. **b)** HoldheimsMSchr. **12** 269, R. **12** Nr. 3023 (KG.). Eine Ersatzbestellung seitens des Gerichts nach § 29 BGB. ist unzulässig, wenn nach dem GmbHG. eine Sondervorschrift für Ersatzbestellung statt des funktionierenden Geschäftsführers gegeben ist. Also wenn es sich darum handelt, der GmbH. eine gesetzliche Vertretung für einen Prozeß gegen den Geschäftsführer zu geben: Hier greift § 46 Ziff. 8 Platz. Erst bei dessen Versagen ist § 29 BGB. anwendbar. Dem Geschäftsführer und Gesellschafter steht ein Beschwerderecht zu, wenn gemäß § 29 BGB. an seiner Statt gerichtsseitig Ersatzbestellung erfolgt ist in einem Falle, wo diese gesetzlich nicht begründet war.

2. Vertretungsmacht der Geschäftsführer. a) RJA. **11** 213, ZBlFG. **12** 248, **13** 96, RheinNotZ. **56** 189, DNotV. **12** 744, R. **12** Nr. 1707 (KG.). Zulässig ist eine Bestimmung, wonach von den zwei Geschäftsführern der eine nur in Gemeinschaft mit dem anderen, der andere aber auch allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein soll. b) KGJ. **42** A 170, BauersZ. **19** 60. Dagegen ist eine Bestimmung, daß in gewissen Angelegenheiten (z. B. Grundbuchverkehr) der eine von zwei Gesamtvertretern Einzelvertretungsmacht haben, das Gesamtvertretungsverhältnis also nur für die übrigen Rechtsakte Bedeutung haben solle, unzulässig. Denn nach § 37 Abs. 2 ist eine Beschränkung der Befugnis der Gesamtvertreter, die Gesellschaft zu vertreter, unstatthaft. Es kann deshalb nicht bestimmt werden, daß die Gesamtvertretung sich nur auf gewisse Geschäfte erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden solle. Dieser Grundsatz gilt sowohl in dem Falle, wenn zwei Geschäftsführer zu Gesamtvertretern bestellt sind, wie auch dann, wenn ein Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen zur Vertretung berufen ist; die §§ 125 Abs. 3, 232 Abs. 2 HGB. sind entsprechend anzuwenden. Es können nun allerdings die mehreren Gesamtvertreter einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte ermächtigen. Es handelt dann aber der in dieser Weise ermächtigte Gesamtvertreter nicht als solcher, sondern als Handlungsbevollmächtigter. **RG. 24** 27 hat es allerdings für zulässig erklärt, in einem Gesellschaftsvertrag, in dem im allgemeinen eine Gesamtvertretung festgesetzt ist, anzuordnen, daß bestimmte Rechtsgeschäfte mit bestimmten Personen auch von den einzelnen Vertreter allein vorgenommen werden können; doch betrifft die Entscheidung eine Kommanditgesellschaft. c) **RG.** BauersZ. **19** 82. Ein Geschäftsführer, der ermächtigt ist, mit sich selbst zu kontrahieren, hat hierbei die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns im Interesse der GmbH. zu betätigen und die Grundsätze von Treu und Glauben zu beachten. Ausgeschlossen ist es, daß er auf Grund der Ermächtigung zum Selbstkontrahieren den mit ihm geschlossenen Dienstvertrag ändert, sich selbst Entlastung erteilt, auf Entschädigungsansprüche der Gesellschaft aus seiner Geschäftsführung ihm gegenüber verzichtet. d) **RG.** BauersZ. **19** 130. Trotz der Anordnung im Gesellschaftsvertrage, daß die GmbH. durch zwei Prokuristen vertreten werden kann, ist die Erteilung einer Prokura mit der Einschränkung, daß ein Prokurist nur zusammen mit einem Geschäftsführer zeichnen darf, rechtswirksam. e) OLG. **24** 157, BauersZ. **19** 184, R. **12** Nr. 2401 (Rostock). Den Offenbarungseid darf der abberufene, aber noch eingetragene Geschäftsführer nicht mehr leisten. f) BauersZ. **20** 12. Pflicht der kollektiv zeichnenden und der stellvertretenden Geschäftsführer zur Leistung des Offenbarungseids. Einwand des Geschäftsführers, daß er nur zusammen mit einem anderen Geschäftsführer die GmbH. vertreten dürfe. g) Prozeßvertretung. OLG. **24** 153, BauersZ. **19** 159, SeuffBl. **12** 79 (München). Die Gesellschaft wird durch den oder die Geschäftsführer gesetzlich vertreten. Die Gesellschafter können, auch wenn sie vollzählig und einstimmig vor Gericht handeln, die GmbH. gerichtlich nicht vertreten. Eine Beschränkung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers vor Gericht ist nach außen wirkungslos. Die Aufstellung eines Spezialbevollmächtigten lediglich zur Rechtsmitteleinlegung, die der Geschäftsführer ablehnt, ist also unstatthaft, die Kosten des unzulässigen Rechtsmittels treffen den Spezialbevollmächtigten.

3. Übertragung der Vertretungsmacht. a) **RG.** BauersZ. **19** 242. Eine Übertragung der gesamten Vertretungsmacht seitens des zur Kollektivvertretung berechtigten Geschäftsführers an den anderen Kollektivvertreter ist unzulässig (vgl. § 125 HGB.). b) Vgl. BauersZ. **19** 60 (KG.) oben Ziff. 2 b. c) BauersZ. **19** 107. Bei geistiger Erkrankung des Geschäftsführers

gehen dessen Befugnisse nicht auf den Vormund über, sondern, wenn eine Entfernung des Geisteskranken von seinen Posten nicht möglich ist, ruhen dessen Vertretungsbefugnisse. Das Gehalt des Erkrankten ist beim Mangel anderer Bestimmungen des Anstellungsvertrags weiter zu zahlen. (S. a. § 38 Ziff. 2 c.)

4. Vergütung der Geschäftsführer. **a)** Hinsberg, HoldheimsMSchr. **12** 139. Steuerrechtliche Behandlung; gehört die Vergütung zu den abzugsfähigen Betriebskosten? vgl. Anhang. **b)** BauersZ. **20** 14, (LG. Frankfurt a. M.): Kein Vorrecht des Geschäftsführers oder des Liquidators im Konkurse der GmbH. wegen rückständiger Bezüge. **c)** BauersZ. **19** 82 (Colmar) = JDR. **10** § 35 Ziff. 4 c. **d)** BauersZ. **20** 35. Wenn dem Geschäftsführer einer GmbH., die eine Zweigniederlassung besitzt, eine Tantieme vom Reinertrag zugesichert worden ist, so gilt, sofern der Vertrag nicht etwas anderes bestimmt, in bezug auf die Berechnung der Tantieme der Grundsatz, daß der Reingewinn sowohl der Hauptniederlassung als der Zweigniederlassung ohne vorherige Kürzung tantiemenpflichtig ist. Es darf das Reinerträgnis der Zweigniederlassung nicht etwa um den Betrag der an den Filialvorsteher gewährten Tantiemen gekürzt werden.

§ 37. 1. Gesamtvertreter s. oben § 35 Ziff. 2.

2. BauersZ. **19** 204. Die GmbH. muß Vertretungshandlungen ihres eingetragenen Geschäftsführers, obwohl dessen Wahlzeit abgelaufen war, gegen sich gelten lassen.

§ 38. 1. Entlassung der Geschäftsführer. **a)** BauersZ. **19** 253. Entlassung nach Ermessen des Aufsichtsrats. Eine Vertragsbedingung, daß die Entlassung des Geschäftsführers nach dem Ermessen des Aufsichtsrats jederzeit aus einem wichtigen Grunde erfolgen kann, ist gültig. Der Geschäftsführer ist nicht etwa der freien Willkür des Aufsichtsrats überliefert, sondern es hängt von der billigen und gerechten Entschließung des Aufsichtsrats ab, ob ein hinreichender Grund zur Entlassung des Geschäftsführers gegeben ist. Darin, daß der letztere es dem Ermessen des Aufsichtsrats anheimstellte, ob ein Vorkommnis zu seiner vorzeitigen Kündigung führt oder nicht, ist nichts Sittenwidriges zu erblicken. **b)** BauersZ. **20** 11. Respektlose Behandlung eines Aufsichtsratsmitglieds kann Entlassungsgrund sein. **c)** **RG.** LeipzZ. **12** 309. Der Geschäftsführer ist nicht Handlungsgehilfe, sondern gesetzlicher Vertreter; §§ 70 ff. HGB. finden also keine Anwendung. Nach § 38 Abs. 1 ist die Bestellung jederzeit widerruflich. Aber für die Entschädigungsansprüche des Entlassenen ist es von Belang, ob der Entlassene die Entlassung selbst verursacht oder ob er der GmbH. einen wichtigen Grund zur Entlassung gab (§ 626 BGB.). **d)** OLG. **24** 154 (KG.). Eine Entziehung der Geschäftsführung durch einstweilige Verfügung auf Antrag einzelner Gesellschafter ist unzulässig, und zwar auch dann, wenn die Anordnung im Wege der einstweiligen Verfügung zur Abwendung einer Gefahr geschehen soll, die in zu befürchtenden Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsführers liegt. Soweit die Abwendung solcher Gefahr durch sofortige Abberufung des Geschäftsführers oder durch Untersagung seiner Geschäftsführung erreicht werden soll, kann dies nur von der Gesamtheit der Gesellschafter ausgehen. **e)** Streit zwischen den Gesellschaftern über Beibehaltung des Geschäftsführers. OLG. **24** 155, BauersZ. **19** 227 (KG.). Wenn nach der Satzung Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer durch den Aufsichtsrat zu erfolgen hat, darf das Registergericht auf Grund eines Beschlusses der Mitgliederversammlung die Absetzung des bisherigen Geschäftsführers und die Bestellung von zwei anderen Geschäftsführern überhaupt nicht in das Register eintragen. Ist aber die Eintragung gleichwohl erfolgt, dann können die Gesellschafter, die für die Beibehaltung des bisherigen Geschäfts-

führers waren, nicht etwa gegen die Gesellschaft, vertreten durch den bisherigen Geschäftsführer, und gegen die für die Absetzung des bisherigen Geschäftsführers stimmenden Gesellschafter eine einstweilige Verfügung dahin erwirken, daß der bisherige Geschäftsführer, bis zur Entscheidung über die Wirksamkeit des Beschlusses der Mitgliederversammlung die Geschäfte fortzuführen hat; denn für eine solche Verfügung fehlt es den für Absetzung des bisherigen Geschäftsführers stimmenden Gesellschaftern an der Passivlegitimation, und gegen die GmbH., vertreten durch den bisherigen Geschäftsführer, kann die einstweilige Verfügung nicht gerichtet werden, weil der bisherige Geschäftsführer mit den Klägern darüber einig ist, daß er nach wie vor alleiniger Geschäftsführer sei, weil also insoweit zwischen dem Kläger und der GmbH., vertreten durch den bisherigen Geschäftsführer, kein Streit besteht. Vielmehr hätte die einstweilige Verfügung gegen die GmbH., vertreten durch die beiden neuen gewählten Geschäftsführer, gerichtet werden müssen. **f)** BauersZ. **19** 183. Angabe des Entlassungsgrundes im Zeugnis. Es ist zwar zulässig, daß auch solche für die Führung und Leistung des Geschäftsführers erhebliche Tatsachen, die zu seiner Entlassung geführt haben, unter Hervorhebung dieses Umstandes im Zeugnis erwähnt werden. Es geht aber nicht an, von einem Geschäftsführer, der trotz wiederholter Verwarnung Vorschüsse auf sein Gehalt aus der Kasse entnahm, zu sagen, er sei wegen Untreue entlassen worden. Der Entlassungsgrund darf auch nicht derartig in den Vordergrund gerückt werden, daß das Zeugnis direkt auf den Anlaß des Ausscheidens gestellt erscheint. Die Erwähnung des Entlassungsgrundes darf nur insoweit geschehen, als dies für die Beurteilung der Führung und der Leistungen des Entlassenen von Bedeutung ist. **g)** BauersZ. **19** 183. Der Geschäftsführer muß die an einem Sonntag erfolgte Kündigung seines Dienstverhältnisses annehmen. **h)** BauersZ. **19** 272. Stillschweigen des Geschäftsführers nach Empfang einer offensichtlich ungesetzlichen Kündigung sowie seine Bemühungen um eine anderweite Stellung schließen seinen Schadensersatzanspruch nicht aus. **i)** BauersZ. **19** 107 (KG.). Eine Beschwerde zum Zwecke der handelsgerichtlichen Löschung der Eintragung eines Geschäftsführers ist nicht möglich. **k)** BauersZ. **19** 155. Die Mitteilung der Gehälter der Angestellten einer GmbH. an ein Konkurrenzunternehmen ist jedenfalls dann kein Grund zur sofortigen Entlassung, wenn sie mit Rücksicht auf eine geplante Fusion beider Unternehmen erfolgte. **l)** BauersZ. **19** 205 (KG.). Der Registerrichter hat das rechtskräftige Urteil, das die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers ausspricht, auf Anmeldung einzutragen. Durch die Rechtskraft des Urteils wird die Erörterung ausgeschlossen, ob die GmbH. in dem Rechtsstreit, in dem ihre Verpflichtung zur Anmeldung, daß der Kläger nicht mehr Geschäftsführer sei, ausgesprochen wurde, ordnungsmäßig vertreten war. **m)** BauersZ. **20** 34. Ein Geschäftsführer, der vor seiner Wahl eine krankhafte Anlage verschwiegen hat, kann sofort entlassen werden.

2. Sonstige Rechtsverhältnisse der Geschäftsführer. **a)** **RG.** BauersZ. **19** 254. Ein Geschäftsführer hatte als Bedingung seiner Anstellung vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats Geschäftsanteile übernehmen müssen, die infolge Vermögensfalls der GmbH. wertlos waren. Er klagte gegen den Aufsichtsratsvorstand, der 80 pCt. Anteil besitze und deshalb in Wirklichkeit mit der GmbH. identisch sei, wegen ungerechtfertigter Bereicherung, eventuell wegen unerlaubter Handlung. Der letztere Klagegrund wurde wegen Beweisfälligkeit des Klägers zurückgewiesen. Was die ungerechtfertigte Bereicherung anlangt, so ist Kläger den Vertrag mit der GmbH. eingegangen, zu dem Beklagten ist Kläger weder durch den Anstellungsvertrag noch durch die Zahlung der Geschäftsanteile in ein Vertragsverhältnis getreten. Beklagter war nur Zahlstelle der Gesellschaft; er ist

also nicht passiv legitimiert. **b)** BauersZ. **19** 59. Ein Konkurrenzverbot, das der Geschäftsführer bei Abschluß des Dienstvertrags eingegangen ist, bleibt bestehen, wenn der Geschäftsführer nach bewirkter Kündigung sich doch wieder zum Verbleiben in seiner Stellung entschließt. **c)** BauersZ. **19** 107. Bei Konkurs über das Vermögen des Geschäftsführers gehen dessen Vertretungsbefugnisse nicht auf den Konkursverwalter über (vgl. auch oben § 35 Ziff. 3c). **d)** BauersZ. **20** 25. Die Geschäftsführer einer GmbH. mit einem Jahreseinkommen bis zu 5000 M. unterliegen, sofern sie nicht etwa ihre Tätigkeit nur im Nebenberuf ausüben, der Angestelltenversicherung.

3. Haftung der GmbH. für Schadenszufügungen durch ihre Angestellten nach § 831 BGB. BauersZ. **19** 186. Wenn der Umfang eines großen Betriebs den Geschäftsführern als gesetzlichen Vertretern die Auswahltätigkeit hinsichtlich der niederen Angestellten unmöglich macht und diese einem Beamten übertragen werden muß, dann hat sich insoweit der Entlastungsbeweis aus § 831 auf diese letztere Person zu richten. Dies allein genügt indes noch nicht; der Angestellte muß vielmehr zur Zeit der Verrichtung, bei deren Ausführung ein Dritter zu Schaden gekommen ist, die Befähigung zur ordnungsmäßigen Ausführung der Verrichtung besessen haben, und die Gesellschaft muß nachweisen, daß sie die ihr obliegende Sorgfalt in der Auswahl der Angestellten zu dieser Zeit ausgeübt habe. Dieser Beweis kann sich in zwei Richtungen spalten. Handelt es sich um die praktische Aufsichtstätigkeit im besonderen auf den Grundlagen der von den Geschäftsführern getroffenen allgemeinen Aufsichtseinrichtungen, so kann diese bei großen Betrieben oder sonstiger Verhinderung der Geschäftsführer wie auch die Auswahl des anzustellenden Personals einem höheren Angestellten übertragen werden. Die allgemeinen Aufsichtsanordnungen dagegen treffen die Geschäftsführer. Hierbei muß im Klagefalle jeder Geschäftsführer den Sorgfaltsbeweis für seine eigene Tätigkeit führen und kann sich nicht mit dem Nachweise der Sorgfalt des Aufsichtsbeamten decken.

§ 39. OLG. **24** 154, BauersZ. **19** 184, R. **12** Nr. 2402 (KG.). Entziehung der Geschäftsführung durch einstweilige Verfügung auf Antrag einzelner Gesellschafter ist unzulässig. Vgl. § 38 Ziff. 1 e.

§ 46. Einzelne Zuständigkeiten der Gesellschaftsversammlung. 1. Ziff. 1. Bilanzgenehmigung. BauersZ. **19** 275. Der Ausdruck Bilanz im § 46 Ziff. 1 umfaßt auch die Gewinn- und Verlustrechnung; sonst hätte § 41 Abs. 2 keinen Zweck. Es hat deshalb jeder einzelne Gesellschafter das Recht, den Beschluß über die Bilanzgenehmigung anzufechten, wenn der Generalversammlung keine Gewinn- und Verlustrechnung vorgelegt wurde. Stand auf der Tagesordnung nur der Antrag auf Gutheißung der Bilanz und wurde wohl diese, nicht aber auch die gleichzeitig mit vorgelegte Gewinn- und Verlustrechnung ausdrücklich anerkannt, so wird sich dennoch der Genehmigungsbeschluß auch auf die nicht beanstandete Gewinn- und Verlustrechnung erstrecken, da die Begriffe Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung hier zusammenfallen und nach der Absicht der Geschäftsführer auch die letztere der Versammlung unterbreitet und nach der Absicht der Versammlungsteilnehmer auch genehmigt werden sollte. AM. ZAkt. Wes. **18** 114 (Düsseldorf), das die Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses wegen fehlender Gewinn- und Verlustrechnung für unzulässig erklärt.

2. Ziff. 2. Pfändung von Einlagerückständen s. § 13 Ziff. 4. Vgl. JDR. **10** § 46 Ziff. 1.

3. Ziff. 8. Vgl. § 35.

§ 47. Stimmrecht. 1. Entziehung des Stimmrechts und des Rechtes zur Teilnahme an der Generalversammlung. BauersZ. **19** 276 (Hamburg). Nach dem GmbHG. ist, entgegen dem HGB. und dem

GenG., die jedem Aktionär bzw. Genossen ein mit der Aktie bzw. mit der Person verbundenes Stimmrecht unentziehbar gewähren, für zulässig zu erachten, daß der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. Besitz eines Geschäftsanteils unter einer bestimmten Höhe) das Stimmrecht nimmt. Der Regelung durch die Gesellschaftversammlung ist nach dieser Richtung keine Schranke gezogen; es erscheint daher auch zulässig, das Stimmrecht von einer gewissen Dauer der Mitgliedschaft, vom Glaubensbekenntnis abhängig zu machen. Ebenso kann bloß die Teilnahme an der Generalversammlung durch Gesellschafterbeschluß für unzulässig erklärt werden. In diesem Falle sind die von der Teilnahme an der Generalversammlung persönlich ausgeschlossenen Gesellschafter in ihrem Rechte zur Abgabe ihrer Stimmen nach eigenem Ermessen durch Bevollmächtigte nicht beschränkt.

2. Pflicht der Gesellschafter, ihr Stimmrecht im Interesse der GmbH. zu gebrauchen. BauersZ. **19** 228. Das Gesetz stellt eine solche Pflicht nicht auf. § 47 Abs. 4 regelt erschöpfend die Fälle, in denen ein an der Beschlußfassung interessierter Gesellschafter kein Stimmrecht haben soll. Andere Fälle der Stimmenthaltung gibt es nicht; vielmehr hat der Gesetzgeber das Interesse der Gesamtheit ausschließlich durch die Anordnung im § 47 Abs. 4 gewahrt. Jeder Gesellschafter kann sonst beliebig zu seinem Vorteile das Stimmrecht gebrauchen. So darf jeder Gesellschafter bei der Wahl in die Geschäftsführung und in den Aufsichtsrat sowie bei Erhöhung seines Gehalts als Geschäftsführer für sich und zu seinen Gunsten stimmen, ebenso wenn er aus einem der genannten Organe herausgewählt werden soll. Er kann nicht gehindert werden, gegen die Einzahlung der rückständigen Einlage zu stimmen, obwohl die GmbH. die Barmittel nötig braucht. Ja, es läßt sich sogar nicht hindern, daß der einzelne Gesellschafter sein Stimmrecht zur vollständigen Zerstörung der Gesellschaft gebraucht, z. B. die Auflösung trotz günstiger Rentabilität herbeiführt, um sich vielleicht eine Konkurrenz vom Halse zu schaffen. Ebenso BauersZ. **19** 51.

§ 49. Berufung der Gesellschafterversammlung. 1. OLG. **24** 158, BauersZ. **19** 158, R. **12** Nr. 2403 (KG.). Prokuristen können die Versammlung nicht einberufen.

2. Folgen der Nichtladung eines Gesellschafters. BauersZ. **19** 276. Wurde nur ein Teil der Mitglieder geladen und waren die Ungeladenen weder erschienen noch vertreten, so haben die in der Versammlung gefaßten Beschlüsse keine Geltung. Das gilt auch dann, wenn nur ein einziger Gesellschafter nicht geladen wurde und wenn dieser ebenfalls den gefaßten Beschlüssen zugestimmt hätte oder wenn überhaupt dessen Stimme ohne Einfluß auf das Beschlußfassungsergebnis gewesen wäre.

3. Berufung der Gesellschafterversammlung bei Verlust des halben Stammkapitals. BauersZ. **19** 113. Keine Anwendung des § 49 Abs. 3 in der Liquidation. Vgl. § 71 Ziff. 1.

§ 50. Abs. 3. OLG. **24** 158, R. **12** Nr. 2404 (KG.). Tatsachen, die ohnehin bekannt sind, brauchen nicht mitgeteilt zu werden.

§ 51. 1. Einberufung der Generalversammlung durch einfache statt eingeschriebene Briefe. BauersZ. **19** 229. Nach § 51 Abs. 1 hat zwar die Berufung der Versammlung durch Einladung mittels eingeschriebener Briefe zu erfolgen. Allein die Nichtbeachtung dieser Form würde die Unwirksamkeit der Einberufung nur dann zur Folge haben, wenn die Mitteilung nicht rechtzeitig zur Kenntnis der Empfänger gelangt wäre.

2. BauersZ. **19** 229. Das Verlangen der Zustellung der Einladung an den Vertreter statt an den Gesellschafter selbst,

ist für die GmbH., soweit private Vollmachtserteilung und nicht etwa gesetzliche Vertreter in Frage kommen, nicht verpflichtend.

3. BayerGZ. **19** 206. Beschlußfassung, Abänderungsanträge, Anfechtung. Kein Antrag braucht in der auf der Tagesordnung stehenden Form angenommen zu werden, vielmehr gehört es zum Rechte der Versammlung, den Anträgen auch inhaltlich eine andere (engere oder weitere) Fassung zu geben, sofern sich nur die Änderung auch mit dem Zwecke des angekündigten Beratungsgegenstandes deckt. Die Frage, ob ein Gesellschafter einen Beschluß der Versammlung deshalb anfechten kann, weil der Vorsitzende einen vom Gesellschafter gestellten Abänderungsvorschlag nicht zur Abstimmung bringt, ist zu verneinen. In der Regel wird der Vorsitzende zwar bei Vorliegen verschiedener Anträge über den weitestgehenden zuerst abstimmen lassen. Tut er dies aber nicht und es kommt ein Beschluß in engerer Fassung des Antrags zustande, so liegt hierin der erklärte Wille der Versammlung, daß man sich den gestellten Abänderungsantrag nicht aneignen will. Amendements, die von Anfang an keine Aussicht auf Annahme haben, braucht der Vorsitzende überhaupt nicht zu berücksichtigen.

§ 52. Aufsichtsrat. 1. KGJ. **41** 142, RJA. **11** 270, ZBlFG. **13** 243, DNotV. **12** 744, BayerGZ. **19** 206, R. **12** Nr. 2399, 2728. Das Registergericht kann die Vorlegung der Urkunde über die Bestellung des ersten Aufsichtsrats verlangen, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Für die Aktiengesellschaft ist im § 199 Abs. 1 Ziff. 4 vorgeschrieben, daß Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats zu veröffentlichen sind, und deshalb schreibt auch § 195 Ziff. 4 die Vorlage der Urkunde über Bestellung des Aufsichtsrats vor. Für die GmbH. fehlt es an einer gleichen ausdrücklichen Vorschrift. Wenn aber das Gesetz verlangt, daß die Bekanntmachung jeder Änderung an den Personen der Aufsichtsratsmitglieder zum Handelsregister einzureichen ist, dann muß auch gefordert werden, daß die ursprünglichen Mitglieder des Aufsichtsrats bekannt gegeben werden.

2. Aufsichtsratsvorsitzender. KGJ. **40** 84, OLG. **24** 159. Wählt der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden, so überträgt er ihm durch die Wahl die Befugnisse, deren Ausübung dem Vorsitzenden eines Kollegiums gewöhnlich zusteht. Hat der Vorstand Schriftstücke dem Aufsichtsrate vorzulegen, so genügt, daß er sie dem Vorsitzenden einreicht.

3. Haftung des Aufsichtsrats. OLG. **24** 159, BayerGZ. **19** 157 (KG.). Hat der Aufsichtsrat einen Geschäftsführer beauftragt, mit einem Dritten einen Anstellungsvertrag abzuschließen, und erleidet dieser Dritte, der nach dem Anstellungsvertrag auch eine Einlage leisten mußte, infolge Konkurses der GmbH. Schaden, so besteht eine Haftung des Aufsichtsrats aus § 831 BGB. für falsche Vorspiegelungen des Geschäftsführers gegenüber dem Dritten nicht. Für die Haftung des Aufsichtsrats ist es auch gleichgültig, ob der Aufsichtsrat schon längst den Konkurs hätte anmelden müssen; denn selbst wenn dies seine Pflicht gewesen wäre, so hätte sie nur der Gesellschaft gegenüber bestanden; also würde er für eine Verletzung dieser Pflicht nur der Gesellschaft haften, nicht aber Dritten, mit denen er in keiner direkten Geschäftsbeziehung stand und die nur mittelbar geschädigt sind. Vgl. aber **RG.** BayerGZ. **19** 187.

§ 53. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags. Abs. 3. Vgl. § 3 Abs. 2.

§ 55. Stammkapitalserhöhung. 1. Gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung des Stammkapitals. **RG.** BayerGZ. **19** 233, ZAktWes. **11** 217. Während bei Aktiengesellschaften eine gleichzeitige Herabsetzung und Erhöhung des Kapitals rechtlich durchaus möglich ist, ist bei den GmbH. mit Rücksicht auf das im § 58 Ziff. 3 festgesetzte Sperrjahr die gleiche Maßregel rechtlich nicht zulässig.

2. BauersZ. **19** 87 (Hamburg). Eine Anfechtung der gelegentlich der Stammkapitalserhöhung erfolgten Übernahme eines Geschäftsanteils wegen Irrtums oder Betrugs ist dann ausgeschlossen, wenn die Eintragung der Kapitalserhöhung in das Handelsregister erfolgt ist. Das GmbHG. enthält zwar keine ausdrückliche Vorschrift des Inhalts, daß die Eintragung in das Handelsregister das Anfechtungsrecht beseitige. Dennoch ist dieser Grundsatz in Theorie und Praxis allgemein anerkannt. Er wird auf das im § 30 zutage tretende Prinzip zurückgeführt, daß das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden darf.

3. Haftung für Fehlbeträge von Stammeinlagen bei Kapitalserhöhung. R. **12** Nr. 3149 (KG.). Wer sich an einer von der GmbH. beschlossenen Erhöhung des Stammkapitals durch Übernahme von Stammeinlagen beteiligt, haftet nicht für Fehlbeträge, die sich bei früheren Stammeinlagen ergeben. § 24 G. hat nur die Haftung für die bei Begründung der Gesellschaft übernommenen Stammeinlagen im Auge. Die Rechtsverhältnisse des Erwerbers einer auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage sind nach §§ 55 ff. zu bestimmen. Aus §§ 55 ff. ist aber zu entnehmen, daß die Aufbringung der Kapitalserhöhung — im Gegensatze zur Leistung von Nachschüssen — als der Beschaffung eines von dem bereits vorhandenen Gesellschaftsvermögen dauernd unterscheidbaren Vermögens angesehen wird, damit für die Zukunft erkennbar bleibe, wer (und in welcher Höhe ein jeder) für die alten und neuen Stammeinlagen aufzukommen habe. Dann rechtfertigt sich aber auch die entsprechende Anwendung des zunächst nur für die Aufbringung des Gründungskapitals vorgesehenen § 24 dahin, daß, soweit eine auf das erhöhte Kapital zu leistende Stammeinlage weder von dem Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, die „übrigen", nämlich die übrigen an der Aufbringung des erhöhten Kapitals beteiligten Gläubiger den Fehlbetrag nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen haben.

4. Haftung der Übernehmer neugebildeter Stammeinlagen nach § 31 Abs. 3. R. **12** Nr. 3150. Ist der Vorschrift des § 30 zuwider eine Zahlung an einen Gesellschafter aus dem Stammkapitale geleistet worden, so haften für die Erstattung nach § 31 Abs. 3 nicht die, die erst nach der Auszahlung durch Übernahme neugebildeter Stammeinlagen Gesellschafter geworden sind.

5. Einfluß des Konkurses auf Kapitalserhöhung. a) **RG.** JW. **12** 84, LeipzZ. **12** 76, BauersZ. **19** 131, R. **12** Nr. 286. Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags, also auch ein Kapitalserhöhungsbeschluß hat keine rechtliche Wirkung, bevor sie in das Handelsregister eingetragen ist. Ist die Eintragung unterblieben und inzwischen Konkurs über die Gesellschaft eröffnet worden, so kann eine Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses nicht mehr stattfinden, und die Zeichner können also aus ihrer Zeichnung nicht belangt werden, da die Zeichnung nur die Übernahme der Verpflichtung bedeutete, der Gesellschaft als neues Mitglied beizutreten, wenn die Erfordernisse eines rechtswirksamen Kapitalserhöhungsbeschlusses erfüllt seien. b) **RG.** LeipzZ. **12** 154. Nach § 60 wird die GmbH. durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst. Aus praktischen Gründen ist zwar nach § 60 ein Beschluß auf Fortsetzung der Gesellschaft möglich für den Fall, daß der Konkurs durch Zwangsvergleich aufgehoben oder eingestellt wird. Solange aber diese Aufhebung oder Einstellung nicht erfolgt ist, kann die Gesellschaft sich im Verkehrsleben als Erwerbsgesellschaft nicht mehr betätigen. Nur solche Geschäfte, die der Liquidation dienen, kann die GmbH. noch betreiben. Dazu gehört aber nicht die Anstellung einer Klage, die auf die Durchsetzung einer zwar schon in Aussicht genommenen, aber noch nicht zur Durchführung gelangten Erhöhung des Stammkapitals gerichtet ist.

6. Abs. 2. Übernahme. a) OLG. **23** 377, DNotV. **12** 745, BayerZ. **19** 112 (KG.). Nach § 57 ist die beschlossene Erhöhung anzumelden, nachdem das erhöhte Kapital durch Übernahme der Stammeinlagen gedeckt ist. Die Übernahme setzt aber einen Vertrag zwischen dem Übernehmer und der Gesellschaft voraus, wobei für die Erklärung des Übernehmers die Besonderheit vorgeschrieben ist, daß sie gerichtlich oder notariell aufgenommen oder beglaubigt sein müsse. Die Ansicht von Parisius-Crüger § 55 Anm. 2, wonach die Übernahme der Stammeinlage durch einseitige Erklärung des Übernehmers erfolge, ist unzutreffend. Da A. (alleiniger Inhaber aller Geschäftsanteile und alleiniger Geschäftsführer) als Geschäftsführer mit sich als Gesellschafter nach § 181 BGB. einen solchen Übernahmevertrag nicht schließen konnte, so ist die Eintragung der Erhöhung nichtig und von Amts wegen zu löschen. b) Übernahmeerklärung. **RG.** JW. **12** 920, LeipzZ. **12** 761, R. **12** Nr. 2995. Auch wenn eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Übernahmeerklärung selbst stattfindet, brauchen die sämtlichen sonstigen übernommenen Verpflichtungen nicht mit ausdrücklichen Worten in der Urkunde bezeichnet und demgemäß dem Erklärenden durch Verlesung zum Bewußtsein gebracht zu werden. Es muß nur aus der Urkunde hervorgehen, daß er sich ihrer bewußt gewesen sei. Hierfür spricht der im Gesetze gewählte Ausdruck, die Verpflichtungen seien in der Urkunde „ersichtlich zu machen".

§ 57. 1. BayerZ. **19** 235. Durch Nichteintragung der Kapitalserhöhung entfällt die Verpflichtung zur Leistung der übernommenen Geschäftsanteile.

2. BayerZ. **19** 112 (KG.). Die eingetragene Erhöhung des Stammkapitals ist von Amts wegen zu löschen, wenn die beschlossene Erhöhung durch Übernahme von Stammeinlagen nicht vollzogen ist (vgl. § 55 Ziff. 6 a).

§ 58. Kapitalsherabsetzung. 1. R. **12** Nr. 2994 (KG.). Keine Anwendung des § 58 bei entgeltlicher Amortisation (vgl. § 34).

2. **RG.** ZAktWes. **11** 217. Unmöglichkeit einer gleichzeitigen Herabsetzung und Erhöhung des Stammkapitals (vgl. § 55 Ziff. 1).

3. BayerZ. **19** 132. Herabsetzung des Stammkapitals durch unentgeltliche Einlieferung von Geschäftsanteilen.

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 60. 1. Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand. a) BayerZ. **19** 109. Gehen sämtliche Geschäftsanteile einer GmbH. auf eine AG. über, so ist die AG. alleinige Gesellschafterin der GmbH. und verkörpert als solche auch die Gesellschafterversammlung. Es werden deshalb alle Rechte, die der Gesellschafterversammlung zustehen, von der AG., vertreten durch ihren Vorstand, ausgeübt. Welche Rechte daneben dem Aufsichtsrate der GmbH. zustehen, das richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrage der letzteren. Der Vorstand der AG. kann nicht verlangen, daß er zu den Aufsichtsratssitzungen der GmbH. zugezogen wird. b) Schuldenhaftung des Erwerbers. BayerZ. **19** 257 (Dresden). Die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand läßt den Fortbestand der GmbH. unberührt; das folgt aus § 60, wonach das Gesetz abweichend vom § 73 BGB. die Rechtsfähigkeit der GmbH. von einer Mindestzahl von Gesellschaftern nicht abhängig macht. Für die GmbH. gilt hier das gleiche wie für die AG. Daraus folgt, daß wegen des Fortbestandes der juristischen Person der Erwerber nicht etwa in die persönliche Haftung für die Schulden der GmbH. eintritt, es müßte denn der Erwerber unabhängig von dem Übergang der Geschäftsanteile das Handelsgeschäft der GmbH. als solches für sich erworben und weiter fortgeführt haben, so daß der Tatbestand des § 25 HGB. gegeben wäre.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **12** 72, hält zwecks Erhaltung einer zweiköpfigen GmbH. gegen die gesetzlichen Auflösungsgründe der §§ 60, 61 die analoge Anwendung des § 142 HGB. für zulässig.

3. Fusion zweier GmbH. BauersZ. **19** 85. Anders als bei der AG. fehlt es bei der GmbH. hierfür an gesetzlichen Vorschriften. Will eine GmbH. das Vermögen einer anderen erwerben, so kann dies nur durch Einbringung der Aktiven und Passiven als Sacheinlagen gelegentlich der Erhöhung des Stammkapitals erfolgen. Hierbei würde alsdann die Gesellschaft, die ihr ganzes Vermögen inferiert hat, der Auflösung verfallen und in Liquidation treten müssen. Die fortbestehende Gesellschaft erhöht also ihr Stammkapital, die zur Auflösung bestimmte GmbH. übernimmt den neuen Stammanteil, begleicht ihn aber nicht bar, sondern durch Sacheinlage, bestehend in ihren aktiven und passiven Vermögenswerten. Mit dem Geschäfte kann die GmbH. auch ihre Firma an die andere GmbH. veräußern; in diesem Falle muß die in Liquidation tretende GmbH. eine andere Firma annehmen, wenn beide Gesellschaften in der gleichen Gemeinde ihren Sitz haben. Es läßt sich aber auch ein Verhältnis herstellen, bei dem die Existenz beider Gesellschaften unberührt bleibt. Es braucht bloß die eine GmbH. ihr Kapital zu erhöhen, hierbei bringen die Gesellschafter der anderen GmbH. ihre Geschäftsanteile als Sacheinlage auf die von ihnen zu übernehmenden Beteiligungen an dem Erhöhungskapital ein. Solchenfalls gelangt die erste GmbH. in den Besitz der sämtlichen Geschäftsanteile der anderen und wird dadurch deren alleinige Gesellschafterin.

4. **RG.** R. **12** Nr. 2099. Ist den Gesellschaftern ein Kündigungsrecht eingeräumt, so ist damit das Unternehmen auf eine bestimmte Zeit beschränkt. Diese Bestimmung bedarf daher der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag.

5. **RG.** JW. **12** 878. Nicht im notariellen Gesellschaftsvertrag enthaltene zeitliche Beschränkung der Gesellschaft vgl. § 3 Ziff. 2 c.

6. Vereinbarung fristloser Auflösung. **RG.** LeipzZ. **12** 667, BauersZ. **20** 16, R. **12** Nr. 1546. Eine Vereinbarung der Gesellschafter, wonach ohne Frist die Auflösung der Gesellschaft und die Verteilung des Gesellschaftsvermögens erfolgen soll, ist nicht nichtig. Im § 65 Abs. 2 G. könnte an sich ein gesetzliches Verbot gefunden werden. Aber im § 73 aaO. sind die Folgen der Zuwiderhandlung gegen § 65 Abs. 2 besonders geregelt; von einer Nichtigkeit der die Verteilung betreffenden obligatorischen und dinglichen Rechtsakte ist dabei keine Rede. Übrigens handelt es sich bei der Bestimmung des § 73 nur um eine Anweisung an die Liquidatoren; im vorliegenden Falle wird aber gar nicht behauptet, daß die Kläger bei Abgabe des Versprechens auf Herausgabe der von den Beklagten in die GmbH. eingebrachten Gegenstände als Liquidatoren gehandelt hätten. Ebenso OLG. **24** 161 (Celle).

7. Einstweilige Verfügung zwecks Auflösung. OLG. **24** 161 (Hamburg). Zur Vorbereitung der im § 61 zugelassenen Auflösungsklage können einstweilige Verfügungen erlassen werden, sofern die Voraussetzungen der §§ 935 ff. vorliegen.

8. Vorläufig vollstreckbares Urteil auf Auflösung. KGJ. **41** A 144, RJA. **11** 225, ZBlFG. **13** 106, DNotV. **12** 746, BauersZ. **19** 274, R. **12** Nr. 1671 (KG.). Urteile, die auf Auflösung einer Handelsgesellschaft lauten, haben konstitutive und nicht bloß deklarative Bedeutung und Wirkung. Diese Wirkung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein; nicht rechtskräftigen Urteilen dieser Art kann diese Wirkung nicht etwa durch vorläufige Vollstreckbarkeit beigelegt werden derart, daß sie eine vorläufige Auflösung der Gesellschaft zur Folge hätten. Daraus ergibt sich, daß eine vorläufige Vollziehung des auf Auflösung lautenden Urteils nicht angängig und es daher weder statthaft ist, auf Grund eines solchen vorläufig voll-

streckbaren Urteils die Auflösung der Gesellschaft in das Register einzutragen, noch auch die Liquidatoren zu ernennen. Denn die Liquidation der Gesellschaft tritt erst ein, wenn diese endgültig aufgelöst ist. Das RG. hat die früher von ihm vertretene gegenteilige Ansicht (KGJ. **14** 235) reprobiert.

9. Konkurs. **RG.** R. **12** Nr. 3423. Eine GmbH. wird zwar durch die Konkurseröffnung aufgelöst. Aber das bedeutet nicht den Verlust der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft und der Selbständigkeit ihres Vermögens. Die Gesellschaft bleibt vielmehr auch nach der Konkurseröffnung bis zur endgültigen Verteilung des Vermögens dieselbe juristische Person; nur ihr Zweckgebiet wird ein beschränkteres. Beschließen also die Gesellschafter nach § 60 Ziff. 4 nach Konkurseröffnung die Fortsetzung der Gesellschaft, dann ist eine Neugründung der Gesellschaft zur Weiterbetätigung der Gesellschaftszwecke in der Form der bisherigen GmbH. nicht erforderlich.

§ 61. Unsichere Bezugsverhältnisse in Ansehung des Rohstoffs als wichtiger Grund für die Auflösung. **RG.** JW. **12** 360, BayerZ. **19** 273, LeipzZ. **12** 400, R. **12** Nr. 2100 führt hierüber aus: Der Kläger ist der einzige Gesellschafter, der eine bare Einlage, und zwar in dem erheblichen Betrage von 50 000 M., gemacht hat. Von den verschiedenen Präparaten, die Gegenstand des Einbringens der übrigen Gesellschafter sein sollten, kommt für den Fortbestand der Gesellschaft nur eines in Betracht. Gerade bezüglich dieses Präparats ist aber die Lage der Gesellschaft und damit auch des Klägers eine unsichere, weil die Möglichkeit des Bezugs des Rohstoffs und der Bezug selbst, insbesondere auch in Ansehung der Preisbemessung, ganz in der Hand der auch über den größten Teil des nominellen Gesellschaftsvermögens verfügenden Beklagten liegt, die den in Betracht kommenden Rohstoff und dessen Herkunft als ihr Geheimnis betrachten. Dazu kommt der weitere gerade die Lage des Klägers beeinträchtigende Grund, daß der Kläger, der früher Mitglied des Aufsichtsrats war und damit besondere Überwachungsbefugnisse hatte, neuerdings von den Beklagten aus dieser Stellung entfernt worden ist. In dieser gesamten Entwickelung der Verhältnisse kann ein genügender Auflösungsgrund gefunden werden.

§ 64. Erfordernisse der Bilanz im Sinne des § 64 s. § 71 Ziff. 2 c.

§ 66. Liquidation. 1. BayerZ. **19** 61. Annahme einer neuen Firma seitens der in Liquidation getretenen GmbH.

2. R. **12** Nr. 1671. Ernennung von Liquidatoren auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils auf Auflösung der Gesellschaft vgl. § 60 Ziff. 8.

3. Abberufung von Liquidatoren. OLG. **24** 161 (KG.) = JDR. **10** § 66 Ziff. 2.

§ 71. Tätigkeit der Liquidatoren. 1. Abs. 1. BayerZ. **19** 113. Der Liquidator braucht bei Verlust des halben Stammkapitals nicht die Gesellschafterversammlung zu berufen; § 49 Abs. 3 findet in der Liquidation keine Anwendung.

2. Abs. 2. Liquidationsbilanz. **a) RG.** (Straff.) **45** 238, BayerZ. **19** 211, R. **12** Nr. 2483. Der Liquidator ist auch dann zur Bilanzziehung verpflichtet, wenn kurz vor Eröffnung der Liquidation eine Jahresbilanz aufgestellt und seitdem keine Vermögensveränderung eingetreten war. **b) RG.** LeipzZ. **12** 918, R. **12** Nr. 3259. Das GmbHG. enthält allerdings eine ausdrückliche, dem § 299 Abs. 2 HGB. gleichlautende Vorschrift, durch die die Bilanzvorschrift des § 42 Ziff. 1 GmbHG. für das Liquidationsverfahren außer Kraft gesetzt würde, nicht. Es ergibt sich aber aus der Natur der Sache und aus dem Zwecke des § 42 Ziff. 1, der nur die Bilanzziehung im Laufe des ordentlichen Betriebs im Auge hat, daß für die Liquidationseröffnungsbilanz einer GmbH. nichts anderes gelten kann als für die Liqui-

dationseröffnungsbilanz einer AG. c) **RG.** LeipzZ. **12** 919, R. **12** Nr. 3260. Den Erfordernissen, die an eine Bilanz im Sinne der §§ 64, 71 zu stellen sind, ist genügt, wenn eine Gegenüberstellung der Aktiven und Passiven vorhanden ist, aus der den Liquidatoren die Überschuldung, sei es auch erst nach Ergänzung eines offengelassenen Postens durch eine ihnen bekannte Wertsbestimmung, erkennbar ist. Irgendeine äußere Form für die die Bilanzsätze enthaltende Aufstellung ist nicht zu erfordern.

3. **RG.** R. **12** Nr. 3261. Die §§ 64, 71 verleihen nur einen Schadensersatzanspruch. Die Liquidatoren haften für die von ihnen geleisteten Zahlungen also nur, soweit die Gesellschaft dadurch benachteiligt ist. Soweit für die Zahlungen ein Gegenwert in das Vermögen der Gesellschaft gelangt ist, kann man aber von einer Benachteiligung nicht reden.

§ 73. Vermögensverteilung. **RG.** BauersZ. **20** 16, LeipzZ. **12** 667. Nach § 73 Abs. 1 darf allerdings die Verteilung des Liquidationsvermögens erst nach Erfüllung gewisser Voraussetzungen erfolgen. Eine gleichwohl erfolgte Vermögensverteilung ist aber nicht nichtig, sondern hat nur nach Abs. 1 die Schadenshaftung der Liquidatoren zur Folge (vgl. § 60 Ziff. 6). Ebenso OLG. **24** 161 (Celle).

§ 75. Nichtigkeit. Löschung der Gesellschaft von Amts wegen OLG. **24** 162 (KG.) = JDR. **10** § 75 Ziff. 2. Vgl. BauersZ. **19** 186.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 82. Ziff. 1. a) Vgl. § 7. b) **RG.** BauersZ. **20** 37, SächsRpflA. **12** 441. Ein Geschäftsführer, der versichert, es sei auf die in Geld übernommenen Stammeinlagen 1/4 eingezahlt und die eingezahlten Beträge befänden sich in seiner freien Verfügung, während tatsächlich keine Barzahlung, sondern eine Aufrechnung stattgefunden hatte, macht sich strafbar. c) **RG.** BauersZ. **20** 38. Der Vorstand macht sich strafbar, wenn er bei Anmeldung verschweigt, daß die geleisteten Mindestzahlungen zur Zeit der Anmeldung bereits verbraucht waren (vgl. **RG.** BauersZ. **20** 27).

Anhang I: Steuern.

1. Die Besteuerung der GmbH. nach der preuß. Regierungsvorlage ZAktWes. **12** 124.

2. Wertzuwachssteuer bei Geschäftsanteilen einer GmbH. a) Hachenburg, JW. **12** 14. Um eine GmbH. dem Wertzuwachssteuergesetze zu unterwerfen, bedarf es nicht des Nachweises einer Umgehungsabsicht. Das Gesetz will auch die Fälle treffen, in denen zwar nicht der Gegenstand der Gesellschaft auf die Verwertung von Immobilien gerichtet ist, aber aus den Umständen des Falles die Ersparnis der Steuern als bei der Gründung beabsichtigt erscheint. Hauptsächlich fallen unter das Gesetz Gesellschaften, deren Gegenstand die Verwertung von Immobilien ist, und zwar die Verwertung durch Veräußerung; eine anderweite Verwertung, die auf „Nutzbarmachung" des Mehrwerts abzielt, widerstrebt dem Gesetze. Nicht aber verlangt das Gesetz einen gewerbsmäßigen Handel mit Grundstücken. Die Verwertung von Grundstücken braucht nicht den ausschließlichen Gegenstand der GmbH. zu bilden. Nicht der ganze Geschäftsanteil ist der Steuer unterworfen; es gilt dies nur, „soweit das Vermögen der Vereinigung aus Grundstücken besteht". Ist alles ausverkauft, besitzt die GmbH. nur noch Forderungen und Hypotheken für ihre verkauften Grundstücke, so wird von dem sich jetzt bei dem Verkaufe des Geschäftsanteils ergebenden Nutzen keine Steuer zu bezahlen sein. Die Wertzuwachssteuer wird auch von Einfluß auf die Dividendenpolitik sein; denn wenn die Gesellschaft den Gewinn jeweils ausschüttet, kommt er beim Verkaufe des Geschäftsanteils nicht in Betracht; behält sie ihn, so kommt dies bei Berechnung des Verkaufspreises zum Vorscheine; die Reserven erscheinen im Wertzuwachs. Schwierig ist die Berechnung, wenn der

Immobilienbestand sich im Laufe des Bestehens der GmbH. erhöht und vermindert; die Erläuterungen zum § 3 G. geben ein Beispiel, das auf falscher Basis aufbaut. Es ist vielmehr notwendig, auch den Erwerbspreis des Geschäftsanteils auf Basis des Immobiliarbesitzes bei der Veräußerung als Grundlage für den Wertzuwachs anzunehmen. Unerheblich ist, ob noch dieselben Liegenschaften wie bei der Gründung vorhanden sind. Der Immobiliarbestand ist schlechthin maßgebend, auch Grundstücke, die nicht zum Weiterverkaufe bestimmt sind, kommen in Betracht. Im Auslande gelegene Grundstücke scheiden aus. Über die Art und Weise der Feststellung des Wertes der Grundstücke und über die Einwendungen des Steuerpflichtigen und der Steuerbehörde s. S. 17. In Ziff. IV—VI erörtert der Aufsatz die Einzelheiten über Berechnung des Wertzuwachses. b) BauersZ. **19** 135.

3. Preuß. Einkommensteuer. a) BauersZ. **19** 236 (OVG.). Die GmbH. braucht nicht zu versteuern die gezahlten Nachschüsse, die durch Herabsetzung der Geschäftsanteile und durch Verzicht auf frühere Dividende erzielten Buchgewinne sowie die zur Verlustdeckung ihr überwiesene Summe. b) BauersZ. **19** 235 (OVG.). Gewinnbeträge einer GmbH., die vertraglich einem Dritten zufallen, sind für die GmbH. ebenso steuerfrei wie die Tantiemen und die z. B. von einer Straßenbahn GmbH. an die Gemeinde abzuliefernden Überschüsse. c) *Hinsberg, Wann gehört die Vergütung, welche dem von einer GmbH. bestellten Geschäftsführer vertragsmäßig zugesichert ist, nicht zu den abzugsfähigen Betriebskosten? HoldheimsMSchr. **12** 139—144. Das OVG. ist geneigt, im Interesse des Steuerfiskus anzunehmen, daß ein im Gesellschaftsvertrage bestellter Geschäftsführer die Verpflichtung zur Geschäftsführung als „gesellschaftliche" im Sinne des § 3 übernommen, sein Gehalt also nicht abzugsfähig ist, sondern einen Teil des Geschäftsgewinns bildet (PrOVG. St. **6** 435 und 438, **8** 388 ff., **13** 314 und OVG. v. 8. 2. 11). Das ist denkbar, aber nur als Ausnahme (HoldheimsMSchr. **04** 256, **03** 216, OLG. **16** 118) und es wäre der strikte Nachweis seitens des Fiskus zu verlangen, daß diese Regelung beabsichtigt war. Das OVG. hat die Beweislast direkt umgekehrt und den Nachweis verlangt, ob die Geschäftsführung auf Grund eines besonderen Dienstvertrags übernommen, in der zuletzt bekannt gewordenen Entscheidung sogar die Übernahme der Geschäftsführung als gesellschaftliche Verpflichtung bezeichnet, obgleich ein besonderer Anstellungsvertrag geschlossen war. Diese Auslegung entspricht nicht der Absicht der Beteiligten, die doch maßgebend sein muß, auch nicht der Einheitlichkeit des gesellschaftlichen Verhältnisses (**RG. 73** 433), nach welcher die Geschäftsführung untrennbar mit der Mitgliedschaft verbunden wäre, wenn sie gesellschaftliche Verpflichtung im Sinne des § 3 wäre (vgl. SächsRpflA. **12** 163). d) BauersZ. **20** 17 (PrOVG.). Heranziehung zur Gemeindeeinkommensteuer. e) BauersZ. **20** 17 (PrOVG.). Zu Rückstellungen verwendete Teile des Gewinns; Zuweisung an die sog. Wohlfahrtskasse der Lose-Vertriebsgesellschaft. f) BauersZ. **20** 17 (PrOVG.). Einfluß der Natur des Gesellschaftsunternehmens auf die Veranlagung der Gemeindeeinkommensteuer, Ansatz des Einkommens bei einer Grundstücke verwaltenden GmbH. als Einkommen aus Grundvermögen. g) BauersZ. **20** 17 (PrOVG.). Steuerpflicht der Mitglieder einer oHG. bei Beteiligung der oHG. an einer GmbH. h) BauersZ. **20** 17 (PrOVG.). Einkommen des Gesellschafters aus seiner Geschäftsführung: Besteuerung als Einkommen aus Beteiligung an der GmbH. oder als Einkommen aus gewinnbringender Beschäftigung. i) BauersZ. **19** 212. Wenn die GmbH. ihren Gesellschaftsvertrag dahin geändert hat, daß der Gewinn nicht mehr verteilt, sondern bis zur Liquidation auf neue Rechnung vorgetragen werden soll, fällt die Steuerpflicht der Gesellschafter insoweit fort. k) Dilloo, HoldheimsMSchr. **12** 241, bekämpft die vom PrOVG. **13** 296, **14** 336 vertretene Ansicht, daß die von der

GmbH. gezahlten Staatseinkommensteuerbeträge bei der Ermittelung des steuerpflichtigen Einkommens der Gesellschaft nicht in Abzug gebracht werden dürfen.

4. Bayer. EinkommensteuerG. vom 14. August 1910. a) BauersZ. **19** 135. b) BayRpflZ. **12** 180, SeuffA. **67** 470, BayNotZ. **13** 126, BauersZ. **19** 64 (BayObLG.). Die Errichtung einer Kommanditgesellschaft ist nicht deshalb nichtig, weil sie erfolgt, um die für die GmbH. aus den bayer. Steuergesetzen von 1909 sich ergebende Steuerbelastung zu mindern. Vgl. § 195 HGB.

5. BauersZ. **19** 66 (OVG.). Keine Schankerlaubnissteuer, wenn die Konzession vom Geschäftsführer auf die GmbH. übergeht.

6. BauersZ. **19** 136 (OVG.). Gewerbesteuerpflicht eines in der Form einer GmbH. gegründeten Syndikats in Preußen.

7. BauersZ. **19** 113 (OVG.). Das Erlöschen der Steuerpflicht einer GmbH. in Liquidation ist auch vor Ablauf des Sperrjahrs möglich, z. B. bei Annahme der Form einer AG.

Anhang II: Stempel und Gebühren.

1. Übergangsrecht des PrStempStG. BauersZ. **19** 140. Wurde die Erhöhung des Stammkapitals zwar unter dem G. vom 31. Juli 1895 beschlossen, erfolgt die Einzahlung aber erst nach dem 1. Juli 1909, so kommen die gesteigerten Sätze des NachtragsG. vom 26. Juni 1909 zur Anwendung.

2. Sächs. Recht. a) Tarifst. 9 SächsStempStG. SächsRpflA. **12** 116. Bürgschaftserklärungen im Vertrag über die Gründung einer GmbH.; Garantie einer bestimmten Dividende seitens eines Gesellschafters insbesondere. b) Tarifst. 32 I SächsStempStG. SächsRpflA. **12** 163 (OVG.). Erhebung der Stempelabgabe der Tarifst. 32 I für die im Vertrag über die Errichtung einer GmbH. enthaltene Vereinbarung, wonach ein Gesellschafter für die Gesellschaft als Geschäftsführer gegen Entgelt tätig sein soll.

3. BauersZ. **20** 18 (Colmar). Notariatsgebühren für Beurkundung der Rückübertragung eines Geschäftsanteils in Elsaß-Lothringen.

4. Bayern. a) Gebührenäquivalent des Art. 258a Bay. GebG. bei Übergang von Geschäftsanteilen. BayNotZ. **13** 337 (BayObLG.). Haben die beiden Gesellschafter A. und B. einer GmbH. vereinbart, daß A. von seinen Stammanteilen zu 99 000 M. 50 000 M. an C., B. aber seinen Stammanteil zu 1000 M. an A. abtreten solle, und hat der Notar aus Zweckmäßigkeitsgründen — weil eine Generalversammlung mit notariell beurkundetem Beschlusse nicht vorlag — zuerst die Übertragung des Geschäftsanteils des B. auf A. und sodann die Übertragung von 50 000 M. Geschäftsanteil auf C. beurkundet, so sind allerdings alle Geschäftsanteile in der Hand des A. vereinigt gewesen. Das geschah aber nicht zu dem Zwecke, um dem A. in Ansehung der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücke tatsächlich die Stellung des Alleineigentümers zu verschaffen, sondern nur zu dem Zwecke, um eine anderweitige Verteilung der Geschäftsanteile durchzuführen, und deshalb ist die Gebühr des Art. 218a nicht geschuldet. b) Bay. NotZ. **13** 343 (BayObLG.). Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH.; Bewertung einer hierbei getroffenen Bestimmung über den Rückerwerb. c) BayNotZ. **13** 110 (BayObLG.). Wird bei der Erhöhung des Stammkapitals die Erklärung über die Übernahme der neuen Stammeinlagen mit in die notarielle Urkunde über den Erhöhungsbeschluß aufgenommen, so unterliegt die Beurkundung dieser Übernahmeerklärung, falls es sich um Bareinlagen handelt, keiner besonderen Gebühr.

Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 9. Vorstand. Bildung des Vorstandes bei Mitgliedschaft eines Kommunalverbandes JDR. **10** § 9 = OLG. **24** 165.

§ 10. Eintragung des Statuts und seiner Abänderung. 1. RJA. **11** 215, ZBlFG. **13** 98, DNotV. **12** 747, R. **12** Nr. 1702 (KG.). Das Registergericht ist zur Eintragung einer Änderung der Satzung verpflichtet, auch wenn die Änderung nur in der Hinzufügung von Bestimmungen besteht, die den Inhalt der gesetzlichen Vorschriften wiedergeben; denn § 10 macht hinsichtlich des Inhalts des einzutragenden Statuts keinen Unterschied.

2. NaumburgAK. **12** 44 (Naumburg). Eine vom Vorstand auf Grund der in der Satzung enthaltenen Ermächtigung ausgearbeitete Geschäftsordnung bedarf zu ihrer Gültigkeit keiner Eintragung in das Register, auch keiner Überreichung zu den Registerakten.

§ 11. Beitrittserklärung. 1. SächsOLG. **33** 155, OLG. **24** 143, R. **12** Nr. 2389. Die Anfechtung der Anmeldung durch einen Genossen ist zulässig, wenn das von ihm unterschriebene Statut nachträglich durch Einfügung eines anderen Blattes gefälscht ist.

2. Schreibweise der Namen polnischer Genossen. Ermittelungen über die Schreibweise. a) PosMSchr. **12** 12, DNotV. **12** 749 (KG.). Das Registergericht darf, um nicht die alsbaldige Wirksamkeit des Beitritts der Genossen zu verhindern, die Eintragung durch Ermittelungen über die Schreibweise des Namens des Beitretenden nicht aufhalten, sondern hat — vorbehaltlich gleichzeitiger oder nachträglicher Ermittelungen — die Eintragung unverzüglich zu bewirken. Daraus folgt, daß die Eintragung zunächst in genauer Übereinstimmung mit der unter der Antrittserklärung befindlichen Schreibweise der Vor- und Zunamen zu erfolgen hat, es sei denn, daß das Registergericht schon zur Zeit der Einreichung der Beitrittserklärung die Unrichtigkeit festgestellt hat. Zum Namen gehören aber auch die ihm eigentümlichen Zeichen und Akzente, die besonders in der polnischen Sprache zur Lautnuancierung dienen. Die gewundenen Striche und Akzente dürfen auch nicht aus dem Grunde weggelassen werden, weil sie der deutschen Sprache fremd sind. b) ZBl. **12** 312, PosMSchr. **11** 117, DNotV. **12** 748 (KG.). Die Eintragung eines Genossen in die Liste darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil die Unterschrift in der Beitrittserklärung den Vornamen in polnischer Sprache enthält. Ist dem Richter der richtige, d. h. der auf Grund rechtswirksamer Namengebung zu führende Vornamen bekannt, so ist dieser einzutragen, andernfalls ist der angemeldete Vorname einzutragen vorbehaltlich späterer Ermittelungen.

§ 15. Beitrittserklärung. 1. Inhalt der Beitrittserklärung. KGJ. **41** A 147, RJA. **11** 111, OLG. **24** 145, ZBlFG. **12** 481, R. **12** Nr. 813. Wenn auch § 29 Abs. 1 Bek. vom 1. Juli 1899 vorschreibt, daß in der Genossenliste die Mitglieder nach Familien- und Vornamen, Beruf und Wohnort einzutragen sind, so folgt daraus nicht, daß all diese Angaben bereits in der Betriebserklärung enthalten sein mußten. Die durch Unterzeichnung des Namens erfolgte Beitrittserklärung ist vielmehr gültig, auch wenn sie keine Angaben über Beruf und Wohnort, noch auch den Geburtsnamen der beitretenden Frau enthält. Es muß dem Registerrichter genügen, wenn ihm diese Angaben vom Vorstande bei der Anmeldung gemacht werden. Anders die Literatur.

2. Anfechtbarkeit der Eintragung ins Genossenschaftsregister wegen materiell-rechtlicher Ungültigkeit der Beitrittserklärung. a) OLG. **24** 144, R. **12** Nr. 2390 (Braunschweig). Die Beitrittserklärung kann angefochten werden, wenn der Beitretende durch Täuschung seitens des späteren Geschäftsführers in den Glauben versetzt war, es handle sich noch nicht um einen wirklichen Beitritt. b) SächsOLG. **33** 155, OLG. **24** 143, DNotV. **12** 747. Nicht durch die Eintragung als solche wird die Mitgliedschaft begründet, sondern durch die Eintragung auf Grund der Erklärung der Genossen und deren Einreichung. Die Anfechtung der Eintragung kann daher darauf gegründet werden, daß die Beitrittserklärung materiell-rechtlich ungültig sei. Nicht nachteilig ist dem Kläger, daß er, nachdem ihm die rechtswidrige Eintragung zur Kenntnis gekommen, zunächst nur gegenüber der Genossenschaft schriftlich widersprochen, und sich mit der Erklärung des Vorstandes, er sei nicht als Genosse zu betrachten, begnügt hat. War die Urkunde in Wahrheit keine geeignete Eintragungsgrundlage, so konnte die Bestätigung lediglich im Wege des § 11 oder § 15 GenG. erfolgen. c) *Hahn, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittserklärungen zu juristischen Personen. Die Beitrittserklärungen der Genossen unterliegen der Betrugsanfechtung genau ebenso wie alle anderen Willenserklärungen. Die neuere, entgegengesetzte Entscheidung des RG. findet keine Stütze im Gesetze (vgl. die Bem. zu HGB. § 189 Ziff. 3). d) Anfechtung der Übernahme eines weiteren Stammanteils wegen Täuschung. R. **12** Nr. 1843 (Stuttgart). Allerdings liegt in der Übernahmeerklärung nicht nur eine den Gesellschaftern gegenüber abgegebene Erklärung des Beitritts, sondern auch eine der Gesellschaft gegenüber abgegebene Verpflichtungserklärung, die dann, wenn die Eintragung der Kapitalserhöhung in das Handelsregister erfolgt ist, nicht mehr wegen arglistiger Täuschung angefochten werden kann. Aber solange keine Eintragung erfolgt ist, besteht kein Grund, die Anfechtung zu versagen, weil insolange die Personen, die mit der Gesellschaft in Verkehr treten, tatsächlich nicht mit der Kapitalserhöhung rechnen können. e) Prüfungspflicht des Registerrichters im Falle des Beitritts vgl. § 76.

§ 16. Statutenänderung. 1. Einstimmigkeit bei Statutenänderung. a) ZBlFG. **12** 472 = JDR. **10** § 16 Ziff. 1. b) KGJ. **41** 151, R. **12** Nr. 2392. Wenn nach dem Statute gewisse Bestimmungen des Statuts nur in der Weise geändert werden dürfen, daß alle vorhandenen Genossen in der Generalversammlung erscheinen und der Änderung zustimmen, so bleibt ein dieser Vorschrift nicht genügender Änderungsbeschluß wirkungslos. Er wird auch durch Ablauf der im § 57 bezeichneten Anfechtungsfrist nicht nachträglich wirksam, da eine Anfechtungsklage gegenüber einem solchen Beschlusse weder zulässig noch notwendig ist. c) Buchrucker, ZBlFG. **13** 12, wendet sich gegen die vom **RG. 76** 171 (vgl. JDR. **10** § 16 Ziff. 1) vertretene Ansicht, daß ein Beschluß, der entgegen dem Statute nicht von sämtlichen Mitgliedern der Genossenschaft, sondern nur von den in der Generalversammlung Erschienenen gefaßt wurde, nur ein Scheinbeschluß und deshalb nicht eintragungsfähig sei und daß bei solchen Beschlüssen eine Anfechtung nach § 51 nicht in Frage komme. Eine Versammlung, in der nicht alle Genossen anwesend seien, sei allerdings nicht zuständig, aber der Mangel der Unzuständigkeit werde gemäß § 51 geheilt, es könne einer Genossenschaft nicht verwehrt sein, die alte Satzung abzuändern, wenn die in der Mitgliederversammlung anwesenden Genossen zustimmen und die abwesend gewesenen keine Anfechtung erheben.

2. Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens. LeipzZ. **12** 945 (Dresden). Die Ausdehnung des Unternehmens auf einen anderen Gegenstand enthält eine Abänderung des Statuts, die nach § 16 Abs. 2 mit Dreiviertelmajorität der in der Generalversammlung erschienenen Mitglieder gültig beschlossen

werden kann. Weitere Erfordernisse für einen Beschluß auf Abänderung des Unternehmens hat das GenG. nicht aufgestellt, hat dies vielmehr ebenso, wie § 275 HGB. für die Aktiengesellschaft, dem Statut überlassen. Insbesondere kann in dem Statute für die Gültigkeit solcher Beschlüsse verlangt werden, daß sämtliche Genossen in der Generalversammlung anwesend sind und der Abänderung einhellig zustimmen (**RG. 76** 170, OLG. **23** 373). Enthält das Statut keine Bestimmung, so ist die Beobachtung des § 16 Abs. 2 genügend. Ob die beschlossene Abänderung den Charakter der Genossenschaft ändert, ist hierbei ohne Bedeutung.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 18. KGBl. **12** 78 (LG. Berlin). Ebenso wie nach **RG. 76** 434 die Forderung einer GmbH. gegen ihre Gesellschafter auf Einzahlung der Stammeinlage abtretbar und pfändbar ist, kann auch den Anspruch einer eingetragenen Genossenschaft gegen ihre Genossen auf Einzahlung der Geschäftsanteile gepfändet werden.

§ 22. Geschäftsguthaben, Begriff. OLG. **24** 147, R. **12** Nr. 669 (Colmar). Die Annahme, daß unter „Geschäftsguthaben" die Summe der Ansprüche zu verstehen sei, die der einzelne Genosse, sei es durch Einzahlung, sei es durch Gutschrift der auf ihn fallenden Gewinnanteile erworben hat, ist nur in den Fällen zutreffend, in denen die Summe der Zahlungen oder Gutschreibungen die Höhe der von den Genossen übernommenen Geschäftsanteile nicht überschritten hat. Ansprüche aus Leistungen dagegen, die von einem Genossen über den im § 7 Nr. 2 festgelegten Rahmen hinaus an die Genossenschaft gemacht wurden, fallen nicht unter den Begriff des Geschäftsguthabens, sondern können Darlehen oder Spareinlagen der Genossen darstellen.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 24. Unwirksamkeit der Klagezustellung an den Bevollmächtigten der Genossenschaft. OLG. **24** 148 (Colmar) vgl. § 42.

§ 25. 1. Vertretung einer Genossenschaft durch weniger als zwei Vorstandsmitglieder. LeipzZ. **12** 569 (Hamburg). Die im Gesetz und den Satzungen enthaltene Vorschrift, daß die Willenserklärung und die Zeichnung der Genossenschaft durch zwei Vorstandsmitglieder erfolgen muß, wenn sie Dritten gegenüber Rechtsverbindlichkeit haben soll, hindert nicht, daß die Genossenschaft einem ihrer Vorstandsmitglieder oder Angestellten Vollmacht zum Abschlusse von Handelsgeschäften erteilt. Diese Vollmachtserteilung kann auch stillschweigend erfolgen. Insbesondere wird ein solcher Fall dann anzunehmen sein, wenn die Genossenschaft fortgesetzt durch einen Angestellten Einkäufe vornehmen läßt, ohne diese Abschlüsse zu beanstanden oder den anderen Teil darauf aufmerksam zu machen, daß die Geschäfte in jedem einzelnen Falle der Genehmigung der Genossenschaft bedürfen.

2. Mündliche Willenserklärungen des Vorstandes. OLG. **24** 148, R. **12** Nr. 2393 (KG.). Nach § 25 hat zwar der Vorstand in der durch die Satzungen bestimmten Form seine Willenserklärung kundzugeben, und die Satzung schreibt hier vor, daß die Zeichnenden zu der Firma der Genossenschaft ihre Namensunterschrift hinzufügen und daß Rechtsverbindlichkeit für die Genossenschaft Dritten gegenüber die Zeichnung nur dann habe, wenn sie mindestens von zwei Vorstandsmitgliedern vorgenommen sei. Indessen sind diese Bestimmungen nur dahin zu verstehen, daß, wenn der Vorstand der Genossenschaft für diese schriftliche Willenserklärungen abgibt, er hierbei die Satzungsform beachten muß. Daß der Vorstand die Genossenschaft nicht auch formlos und mündlich verpflichten könne, folgt daraus

nicht. Überdies ist § 25 eine Ordnungsvorschrift, zu deren Einhaltung der Vorstand nach § 27 der Genossenschaft gegenüber verpflichtet ist.

3. Vom Vorstand Bevollmächtigter. a) **RG.** BayRpflZ. **12** 461, R. **12** Nr. 2996. Wenn der Vorstand der Genossenschaft als solcher einem seiner Mitglieder Vollmacht zum Betriebe von bestimmten Geschäften der Genossenschaft sowie zur Vertretung der letzteren in bezug auf diese Geschäftsführung erteilt hat, so wird das bevollmächtigte Vorstandsmitglied Vertreter der Genossenschaft. Aber seine Vertretungsmacht ist abhängig von der Amtsdauer der Vorstandsmitglieder, die die Vollmacht ausgestellt haben. Die gegenteilige Ansicht von Parisius-Crüger § 23 Anm. 4 ist falsch. Vgl. BauersZ. **20** 25 bei § 232 HGB. **b) RG.** R. **12** Nr. 3256. In Fällen der Gesamtvertretung ist der von einem einzelnen Vertreter abgeschlossene Vertrag für den Vertretenen erst dann bindend, wenn die erforderliche Zustimmung des oder der übrigen Vertreter dem anderen Vertragsgenossen gegenüber erklärt wird. Der Genossenschaftsvorstand kann aber zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften auch eins seiner Mitglieder bevollmächtigen. Bei einer derartigen Vollmachtserteilung bildet die Mitwirkung des zu Bevollmächtigenden kein Hindernis.

§ 32. Ausgabe von Marken. **RG.** R. **12** Nr. 670. Es ist zulässig, daß Konsumvereine, die Waren im großen einkaufen und im kleinen ablassen, sich mit Gewerbetreibenden in der Weise in Verbindung setzen, daß die Mitglieder der Vereine von den betreffenden Gewerbetreibenden direkt Waren gegen Barzahlung kaufen und daß dabei Marken ausgegeben werden.

§ 42. Prokura, Generalvollmacht. OLG. **24** 148 (Colmar). Die Vorschrift des § 42 Abs. 2, wonach die Bestellung von Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetriebe nicht stattfindet, ist nicht bloß eine Ordnungsvorschrift, vielmehr zwingende Rechtsnorm; daher kann die Generalvollmacht auch Dritten gegenüber keine Rechtswirksamkeit erlangen. Deshalb ist auch die Zustellung einer Klage gegen die Genossenschaft an einen Generalbevollmächtigten unwirksam; § 173 ZPO. findet keine Anwendung wegen der Unwirksamkeit der Generalvollmacht. Ein einfacher Bevollmächtigter ist aber zur Annahme eine Klagezustellung für die Genossenschaft nicht berechtigt.

§ 46. Berufung der Generalversammlung. **RG.** LeipzZ. **12** 917, R. **12** Nr. 3257. Die Vorschrift des § 46 Abs. 1 kann nicht in dem Sinne verstanden werden, daß die Einladung bereits mit der Aufgabe zur Post dem Adressaten zugeht, wenn das Statut gegenteilige Auslegungsbehelfe bietet. **RG. 60** 144 betrifft den § 51 GmbHG., dessen Wortlaut sich mit § 46 GenG. nicht deckt.

§ 47. Einsicht des Protokollbuchs. RJA. **11** 191, SeuffA. **67** 239, SeuffBl. **12** 78, R. **12** Nr. 671 und 1702 (KG.). Die Staatsbehörde hat das Protokollbuch in den Geschäftsräumen der Genossenschaft einzusehen; Übersendung zur Einsicht kann sie nicht verlangen. Die Staatsbehörde hat nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht mehr Rechte als die Genossen und die Genossen können ohne Zweifel eine Übersendung zur Einsicht nicht verlangen.

§ 51. Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse. 1. Ungültigkeit eines Beschlusses der Generalversammlung über Statutenänderung wenn die in der Satzung vorgeschriebene Zustimmung aller Genossen fehlt. JDR. **10** § 16 = RJA. **11** 100. Vgl. § 16 Ziff. 1 u. 2.

2. Zustellung der Anfechtungsklage. LeipzZ. **12** 946 (Colmar). Die Anfechtungsklage ist dem Vorstand und dem Aufsichtsrate zuzustellen. Die Auffassung, daß die Zustellung an eins der beiden Vertretungsorgane gemäß § 171 Abs. 3 ZPO. genüge, wird mit der zutreffenden Erwägung, daß diese Vorschrift ein gleichmäßiges Interesse der mehreren gesetzlichen Vertreter verlange, jene beiden Organe aber von verschiedenen Interessen geleitet werden könnten, von Rechts-

lehre und Rechtsprechung zurückgewiesen. Solange also ein vertretungs- und beschlußfähiger Aufsichtsrat fehlt, kann die Klage nicht erhoben werden. Ob jene Voraussetzungen gegeben sind, hat das Gericht jederzeit von Amts wegen zu prüfen.

Vierter Abschnitt. Revision.

§ 54. Haftung des Verbandsrevisors. **RG.** R. **12** Nr. 814. Der Verbandsrevisor ist ebenso wie der nach § 61 vom AG. bestellte Revisor in ein gesetzliches Schuldverhältnis zu der Genossenschaft getreten, kraft dessen er für jedes Verschulden bei Ausführung der Revision Schadensersatz zu leisten hat.

§ 55. Haftung des Genossenschaftsverbandes gegenüber den ihm angeschlossenen Genossenschaften für die vom Verbande bestellten Revisoren. a) **RG. 78** 143, JW. **12** 404, LeipzZ. **12** 232. Es ist zu eng, wenn man meint, der Verband habe keine andere Pflicht als die, einen sachverständigen Revisor zu bestellen. Vielmehr hat der Verband, wie sich aus § 63 Abs. 3 G. ergibt, die Pflicht, den bestellten Revisor zu beaufsichtigen. Die Bestimmung des § 63 Abs. 3, die eine fortlaufende Kenntnisnahme von der Tätigkeit des Revisors ermöglicht, hätte keinen Sinn, wenn der Verband nicht in die Lage gebracht werden sollte, gegen eine ungenügende oder fehlerhafte Tätigkeit des Revisors einzuschreiten. Nimmt daher der Verband solche Mängel wahr und unterläßt er es, auf eine Abstellung hinzuwirken, so hat er für einen entstehenden Schaden Ersatz zu leisten. Auf der anderen Seite haftet der Verband nur für eigenes Verschulden. Die von dem Revisor begangenen Pflichtwidrigkeiten bürden dem Verbande, wenn er seiner Bestellungs- und Aufsichtspflicht genügt hat, eine Ersatzpflicht nicht auf. Der von Citron, JW. **09** 644, angezogene § 278 BGB. versagt ebenso wie der § 31 BGB., auf den Crüger-Parisius 338 verweist. b) Deumer, LeipzZ. **12** 298, kommt zu dem gleichen Ergebnisse wie das RG. Er führt aus: „Für Anwendung des § 31 BGB. ist kein Raum, weil der Revisor nur ein vom Verbande beauftragter Sachverständiger ist, somit zu ihm in einem Dienstverhältnisse steht, das eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, als solcher daher weder der Organisation des Verbandes angehört noch verfassungsmäßig zu dessen Vertretung berufen ist. Indem der Revisor aus eigener Sachkunde und Erfahrung die genossenschaftliche Einrichtung und Geschäftsführung zu prüfen hat, ist er auch nicht im Sinne des § 831 BGB. zu einer Verrichtung bestellt. Für die Anwendung des § 278 BGB. fehlt es an dem Vertragsverhältnisse zwischen Verband und Genossenschaft; die Genossenschaft gehört dem Verband als Glied eines korporativen Gebildes an; ihre Beziehungen sind sozial-rechtlicher Natur. Die Frage der Haftung des Verbandes ist aus dem GenG. selbst zu lösen. Aus dem Wesen der Revision und den mit ihr verknüpften Aufgaben, die das Gesetz dem Verbande gegenüber den ihm angehörenden Genossenschaften auferlegt, ist diese Haftung zu folgern. Die revisionsbedürftige Genossenschaft ist auf den vom Verbande bestellten Revisor angewiesen, ohne gegen dessen Auswahl einen Rechtsbehelf zu haben. Wenn das Gesetz weiter von einer Revisionspflicht des Verbandes (§§ 56, 60 Ziff. 2) spricht, so kann sich diese Pflicht nicht in der bloßen Bestellung erschöpfen; das folgt insbesondere aus § 63 Abs. 3. Aber auch aus § 823 Abs. 2 BGB. läßt sich die Haftung des Verbandes herleiten."

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

§ 68. Eintrag der Ausschließung eines Genossen. OLG. **24** 166, RJA. **11** 103, ZBlFG. **12** 475, DNotV. **12** 750, R. **12** Nr. 816 (KG.). Die Eintragung der vom Vorstande beschlossenen Ausschließung eines Genossen erfordert nur, daß dem Gerichte die Abschrift des Ausschließungsbeschlusses vorgelegt wird. Eine weitere Prüfung der formellen Voraussetzungen des Ausschließungs-

verfahrens steht dem Gerichte nicht zu, sofern nur der Beschluß von dem zuständigen Genossenschaftsorgan gefaßt war. Insbesondere hat das Gericht die Eintragung nicht von der Nachprüfung der Behändigung des Beschlusses an den Ausgeschlossenen abhängig zu machen. Ob die Ausschließung selbst als zu Recht bestehend erfolgt ist, ist nicht vom Registerrichter, sondern im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden.

§ 76. Übertragung des Geschäftsguthabens an einen an Stelle des ausscheidenden Genossen eintretenden Dritten. 1. Umfang der Prüfungspflicht des Registerrichters. KGJ. **40** A 79, RJA. **11** 105, ZBlFG. **12** 476, OLG. **24** 166, R. **12** Nr. 812. Der Richter hat ebenso wie im Falle des Beitritts eines Genossen (§ 15) die zur Eintragung des Ausscheidens einzureichenden Urkunden (nämlich die zwischen dem Ausscheidenden und dem Erwerber des Guthabens geschlossene Übereinkunft bzw. eine beglaubigte Abschrift der Übereinkunft und, falls der Erwerber noch nicht Mitglied ist, seine vorschriftsmäßige Beitrittserklärung) nur auf ihre formelle Rechtsbeständigkeit zu prüfen. Auf die Echtheit der Unterschriften und die Wirksamkeit der Übereinkunft sowie der Beitrittserklärung erstreckt sich die Prüfung des Gerichts nicht. Eine Ablehnung der Eintragung aus solchen Gründen ist jedoch nicht ausgeschlossen, falls die Unwirksamkeit der Übereinkunft oder der Beitrittserklärung, ohne daß es weiterer Ermittelung bedarf, aus den dem Gerichte bekannten Tatsachen sich als zweifellos ergibt. Die allgemeine Ermittelungspflicht des § 12 FGG. ist daher für diese die Genossenliste betreffenden Eintragungen beseitigt. Es darf also auch der Registerrichter den Nachweis der im Statute vorgesehenen Genehmigung des Aufsichtsrats zur Übertragung nicht verlangen. So auch Parisius-Crüger § 76 Anm. 5; aM. Cohn, Handels- und Genossenschaftsregister (3) 665.

Siebenter Abschnitt. Konkurs und Haftpflicht der Genossen.

§ 120. OLG. **24** 145, R. **12** Nr. 2391 (Breslau). Auch ein Vorvertrag muß die Erklärung enthalten, daß die Genossen mit dem ganzen Vermögen haften.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen.

§ 134. R. **12** Nr. 1843 (Stuttgart). Anfechtung der Übernahme weiterer Geschäftsanteile wegen Täuschung vgl. § 15 Ziff. 2.

§ 137. Pflicht zum Erwerbe weiterer Geschäftsanteile. **RG.** BayRpflZ. **12** 461. Bei einer eingetragenen GenossenschaftmbH. kann das Statut die Verpflichtung zum Erwerbe weiterer Geschäftsanteile vorschreiben. Der Erwerb der weiteren Geschäftsanteile erfolgt nach § 137 G. dadurch, daß der Vorstand eine vom Genossen abgegebene und unterzeichnete Erklärung bei Gericht einreicht und daß das Gericht die Beteiligung der Genossen auf die weiteren Anteile in die Liste der Genossen einträgt. Erst mit dem Eintrag tritt die Beteiligung in Wirksamkeit; vorher gemachte Einlagen sind ohne Rechtsgrund gemachte Leistungen.

Neunter Abschnitt. Strafbestimmungen.

§ 147. 1. **RG.** (Straff.) **45** 212, R. **12** Nr. 3309. § 147 stellt mehrere Tatbestände verschiedener Delikte auf, nicht etwa verschiedene Begehungsarten eines und desselben Deliktes. Der erste Teil der Gesetzesstelle gewährt der Behörde, der zweite den Mitgliedern der Genossenschaft und ihren Gläubigern Schutz gegen Wahrheitsentstellungen durch berufene Organe der Genossenschaft. Aber auch diesem zweiten Teile liegen die verschiedenartigen Obliegenheiten des Vorstandes und des Aufsichtsrats zugrunde, wie sie in den §§ 33, 38, 139 geregelt sind. Einzelne der Strafdrohungen richten sich nur gegen den Vorstand, andere nur gegen den Aufsichtsrat. Ist das Hauptverfahren gegen den Angeklagten wegen einer dieser

verschiedenen strafbaren Handlungen eröffnet, so ist das Gericht deshalb aus § 263 StPO. nicht genötigt, zu prüfen, ob er sich nicht in anderer Art gegen § 147 vergangen hat.

2. **RG.** (Straff.) **45** 210, R. **12** Nr. 2482. Schweigt ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied zu dem inhaltlich unwahren Vortrag eines Genossen über den Vermögensstand der Genossenschaft, obwohl er die Unrichtigkeit kennt, so liegt darin noch nicht ein wissentlich unwahres Darstellen.

3. **RG.** (Straff.) **45** 211. Gegenüber den im § 147 zuvorgenannten Übersichten hat das Gesetz erkennbar den Ausdruck „Vortrag" gewählt, um den Unterschied zwischen schriftlicher und mündlicher Berichterstattung hervorzuheben. Zugegeben mag werden, daß darunter nicht jede gelegentliche Äußerung eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieds in der Generalversammlung fällt, sondern nur solche Äußerungen, die das Mitglied innerhalb seiner Zuständigkeit und kraft seiner Eigenschaft als zur Leitung der Genossenschaft Mitberufener macht. Nicht abzusehen ist aber, warum die Schlußworte, die der Vorsitzende des Vorstandes im Anschluß an die Erläuterung der erteilten Jahresbilanzen und die daraufhin erfolgten Besprechungen der Bilanzen an die Generalversammlung zu richten pflegt, um ihr nochmals die Versicherung von dem günstigen Stande der Geschäfte abzugeben, nicht darunter fallen sollten.

Patentgesetz

vom 7. April 1891/6. Juni 1912.

I. Literatur: Alexander-Katz, Patentrechte usw. Recht aller Kulturländer. Berlin 1913. — v. Boehmer, Die Patentfähigkeit von Erfindungen. Grundsätze für ihre Prüfung und für die Erteilung von Patenten. Berlin 1911. — Bruno, Über Patentschutz. Berlin. — Damme, Das deutsche Patentrecht (2). Berlin 1911. — Dunkhase, Die patentfähige Erfindung und das Erfinderrecht unter besonderer Berücksichtigung des Unionsprioritätsrechts. Leipzig 1911. — Ebermayer-Stenglein, Patentgesetz in Stengleins strafrechtlichen Nebengesetzen I, 116—154. 1911. — Gareis-Osterrieth-Magnus, Die patentamtlichen und gerichtlichen Entscheidungen in Patent-, Muster- und Markenschutzsachen. Neue Folge der Entscheidungen in Patentsachen VI. Berlin 1911. — Hedderich, Der Lizenzvertrag, erläutert an Beispielen aus der Rechtspraxis. — Isay, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, Kommentar (2). Berlin 1911. — Derselbe, Die zivilistischen Grundlagen der Patentverwaltung. Eine Einführung. Berlin 1912. — Osterrieth, Die Washingtoner Konferenz. Berlin 1912. — Reitzenstein-Leander, Patentrechtliche Entscheidungen. Berlin 1913. — Riezler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht I. — Seligsohn, Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern. Kommentar (2). Berlin 1912. — Wangemann, Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen. Berlin 1912. — Weber, Der Patentverkauf. — Wirth-Isay, Der Patentanspruch, Beiträge zu seiner Behandlung und Auslegung. Berlin 1912.

II. Allgemeines: Gesetz betr. den Patentausführungszwang vom 6. Juni 1911, Entwurf, GewRSchutz **13** 121 ff. — Reichstagsverhandlungen I. Lesung, ebenda 140 ff. — Bericht der Reichstagskommission (Nr. 793 Drucks. des RT.), ebenda 306 ff. — Reichstagsverhandlungen II. und III. Lesung, ebenda 315 ff. — Gesetz, ebenda 318 ff.

Bruno, Über Patentschutz. Verf. erörtert u. a. die Frage prinzipiell weittragender chemischer Patente und die Notwendigkeit, zur Erreichung dieses Zweckes die Anmeldung chemischer Erfindungen bzw. deren Veröffentlichung längere Zeit hintanzuhalten. — Cantor, Patentsicherheit und Patentunklarheit, Elektrotechn. Zeitschr. **13** 19. Im Anschluß an den unten erwähnten Aufsatz Waldschmidts schlägt Verf. eine Reform des PatG. dahin vor: Im Prinzip ist der von der Rechtsprechung jetzt eingenommene Standpunkt hinsichtlich der Patentauslegung und die Bestimmung des Schutzbereichs festzuhalten; daneben sind aber Bestimmungen zu treffen, welche die Patentklarheit fördern, z. B. durch weitere Ausgestaltung der Patentschriften dahin, daß dem Patentanspruch und der Beschreibung noch ein vom PA. beigefügtes Resume angeschlossen wird. Dieses Resume

hätte zu erläutern, welchen Erfindungsgedanken das PA. in dem Patent als verkörpert ansieht. Dadurch wäre soviel klar, daß der in dem Resume hervorgehobene Erfindungsgedanke den Schutzbereich des Patents jedenfalls insoweit extensiv bestimmt, daß seine Benutzung eine Patentverletzung bedeutet. — Ephraim, Die Mitteilungen geheimer Akten an die Prozeßgerichte durch das Patentamt, LeipzZ. **11** 36. Der Verf. kommt zu dem Ergebnisse, daß die bisherige Praxis der Gerichte, Akten abgewiesener Patentanmeldungen vom PA. einzufordern, vollkommen korrekt sei. Ebenso sei es im Einklange mit dem Gesetze, daß das PA. dieser Forderung entspreche und nur den Vorbehalt mache, daß die Beschreibungen und Zeichnungen geheimzuhalten seien. Dagegen sei das Gericht durchaus berechtigt, die in den patentamtlichen Verfügungen enthaltenen Hinweise auf Vorveröffentlichungen den Beteiligten bekanntzugeben. — Hüfner, Die Einforderung patentamtlicher Akten durch die Gerichte, LeipzZ. **11** 366. Verf. bekämpft die von Isay (LeipzZ. **10** 722) vertretene Ansicht, das PA. müsse das Ersuchen eines Gerichts auf Übersendung der Akten einer zurückgewiesenen Anmeldung ablehnen, falls nicht das Einverständnis des Anmelders nachgewiesen werde. Denn soweit dem PA. die Pflicht obliege, das Recht des zurückgewiesenen Anmelders auf Geheimhaltung zu wahren, werde derselben durch den Hinweis genügt, daß die Akten nur mit Einwilligung des Anmelders Dritten zugänglich gemacht werden dürfen. — Hübner, Vorausverfügung über künftige Patente, ZIndR. **11** 122. Das Ergebnis der Erörterungen des Verf. ist: Über künftige Patente kann grundsätzlich im voraus gültig verfügt werden. Bei der Vorausverfügung ist eine der Lösung harrende technische Aufgabe genau zu bezeichnen. Diejenigen später erteilten Patente werden von der Verfügung ergriffen, welche Erfindungen schützen, deren Aufgaben mit der bei dem Abschlusse des Vertrags umschriebenen übereinstimmt. — Isay, Die Entwickelung der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Patentrechts im Jahre 1910, GewRSchutz **11** 20. Verf. bespricht besonders die Entscheidungen des RG. über den Schutzumfang des Patents, die über den Patentanspruch hinausgehen und den Stand der Technik entscheidend sein lassen. — Derselbe, Der Kampf um das Gegenwartsrecht und das Patentamt, MSchutzuWettbew. **10** 367. Verf. verlangt, daß das PA. als Erteilungs- wie als Spruchbehörde die „alte" Gesetzesauslegungsmethode aufgebe und sich der Buchstaben-, Wort- und Begriffsjurisprudenz entschlage. — Osterrieth, Das Problem der einheitlichen Gestaltung des PatG., GoldschmidtsZ. **68** 1. Verf. untersucht die Bedürfnisfrage und die der Durchführbarkeit einer Vereinheitlichung der Patentgesetze. Der Utopie eines Weltpatentrechts huldigt O. nicht, erklärt vielmehr nur eine einheitliche Regelung in Einzelheiten für möglich. — Derselbe, Die einheitliche Gestaltung der Patentgesetzgebungen, MSchutzuWettbew. **10** 20. Verf. erörtert im wesentlichen, unter Zugrundelegung des Gedankenganges der obigen größeren Arbeit, eine weitere Vereinheitlichung des Patentrechts. Er erklärt hierfür zunächst Aufdeckung der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und volkspsychologischen Grundlagen der patentrechtlichen Bestimmungen der einzelnen Länder für nötig. Hierdurch würden manche Zusammenhänge aufgedeckt, manche Gleichheitspunkte ohne weiteres gegeben, aber auch der Nachweis erbracht werden, daß Bestimmungen, die jetzt als unbedingt notwendig angesehen würden, weil sie aus dem Volkscharakter zu entstammen scheinen, diesen Ursprung nicht hätten. — Derselbe, DJZ. **15** 14—25. Verf. spricht sich für eine grundlegende Reform des Patenterteilungsverfahrens und des Rechtsschutzes des Patents aus. Er tritt insbesondere für die unbedingte Schadensersatzhaftung nach Klagerhebung ein. Er will dem Erfinder einen Erfindungsschutz zusprechen. — Vogt, Zu den Angriffen auf das Patentamt, MSchutzuWettbew. **11** 25. Verf. weist die Angriffe Isays im obigen Aufsatze zurück. — Waldschmidt, Eine Forderung der Industrie an das künftige Patentgesetz, DWirtschZ. **12** 1036, Zeitschr. „Hansa-Bund" **12** 578. Verf. stellt die Forderung auf, daß das künftige PatG. eine Bestimmung enthalten müsse, wonach, im Gegensatze zu der zur Zeit herrschenden Rechtsprechung, der Erfinder Schutzrechte durch das Patent genieße, nicht entsprechend der Erfindung, welche ihm „gebührt", sondern nur entsprechend der Erfindung, welche er angemeldet hat und die ihm vom PA. zugebilligt worden ist. Verf. gründet seine Ausführungen auf die Entscheidungen des RG. vom 9. Februar 1910. Er kritisiert die an diese Entscheidung sich anschließende Rechtsprechung, nach der es nicht so sehr darauf ankomme, was der Erfinder als Erfindung angemeldet und was das PA. als Erfindung anerkannt habe sondern auf das, was der Erfinder als Erfindung hätte anmelden können und was das PA. hätte anerkennen können oder sollen. Daraus folge eine für die konkurrierende Industrie unerträgliche Unklarheit über den Schutzbereich der Patente.

§ 1. I. 1. Alexander-Katz, DJZ. **11** 751. Verf. kommt zu dem Resultate, daß Unterkombinationen durch ein Kombinationspatent nicht geschützt sind.

2. v. Boehmer, Die Patentfähigkeit von Erfindungen, Grundsätze für

ihre Prüfung, für die Erteilung von Patenten. — Sonderabdruck aus den Verhandlungen des Vereins zur Beförderung des Gewerbefleißes (Berlin 1911). — Verf. behandelt unter Wiedergabe früherer Arbeiten (s. GewRschutz **7** 125 ff., **8** 329 ff.) die offenkundige Vorbenutzung von Erfindungen, die Erfindungseinheit, die Angestelltenerfindung. Er kämpft auch gegen die herrschende Auslegung des Begriffs der „Erfindung" an; er sieht darin jeden geistigen Plan, der etwas zum Gegenstande hat, was hergestellt, in Verkehr gebracht oder gebraucht werden kann. Die Patentfähigkeit sei davon abhängig, ob das Gewerbe von der Erfindung Nutzen ziehen könne.

3. Düring, Sind Tierheilmittel sowie Verfahren zur Heilung von Tieren von der Patentierung in Deutschland ausgenommen? Verf. verneint die aufgeworfene Frage. Anders PA. 31. 10. 10, PMZBl. **11** 110.

4. Ephraim, Die Bestimmtheit des chemischen Verfahrens, GewRschutz **12** 289 ff. Verf. bekämpft das Ergebnis Schanzes (Nr. 13); er bestreitet vor allem, daß man seinerzeit dem Ausdrucke „bestimmtes Verfahren" diese Bedeutung beilegte, als er geprägt wurde. Er kommt zu der Folgerung, daß das „bestimmte Verfahren" nicht den chemischen Erfindungen eigentümlich sei. Das bestimmte chemische Verfahren sieht er vielmehr in der Einwirkung eines Mittels auf einen Stoff zur Erzielung eines anderen Stoffes unter Kennzeichnung der Stoffe und des Mittels in einer für die Auffindung genügenden Weise. (S. Nr. 10 u. 13.)

5. Fricke, Die Patentfähigkeit von Erfindungen, GewRschutz **11** 227. Verf. bespricht zustimmend die Schrift von v. Boehmer, Die Patentfähigkeit von Erfindungen. Die Definition v. Boehmers „Erfindung" im Sinne der §§ 4 u. 11 PatG. sei ein geistiger Plan, der sich zur Ausführung bringen lasse und etwas zum Gegenstande habe, was hergestellt, in Verkehr gebracht, feilgehalten oder gebraucht werden könne, hält Verf. für zu weitgehend.

6. Gleichen, Über den Begriff der Patentfähigkeit mit Bezug auf §§ 1, 2 u. 3 Abs. 1 PatG., GewRschutz **11** 181. Der Verf. spricht die Patentfähigkeit solchen technischen Neuerungen zu, welche die gewerbliche Produktion fördern, soweit diese Neuerungen nicht die natürliche Betätigung des Gewerbes behindern.

7. Isay, Das Kombinationspatent, LeipzZ. **10** 881. Verf. vertritt im Gegensatze zu Schanze (Das Kombinationspatent) die Ansicht, die Unterscheidung zwischen Kombinationserfindung und Totalitätserfindung sei unzutreffend. Alle Erfindungen seien Kombinationen. Man könne von den gewöhnlichen Erfindungen nur solche unterscheiden, deren einzelne Elemente als selbständige Erfindungen angesprochen werden könnten.

8. Kohler, Das Kombinationspatent, ABürgR. **36** 11. Verf. vertritt im Gegensatze zu Schanze (Das Kombinationspatent) die Ansicht, daß die bloße Addition von Wirkungen und bildenden Kräften nicht patentfähig sei, da die Kombination nicht notwendig eine technische Neuschöpfung zu sein brauche. Eine Kombination könne in einem neuen Neben- oder Nacheinander dann vorhanden sein, wenn durch die neue Raum- und Zeitgestaltung eine wirtschaftliche Wirkung erzielt wird. Wenn die Totalitätserfindung in mehrere scharf markierte Einzelakte zerfalle, die der Erfinder als solche erkenne und in dem Patentanspruch und in der Beschreibung angegeben habe, so biete sie neben dem Totalitätspatente die Unterlage für ein Kombinationspatent und mehrere Detailpatente. In einem solchen Falle sei der Einzelakt überhaupt geschützt, nicht nur gegen die Benutzung der Erreichung desselben Zieles. Der Erfinder müsse aber auch den einzelnen Weg dann im Inland ausführen, während er bei dem Totalitätspatente nur das Resultat im Inlande zu verwirklichen habe. Nicht jede Kombinationserfindung schließe eine Totalitätserfindung ein. Eine Nebenwirkung des Erfinderrechts

auf die Totalitätserfindung werde nur durch eine besondere individuelle Eigenschaft der Kombinationserfindung herbeigeführt. Diese Eigenschaft müsse aber bei der Patenterteilung mindestens als möglich erkannt sein. Die Nichtigkeitsklage auf Feststellung, daß nur ein Kombinationspatent vorhanden sei, erklärt Verf. für unzulässig. Die Entscheidung im Nichtigkeitsverfahren sei für die Auslegung des Patents von maßgebender Bedeutung, sowohl wenn sie erklärt, daß ein bestimmter Punkt nicht patentiert sei, als auch wenn sie ein Kombinations- und kein Totalitätspatent feststellte. Entgegen der Ansicht des RG. erklärt Verf. die Gerichte an eine solche Feststellung für gebunden.

9. Kohler, Erfindung und Erfundenes, LeipzZ. **12** 1 ff. Verf. betont, daß es für die Praxis das beste sei, bei dem Begriffe der Erfindung das über die Sphäre des Konstruktiven hinausgehende und individuell Schöpferische zu betonen, diesen Gedanken aber symptomatisch zu behandeln.

10. Müller, Was ist ein auf chemischem Wege hergestellter Stoff? MSchutzu. Wettbew. **10** 146. Verf. kommt unter kritischer Besprechung der verschiedenen Ansichten zu dem Ergebnisse: Ein Stoff ist dann auf chemischem Wege hergestellt, wenn in ihm die Affinität in anderer Weise abgesättigt ist als in den Ausgangsstoffen. (S. Nr. 4 u. 13.)

11. v. Meerscheidt-Hüllessem, Patentfähige Erfindungen, Gew. RSchutz **11** 225. Verf. will einen Beitrag zur Klärung des Begriffs der patentfähigen Erfindung geben; er kommt zu dem Ergebnis, eine patentfähige Erfindung sei eine gewerbliche (d. h. industriell) verwertbare Lehre, eine neue Bewegung der Materie auszulösen, die durch sich oder durch die resultierende Anordnung der Materie oder durch beides zusammen dem Menschen neuen Nutzen gewähre.

12. v. Meerscheidt-Hüllessem, Die Erfindungseinheit, GewRSchutz **12** 83. Verf. erklärt: Eine Verbesserung des Systems der Technik ist eine Erfindung, wenn sie eine Stelle des Systems verbessert. Dies zeigt sich darin, daß sie eine selbständige Bedeutung hat, d. h. in sich alle Merkmale der Erfindung verwirklicht, nämlich Verwertung der Natur zu einem neuen Nutzen für den Menschen. Da die Verwirklichung der Erfindungsmerkmale auf der kausalen Verknüpfung der Erfindungselemente zu dem Ergebnisse: neuer Nutzen, beruht, so kann das Kennzeichen der Erfindungseinheit in der gegenseitigen Abhängigkeit der Neuerungen in bezug auf ihren neuen Nutzen erblickt werden.

13. Schanze, Weshalb und in welchem Sinne ist auf chemischem Gebiete die Bestimmtheit des Verfahrens ein Erfordernis der Patentfähigkeit? GewRSchutz **12** 35 ff. Verf. beantwortet die aufgeworfene Frage dahin: Auf dem Gebiete der Chemie liegen die Dinge komplizierter als auf dem Gebiete der Physik. Um auf diese Schwierigkeiten hinzuweisen, stellt das PatG. das Erfordernis des „bestimmten Verfahrens" auf. Das chemische Verfahren ist nur dann patentfähig, wenn es hinsichtlich seiner Ausführbarkeit und Brauchbarkeit „bestimmt" zum Ziele führt. Bestimmtheit hat nichts mit genauer Beschreibung, mit der Neuheit zu tun. (S. Nr. 4 u. 10.)

14. Schanze, Eigenart und Neuheit der Erfindung, GewRSchutz **12** 345. Verf. polemisiert gegen Isay und stellt als seine Ansicht über den — praktisch wichtigen — Unterschied zwischen Eigenart und Neuheit der Erfindung folgendes hin: Primäres Erfordernis ist die Eigenartigkeit. Erst nach deren Feststellung kann die Frage der Neuheit geprüft werden; deshalb ist die Eigenartigkeit auch keine gesteigerte Neuheit. Eigenartigkeit ohne Neuheit ist möglich. Die Eigenartigkeit ist der Erfindung innewohnend, die Neuheit ist eine bloße akzessorische Eigenschaft derselben. Die Eigenartigkeit, die schon bei geringsten Abweichungen vorliegt, bezeichnet nicht das zur Annahme einer Erfindung erforderliche Maß der Abweichung.

15. Schneider, Entdeckung und Erfindung, GewRSchutz **12** 85. Verf. gibt einen kurzen „Entwurf einer weiteren Unterscheidung".

16. Quade, Überraschender Effekt — Naheliegende Maßnahme, GewRSchutz **12** 252. Verf. bekämpft die Ansicht des PA., die einen überraschenden Effekt überall da verlangt, wo Neuheit und Eigenart nicht ganz unzweifelhaft sind, wenn das neue Verfahren nicht als naheliegende Maßnahme gelten soll. Er verlangt, daß stets der gewerbliche Fortschritt, nicht der überraschende Effekt oder die besondere Originalität der angemeldeten Neuerung das Kriterium dafür sein soll, ob etwas Patentwürdiges vorliegt.

II. 1. **RG.** I. 19. 2. 10, MSchutzuWettbew. **10** 27. Unter Umständen kann auch in der Auswahl des geeignetsten aus einer Vielheit von zur Verwendung stehenden Stoffen noch eine patentwürdige Erfindung erblickt werden, wenn ein unzweifelhafter und allseitiger Vorteil aus dieser Verwendung hervorgeht, der nicht durch anderweite Nachteile wieder aufgewogen wird.

2. **RG.** I. 14. 3. 10, MSchutzuWettbew. **10** 92. Die Angabe eines Mischungsverhältnisses, die nur einen praktischen Fingerzeit enthält, kann nicht als Offenbarung einer Erfinderidee gewürdigt werden.

3. **RG.** V. (Straff.) 18. 3. 10, MSchutzuWettbew. **10** 29. Wenn auch die durch das Patentverfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse am Patentschutze teilnehmen, so ist das Wesen des Patents doch nicht nach diesen, sondern nach der Art des Verfahrens zu bestimmen.

4. **RG.** I. 16. 4. 10, MSchutzuWettbew. **10** 50. In der richtigeren Abmessung der zu verwendenden Stoffe allein kann bei einem chemischen Verfahren in der Regel keine Erfindung erblickt werden.

5. **RG.** I. 20. 6. 10, MSchutzuWettbew. **10** 121. Der Umstand allein, daß eine Maßnahme, nachdem sie einmal offenbart ist, als eine recht naheliegende erscheint, hindert nicht, sie als eine Erfindung anzusprechen.

6. **RG.** I. 25. 6. 10, MSchutzuWettbew. **10** 149. Eine Konstruktion kann deshalb außerhalb des Schutzbereichs eines Kombinationspatents stehen, weil sie auf die Benutzung eines für das Patent als wesentlich erklärten Elements verzichtet.

7. **RG.** 8. 12. 10, GewRSchutz **11** 72, MSchutzuWettbew. **10** 210. Die Verbindung mehrerer bekannter Vorrichtungen für einen neuen Zweck, welche nicht rein handwerksmäßig erfolgt, kann nur dann Schutz beanspruchen, wenn in ihr ein Erfindungsgedanke und ein gewerblicher Fortschritt liegt.

8. **RG.** V. (Straff.) 30. 12. 10, **44** 185, PMZBl. **11** 216. Das Neue einer Erfindung kann nicht durch einen rein äußerlichen Vergleich ihrer Merkmale mit älteren Erscheinungsformen ermittelt werden. Jede Erfindung verfolgt ein bestimmtes technisches Ziel. Je vollkommener dieses durch sie erreicht wird, um so vollkommener ist sie selbst und um so größer erscheint der in ihr liegende technische Fortschritt. Da die Formgebung und die Anordnung der einzelnen Teile eines erfundenen Gebrauchsgegenstandes nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Erreichung des erstrebten technischen Zieles sind, so kann ihre technische Bedeutung und ihr technischer Wert nicht anders als unter Berücksichtigung dieser ihrer technischen Gesamtwirkung beurteilt und bestimmt werden.

9. PA. 14. 3. 10, MSchutzuWettbew. **10** 167. Die Anbringung einer bei sonstigen Meßinstrumenten schon vielfach verwendeten Vorrichtung bei einem bestimmten Meßinstrument ist dann patentfähig, wenn dabei eine verdienstvolle Aufgabenstellung vorliegt.

10. PA. 31. 10. 10, MSchutzuWettbew. **10** 354. Als gewerblich verwertbar im Sinne des § 1 PatG. sind alle Erfindungen anzusehen, deren Ausführung in der Ausnutzung von Naturkräften und -stoffen zum Zwecke der Güter-

produktion besteht, mag die Ausführung auf industriellem oder sonstigem gewerblichen, insbesondere auch auf landwirtschaftlichem Gebiete liegen. Nicht gewerbliche Erfindungen sind solche, die entweder überhaupt nicht der Produktion dienen, sondern nur der Erkenntnis, oder solche, die auf geistigem Gebiete liegen, wie z. B. neu erfundene Notenschriften, Kurzschriften usw. deren Anwendung also nicht auf Dienstbarmachung von Naturkräften oder -stoffen abzielt. Landwirtschaftliche Verfahren sind dann patentunfähig, wenn Verlauf und Ergebnis durch die künstlichen Bedingungen, die das Verfahren ausmachen, nicht ein für allemal festgelegt ist, z. B. Saatzuchtverfahren.

11. **RG.** I. 26. 4. 11, R. **15** Nr. 3242. Patent und Erfindung sind nicht dasselbe. Wenn in einem Vertrage die Parteien von der „Erfindung" des einen Teiles reden, aber das jetzige, ihnen damals noch unbekannte Verfahren des anderen Teiles nicht im Auge gehabt haben können, so erscheint es nach allgemeinen Auslegungsregeln zutreffend, als den Gegenstand des Vertrags nur das Patent anzusehen.

12. **RG.** I. 13. 5. 11, LeipzZ. **11** 614, MschutzuWettbew. **11** 110. Zur Annahme einer Kombinationserfindung ist es notwendig, daß die Kombinationswirkung zeitlich im gleichen Augenblicke eintritt. Eine Gesamtanordnung ist nur schutzfähig, wenn ihr eine Wirkung, welche über diejenige der Einzelelemente hinausreichen würde und ursächlich auf die Kombination derselben zurückzuführen wäre, zukommt.

13. **RG.** I. 24. 5. 11, LeipzZ. **11** 615. Patente sind nicht dazu bestimmt, die Wissenschaft zu fördern, sondern sie sollen den Zwecken der Technik und des Verkehrs dienen. Steht der Sprachgebrauch der reinen Theorie mit den Gepflogenheiten dieser Kreise nicht im Einklange, so darf er für die Auslegung nicht maßgebend sein.

14. **RG.** I. 24. 6. 11, MschutzuWettbew. **11** 315. Wenn es der zielbewußten Tätigkeit eines Forschers gelingt, aus einer größeren Anzahl möglicherweise zu Gebote stehender Mittel, Methoden, Kombinationen, gerade diejenigen auszuwählen, welche den angestrebten Erfolg am besten und sichersten herbeizuführen geeignet sind, ist ihm das Verdienst eines Erfinders jedenfalls dann zuzusprechen, wenn die Auswahl nicht ohne Überwindung gewisser Schwierigkeiten getroffen werden kann und der Erfolg gegenüber dem bisher Bekannten und Erkannten einen bedeutsamen Fortschritt enthält.

15. **RG.** I. 13. 12. 11, R. **12** Nr. 505, MschutzuWettbew. **11** 316, PMZBl. **12** 255. Wenn der Kern eines patentierten Verfahrens gerade darin gefunden werden muß, daß bestimmte Stoffe auf chemischem Wege zusammengebracht werden, so kann hieraus nicht hergeleitet werden, es seien die Ausgangsstoffe als Stoffe oder es sei das auf chemischem Wege hergestellte Endergebnis als geschützt anzusehen.

16. PA. 16. 1. 11, GewRschutz **11** 143. Eine Vorbenutzung ist zu verneinen, wenn aus der in Verkehr gebrachten Ware nicht die Art ihrer Herstellung zu ersehen und wenn einzelnen Personen zwar die Herstellung gezeigt, nicht aber das Wesentliche des Verfahrens erläutert worden ist.

17. PA. 17. 6. 11, MschutzuWettbew. **10** 353. Auch sehr einfache Erfindungen können patentfähig sein, wenn sie auf einem Gebiete, wo es auf billige Massenerzeugung ankommt, die letztere wesentlich fördern, oder wenn (**RG.** I. 20. 6. 11, MschutzuWettbew. **10** 121) sie nur unter Überwindung gewisser Schwierigkeiten möglich sind und den erstrebten Erfolg in bisher nicht erreichtem Maße erzielen.

18. PA. II. 30. 8. 11, MschutzuWettbew. **11** 330. Der Umstand, daß ein Fachmann in der Lage ist, eine bestimmte Anordnung zutreffen, schließt

den Erfindungscharakter einer Anordnung nicht aus, da ja Fachmänner in erster Linie geeignet und berufen sind, innerhalb ihres Faches Erfindungen zu machen.

19. PA. o. Datum, ZIndR. **12** 161. Nicht eine technische Aufgabe, sondern die Mittel zu ihrer Lösung sind patentfähig.

20. PA. 14. 10. 11, ZIndR. **11** 257. Offenkundig ist eine Vorbenutzung dann, wenn keine besonderen Geheimhaltungsmaßregeln getroffen waren. Der Nachweis, daß derselbe Erfolg schon vorher erzielt war, und die Glaubhaftmachung der Übereinstimmung beider Verfahren genügen.

21. PA. 29. 9. 11, MschutzuWettbew. **11** 95. Fehlerhafte Darstellungen in entgegengehaltenen Patentschriften, die anscheinend den Anmeldungsgegenstand vorwegnehmen, sind wegen ihrer Unrichtigkeit nicht patenthindernd.

22. **RG.** I. 14. 1. 11, MschutzuWettbew. **10** 242. In der Zusammenfassung naheliegender Maßnahmen zu einem erfolgreichen Systeme liegt eine patentfähige Erfindung.

23. **RG.** I. 30. 3. 12, MschutzuWettbew. **11** 527. Die Erfindung setzt eine Neuerung voraus, die durch synthetisches Denken, nicht durch rein analytisches Denken gefunden wurde.

24. Die Idee eines neuen Spieles kann Grundlage eines Patentschutzes sein, wenn die Spielidee in einem eigentümlichen, neuen Apparate zum Ausdrucke kommt.

25. **RG.** I. 4. 5. 12, PMZBl. **12** 258. Es ist nicht möglich ein individuelles Geschmacksmuster in der Weise unter Patentschutz zu stellen, daß man das Verfahren, durch das es geschaffen ist, zum Patent anmeldet. Wohl aber ist ein neues technisches Verfahren dem Patentschutze dann zugänglich, wenn dadurch der Weg zur Schaffung einer neuen Art, einer ganzen Gattung von Geschmacksmustern, die wieder unter sich individuell verschieden sein können, eröffnet wird.

26. **RG.** I. 3. 7. 12, R. **12** Nr. 2742. Offenkundige Benutzung liegt nicht vor, wenn lediglich tastende Versuche stattgefunden haben, deren Ergebnis die Billigung der Betriebsleitung nicht gefunden hat und die infolgedessen nach Anfertigung einiger Exemplare wieder aufgegeben worden sind.

27. **RG.** I. 16. 12. 11, PMZBl. **12** 136. Die Überwindung eines Vorurteils kann als erfinderisches Verdienst gelten. — Eine Erfindung kann patentfähig sein, obwohl der ihr zugrunde liegende Gedanke in der Literatur beiläufig schon ausgesprochen ist.

28. PA. I. 23. 2. 12, MschutzuWettbew. **11** 271. Die Übertragung einer bei Herstellung bestimmter Gegenstände bekannten Arbeitsweise auf die Herstellung anderer Gegenstände aus gleichem Material ist patentfähig, wenn die Gegenstände — wie Hufeisen und Rübenschnitzelmesser — ganz verschiedenen Gebieten der Technik angehören und verschiedene Sorgfalt bei der Herstellung erfordern.

§ 2. I. 1. *Cantor, GewRschutz **11** 160—165. Der Benutzungsbegriff des § 2 PatG., § 1 GebrMustG. ist identisch mit demjenigen des § 4 PatG., § 4 GebrMustG. Er umfaßt nicht bloß technische Benutzungsformen, sondern auch insbesondere das Feilhalten und Inverkehrbringen. — § 2 PatG., § 1 Abs. 2 GebrMustG. definiert nicht den objektiven Erfindungsbegriff nach § 1 PatG. oder den Begriff des objektiv neuen Gebrauchsmodells nach § 1 Abs. 1 GebrMustG. Sie geben nur eine erschöpfende Fiktion, wenn eine an sich objektiv gegenüber dem, was zur Anmeldezeit Allgemeingut der Branchekundigen ist, vorliegende Erfindung nicht als neu gilt und deshalb vom Schutz ausgeschlossen ist. — Feilhaltung im Inlande liegt nicht vor, wenn im Inlande der Vertrieb von Ware durch Probevorlegung in der Art versucht wird, daß die Ware vom Auslande nach dem Auslande geliefert werden soll. Die der Kundschaft zwecks Erlangung

von Warenbestellungen überlassene Probe erscheint nicht unbedingt unentgeltlich überlassen; sie kann auch als entgeltlich veräußert gelten, da im Warenpreise die Kosten dieser Probe einkalkuliert sind. Benutzung des Erfindungsgegenstandes bzw. der Erfindung liegt aber dann jedenfalls nicht vor, wenn es sich nur um deskriptive Proben handelt. Letzterer Gesichtspunkt ist auch ausschlaggebend bei Prüfung der Frage, ob es sich bei der Probenhingabe um ein Inverkehrbringen des Erfindungsgegenstandes gehandelt hat, ob eine Erfindungsverkörperung im Sinne des PatG. oder nur eine Erfindungsbeschreibung in Modellform in Verkehr gebracht worden ist.

2. Fricke, Die Patentfähigkeit von Erfindungen, GewRSchutz **11** 231. „Offenkundig" ist eine Erfindung nicht erst dann benutzt, wenn das Benutztsein den „anderen Sachverständigen" bekannt geworden ist, sondern schon dann, wenn für diese die konkrete Möglichkeit, die Tatsache des Benutztseins kennen zu lernen, deshalb vorliegt, weil die Tatsache bei irgendjemandem offenkundig ist.

II. 1. PA. 7. 1. 11, MSchutzuWettbew. **10** 288. Widerrechtliche Entnahme liegt nicht vor, wenn der Angestellte eine Erfindung mit Einwilligung des Etablissementsinhabers anmeldet. Die Entnahme ist keine Handlung, die sich dem Erfindungsberechtigten gegenüber zu irgendeiner Zeit vollzieht; sie fällt vielmehr zeitlich mit der Anmeldung zusammen. Denn sie geschieht in dem Augenblicke, wo der Unberechtigte sich die fremde Erfindung zum Zwecke der Patenterwirkung aneignet. Entscheidend ist also der Zeitpunkt der Anmeldung. Stellt sich diese nicht als unberechtigte Entnahme dar, so wird durch sie — sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen — der Anspruch des Patentsuchers auf Erteilung des Patents gemäß § 3 PatG. begründet. Dieser kann nur durch Zurücknahme der Anmeldung oder die Versagung des Patents untergehen. Andere Ereignisse, insbesondere auch die hinterher eintretenden Tatbestandsmomente der widerrechtlichen Entnahme, können den einmal entstandenen Patenterteilungsanspruch nicht vernichten.

2. **RG.** I. 16. 4. 10, MSchutzuWettbew. **10** 50. Ein in einem Rezepte niedergelegtes Verfahren ist offenkundig benutzt, wenn das Rezept im Kreise der Abnehmer von Waren des Rezepteigentümers zum Zwecke seiner Benutzung ohne das Verlangen nach Geheimhaltung verbreitet wird.

3. PA. 11. 5. 10, MSchutzuWettbew. **10** 70. Die Übersendung einer Zeichnung einer Glühlampenfassung und die briefliche Erläuterung des Modells behufs Preisanstellung stellt keine Benutzung gemäß § 2 PatG. dar.

4. **RG.** I. 27. 2. 11, JW. **11** 409, R. **12** Nr. 3731. Unkenntnis des PA. von Vorveröffentlichungen und Vorbenutzungen ist unerheblich.

5. **RG.** 22. 3. 12, LeipzZ. **12** 463. Widerrechtliche Aneignung einer Erfindung liegt nicht nur dann vor, wenn ein besonderer Rechtsgrund, wie Vertrag, unerlaubte Handlung die Aneignung als widerrechtlich erscheinen läßt, sondern schon dann, wenn die Erfindung wissentlich ohne Erlaubnis des Erfinders benützt wird. Daraus, daß der Erfinder ohne Patentanmeldung nicht befugt ist, andere von der Benützung des Gegenstandes der Erfindung auszuschließen, folgt nicht, daß nun jeder Dritte durch einfache Nachahmung ein unentziehbares Recht auf Benutzung auch für den Fall sich sichern kann, daß die Patentanmeldung nachfolgt.

6. PA. 1. 11. 12, ZIndR. **12** 266. „Andere Sachverständige" sind Sachverständige des betreffenden Industriezweigs von vollkommener Sachkunde.

§ 3. I. 1. Aehnelt, Über das Erfinderrecht vor Erteilung des Patentrechts, ZIndR. **12** 217. Erörterung der einschlägigen Rechtsfragen auf Grund der bekannten Judikatur und Literatur unter kritischer Besprechung derselben. S. auch Oppenheimer, Erfindungsschutz vor der Anmeldung, MittVDP. **11** 34.

2. Anderson, Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen, GewRschutz **12** 177. Verf. liefert einen „kritisch-informatorischen“ Beitrag zur Frage der Angestelltenerfindung unter eingehender Erörterung der Darlegung Wangemanns (s. unten Nr. 5).

3. Hüfner, Die Reihenfolge der Prüfungsgesichtspunkte und das Verhältnis der Vorpatentierung zur Patentfähigkeit, GewRschutz **11** 362. Das Ergebnis der Ausführungen des Verf. ist, daß die Erfindung in erster Linie auf Patentfähigkeit nach §§ 1 u. 2 PatG. zu prüfen ist und nur im Falle der Bejahung dieser Frage auf Vorpatentierung nach § 3 Abs. 1 geprüft werden darf. Daraus ergibt sich für das Patenterteilungsverfahren noch der gewichtige Rechtssatz, daß bei Beantwortung der Frage, ob die Erfindung Gegenstand des Patents eines früheren Anmelders ist, Erwägungen, die aus § 1 PatG. hergeleitet sind, vollkommen fortfallen und deshalb nach § 15 PatG. in den Beschlüssen und Entscheidungen des PA. nicht als Gründe angeführt werden dürfen. In der ersten Verfügung sind schon alle Beurteilungsmomente in logischer Reihenfolge zur Sprache zu bringen unter Hervorhebung des eventuellen Verhältnisses, in welchem sie zueinander stehen. Wenn eine Anmeldung im Hinblick auf § 3 Abs. 1 nicht zur Patenterteilung führen kann, so muß festgestellt werden, daß sie bereits Gegenstand eines Patentes eines früheren Anmelders ist. Daher ist im einzelnen Falle stets zu ermitteln, welche Erfindung das Vorpatent schützt. Nach der herrschenden Meinung ist lediglich der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung entscheidend. Verf. hebt aber hervor, daß grundsätzlich für den Schutzumfang nur der Patentanspruch als entscheidend anzusehen sei. Für die Prüfung der Identitätsfrage erläutert Verf. folgende Grundsätze als maßgebend. Nicht alles, was durch das frühere Patent geschützt ist, muß auch Gegenstand der Patenterteilung sein. Es ist im Sinne des § 3 Abs. 1 zwischen Gegenstand des Patents und den Grenzen des Schutzumfanges zu unterscheiden, wenngleich praktisch in vielen Fällen mit der Feststellung des geschützten Gegenstandes auch der Schutzumfang gegeben ist.

4. Moser, Gehört das Einspruchsrecht wegen widerrechtlicher Entnahme zur Konkursmasse? GewRschutz **11** 305. Einspruch ist dem Sinne des PatG. nach nichts weiter als eine eingeschränkte Patentanmeldung.

5. Wangemann, Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen. Das Recht an einer Erfindung zerfällt allgemein erstens in den individualrechtlichen Teil, die Erfinderehre und das Recht am Geheimnisse, zweitens in den Erfindungsbesitz als ein Rechtsverhältnis, drittens in das Verbietungsrecht als den eigentlichen vermögensrechtlichen Teil. Die Nutzanwendung dieser Theorie auf das Recht der Angestellten im besonderen ergibt, daß der Angestellte die Erfinderehre für sich in Anspruch nehmen kann und das Recht hat, das Geheimnis der Erfindung für sich zu bewahren, daß er aber nach der Materialisierung der Erfindung dem Dienstherrn ein weder zeitlich noch materiell-inhaltlich beschränktes Mitbenutzungsrecht einzuräumen hat. Das Verbietungsrecht dritten Personen gegenüber mit Ausnahme des Dienstherrn bleibt als Vermögensrecht beim Angestellten zurück, weil auf Grund des Dienstvertrags der Übergang von Vermögensrechten nicht gestützt werden kann.

6. Wassermann, Zur Frage der Priorität abgezweigter Patentanmeldungen, GewRschutz **12** 118. Verf. bekämpft die Entscheidung des PA. vom 15. April 1910 (PMZBl. **10** 180), welche die frühere, auch in der Literatur gebilligte Ansicht verläßt, wonach auch nach Bekanntmachung einer Anmeldung aus derselben ein in der bekanntgemachten Beschreibung geschilderter Erfindungsgedanke ausgeschieden und bei neuer Anmeldung für denselben die Priorität der Stammanmeldung verlangt werden kann.

II. 1. MSchutzuWettbew. **11** 123 (Dresden). Bei der Bemessung eines im Sommer 1890 zugesagten „rechtmäßigen Anteils“ an einer Angestellten-

erfindung (Etablissementserfindung) ist der Umstand zu berücksichtigen, daß Angestelltenerfindungen damals regelmäßig nicht abgegolten zu werden pflegten.

2. R. **11** Nr. 879 (Stuttgart). Die Erfindung eines mit der Beaufsichtigung des Betriebs einer Stahlhütte beauftragten Angestellten kann nicht ohne weiteres als Etablissementserfindung von dem Dienstherrn in Anspruch genommen werden.

3. **RG.** I. 25. 9. 11, PMZBl. **12** 8. Wer durch eine rechtswidrige Anmeldung seiner Erfindung durch einen anderen und die darauf erfolgte Patenterteilung in seinen Erfinderrechten verletzt wird, hat gegen den Erwerber des Patentes nur dann einen Anspruch auf Übertragung des Patentes, wenn dem Erwerber des Patents ein schuldhaftes Verhalten zur Last fällt.

4. **RG.** I. 13. 2. 11, PMZBl. **11** 218. Nach der Patenterteilung besteht neben dem Patentrechte kein selbständiges Recht des Erfinders mehr. Erst mit Erteilung des Patents wird das subjektive Patentrecht geschaffen. Das Erfinderrecht kann daher vom Patentrechte nur bis zur Erteilung des Patents unterschieden werden. Neben dem Patentrecht ist ein Recht des Erfinders als selbständiges, koexistierendes Gebilde nicht denkbar.

5. **RG.** I. 22. 5. 11, **76** 298. Die unter mehreren Patentinhabern bestehende Rechtsgemeinschaft ist nach §§ 741 f. BGB. zu beurteilen.

6. **RG.** I. 4. 5. 12, PMZBl. **12** 228. Die Priorität einer zurückgewiesenen Patentanmeldung kann einer späteren Anmeldung gleichen Inhalts nicht zuerkannt werden.

7. PA. 16. 3. 12, PMZBl. **12** 133, DJZ. **12** 1132. Ist die Anmeldung und Erteilung eines Patents auf den Namen einer GmbH., die nicht zur Entstehung gelangt ist, erfolgt, so ist der Antrag des Erfinders, der die Anmeldung für die GmbH. tatsächlich bewirkt hat, in die Patentrolle als Patentinhaber eingetragen zu werden, als begründet anzuerkennen.

8. LG. Leipzig, ZIndR. **12** 231. Die Verleitung eines unerfahrenen Erfinders zur Nachsuchung zahlreicher Auslandspatente verstößt gegen die guten Sitten.

§ 4. (S. auch zu § 20.) I. 1. Alexander-Katz, Zur Lehre von der Äquivalenz, ZIndR. **12** 278. Verf. bekämpft die Ansicht Meinhards (GewRschutz **12** 3), daß Äquivalenz im patentrechtlichen Sinne die Lösung der gleichen Aufgabe durch ein anderes Mittel sei, mit dem Hinweise darauf, daß, wenn dieser Satz richtig sei, eine neue Aufgabe nur durch ein einziges selbständiges Patent gelöst werden könne. Der Begriff der Äquivalenz beziehe sich nicht auf die Gesamtlösung der Aufgabe, sondern auf die zur Lösung der Aufgabe angewandten einzelnen Mittel.

2. Arldt, Über Festsetzung eines Umfanges der Erfindung mit Bezug auf den jeweiligen Stand der Technik, GewRschutz **11** 249. Verf. vertritt die Ansicht, daß der Stand der Technik sich durch die dem Fachmanne jeweilig zur Verfügung stehende Gesamtheit der ingenieurwissenschaftlichen Erkenntnis auf seinem Sondergebiet unter Berücksichtigung der beiden Einschränkungen des § 2 PatG. bestimmt. Eine neue Erfindung im Sinne des PatG. muß sich im wesentlichen als eine Erweiterung dieses Standes der Technik darstellen, indem sie der ingenieurwissenschaftlichen Erkenntnis entweder einen neuen Weg erschließt oder sie auf bereits begangenen Bahnen weiterführt. Die Tätigkeit des PA. im Erteilungs- und Nichtigkeitsverfahren, ebenso die Tätigkeit des Gerichts im Verletzungsprozesse besteht grundsätzlich in nichts anderem als in der Feststellung des Umfanges einer Erfindung mit Bezug auf den jeweiligen Stand der Technik. Die erste und grundlegende Feststellung über den zur Zeit der Erfindung geltenden Stand der Technik ergeben die Erteilungsakten, aus denen die Ansicht des PA. und des Erfinders zu entnehmen ist.

3. Benjamin, Der Stand der Technik als wichtigster Behelf für die Auslegung von Patentansprüchen, MschutzuWettbew. **11** 367. Verf. gibt eine Übersicht über die jüngste einschlägige Judikatur und behandelt besonders ausführlich die Entsch. des RG. vom 2. 3. 1912 (s. Nr. II 46) mit allgemein interessanten Ausführungen, wie Patente, die nur als Reklamemittel Bedeutung haben (Reklamepatente), zustande kommen.

4. Benjamin, MschutzuWettbew. **10** 107, s. Nr. I¹ zu § 10.

5. Cantor, Probevorlegung als Benutzung, GewRschutz **11** 160. Verf. bekämpft die Entsch. des OLG. Hamburg vom 31. Mai 1910, die eine zum bestimmungsgemäßen Gebrauche der Sache nicht geeignete Probe lediglich technisch, nicht aber wirtschaftlich als ein Erzeugnis des geschützten Verfahrens ansieht.

6. *Cantor, Erfindungsermittelung und Schutzbereich, GewRschutz **12** 351. Der Verletzungsrichter hat eine doppelte Aufgabe: a) die Auslegungsaufgabe der Feststellung des Gegenstandes der Erfindung, b) die Bestimmungsaufgabe der Feststellung des Umfanges des Schutzrechts. Die Lösung der zweiten Aufgabe ist unabhängig von der ersten Aufgabe. Zur Lösung beider Aufgaben kommt der Stand der Branchetechnik in Betracht, der zu würdigen ist auf Grund folgender zweier gleichmäßig beachtlicher Prämissen. Es ist im Zweifel anzunehmen, daß a) positiv der Anmelder sich alles hat schützen lassen, was in seiner Anmeldung Schutzfähiges vorhanden war gegenüber dem damaligen Stande der Branchetechnik; b) negativ der Anmelder sich nichts hat schützen lasseu, was nach bzw. gegenüber dem Stande der Branchetechnik zur Anmeldezeit α. bekannt war oder β. keine patentwidrige Erfindung bedeutete. Daneben sind nicht zn vermutende Verzichte und Beschränkungen in den Patenterteilungsakten zu beachten. Danach ist bald eingeschränkteste Bestimmung des Schutzbereichs, bald weiteste Ausdehnung desselben möglich. Den Schutzbereich braucht der Anmelder nicht erkannt zu haben. Eine Verschiebung der Erfindungswerte ist möglich. Der Schutzbereich darf aber nicht auf eine vom Anmelder nicht erkannte und zum Zwecke der Patentanmeldung kundgegebene Erfindung erstreckt werden. Nach dem Stande der Branchetechnik ist nicht nur alles, was gegenüber dem zur Zeit der Anmeldung Bekannten a) keine eigenartige Erfindung darstellt, b) an sich eine eigenartige Erfindung sein könnte, aber infolge offenkundiger Inlandsvorbenutzung oder öffentlicher Druckschriftsbeschreibung vom Patentschutz ausgeschlossen ist. Es ergibt sich hieraus das wirtschaftlich erstrebenswerte Resultat: 1., voller Schutz des Erfinders nach seinem Erfinderverdienste, 2., keine Schutzausdehnung über das Erfinderverdienst zum Nachteile der Allgemeinheit weder α. auf gemeinfreies Gebiet, β. auf erfinderischem Neuland auf das, was der Anmelder hätte erfinden können, aber nicht erfunden hat. Die Anwendung dieser Grundsätze und ihr Ergebnis werden einzeln untersucht 1. bei Kombinationsschutz und seiner Tragweite, 2. in Beziehung auf Äquivalenzschutz, 3. im Falle einer Änderung oder Erweiterung der Patentansprüche im Laufe des Erteilungsverfahrens.

7. Fehlert, Patentverletzungen auf Ausstellungen, GewRschutz **12** 149. Verf. prüft auf Grund der verschiedenen einzelstaatlichen Gesetzgebungen die Frage, wie gegen Patentverletzungen, die durch Ausstellungsgegenstände verkörpert werden, vorgegangen werden kann, und inwieweit das Recht des Patentinhabers, eine Patentverletzung zu verfolgen, in Einklang zu bringen ist mit dem Rechte der Ausstellungsleitung und des Publikums auf eine ungestörte Besichtigung der ausgestellten Gegenstände. Er schließt daran Vorschläge de lege ferenda.

8. Fricke, Die Patentfähigkeit von Erfindungen, GewRschutz **11** 232. Polemik gegen das Urt. des **RG.** vom 9. Februar 1910 über die Bedeutung des Patentanspruchs. Ausführungen de lege ferenda.

9. Gleichen, Die Bestimmung des Patentschutzes aus den Patentansprüchen bei Patentverletzungsprozessen unter Berücksichtigung neuerer Reichsgerichtsentscheidungen, GewRschutz **12** 223 ff. Verf. unternimmt es, den „Versuch einer Konstruktion" zu machen, nach der die Schutzauslegung aus den Patentansprüchen erfolgen kann für den Fall, daß die letzteren die begriffliche Darstellung der Erfindung in voller Übereinstimmung mit dem in der Beschreibung offenbarten technischen Inhalt enthalten.

10. *Jacobsohn, Die Unterlassungsklage 155/156. Vgl. oben § 241 II BGB. und die dortigen Verweisungen.

11. Isay, Der Begriff des Standes der Technik, SächsA. **11** 147 u. GewRschutz **11** 156. Verf. vertritt die Ansicht, daß unter Stand „der Technik" im Verletzungsprozesse das gleiche wie im Erteilungsverfahren zu erblicken sei. Die Vorschriften des § 2 PatG. seien daher auch im Verletzungsverfahren anzuwenden. Es handle sich lediglich um bestimmte einzelne Tatsachen, die wie sonstige Prozeßtatsachen zu behandeln seien, d. h. die Druckschriften und Vorbenutzungsfälle unterliegen der Verhandlungsmaxime und müssen von demjenigen, der sich darauf beruft, bewiesen werden.

12. Isay, Der Patentanspruch in der jüngsten Rechtsprechung des RG., GewRschutz **11** 321. Verf. kommt zu folgendem Resultate: I. Die Auslegung des Patentanspruchs im Sinne einer Ermittelung der technischen Vorstellung, welche durch ihn dem fachmännischen Leser mitgeteilt werden soll, ist streng zu scheiden von der Auslegung des Patents im Sinne einer Beantwortung der Frage, welche technische Vorstellungen unter den Patentschutz auch dann fallen, wenn sie von der durch den Patentanspruch vermittelten Vorstellung abweichen. II. a) Eine ausdehnende Auslegung des Patents im Sinne einer Erstreckung des Schutzumfanges über die durch den Patentanspruch vermittelten technischen Vorstellungen hinaus ist zulässig. b) Sie erfolgt grundsätzlich auf der Grundlage des Standes der Technik. c) Eine Beschränkung dieses Umfanges tritt ein durch unzweideutige Verzichte und Versagungen im Erteilungsverfahren. III. Eine einschränkende Auslegung des Patents durch den Verletzungsrichter mit dem Ziele, einzelne von den durch den Patentanspruch vermittelten technischen Vorstellungen vom Schutze auszuschließen, ist unzulässig. IV. Die Auslegung des Patentanspruchs im Sinne der Ermittelung, welche Vorstellung als Gegenstand der Erfindung mitgeteilt werden soll, erfolgt auf Grund des Standes der Technik. Druckschriften und Vorbenutzungsfälle, denen gegenüber ein erfinderischer Überschuß nicht mehr besteht, bleiben dabei außer Betracht.

13. Isay, Die einschränkende Auslegung von Patenten, GewRschutz **12** 241 ff. Die Urteile des RG. vom 3. Januar 1912 und vom 2. März 1912 (unten II 46) geben Verf. Veranlassung, seine Bedenken (MittVDP. **12** 23) erneut geltend zu machen. Er geht davon aus, daß der Prozeßrichter zur Feststellung des Umfanges des Patents selbständig ermitteln muß, worin der Überschuß des Patentes gegenüber dem Stande der Technik ist. Ergibt sich hierbei, daß überhaupt kein patentfähiger Überschuß vorhanden ist, so ist das Patent doch nicht als wirkungslos anzusehen, ebenso nicht, wenn patentrechtliche Äquivalente (das sind nach J. diejenigen Mittel zur Lösung der Aufgabe eines bestimmten Patents, welche die gleiche Funktion erfüllen wie die im Patente genannten Mittel, deren Gleichwirkung jedem Fachmanne bekannt war) in Frage kommen. Auch Patente von beschränktem Umfange erstrecken sich mindestens auf die bekannten Äquivalente. Gleichwirkende Mittel, die erst durch die Erfindung geschaffen werden, sind hingegen patentrechtlich keine Äquivalente. Verf. ist der Ansicht, daß das Urt. vom 2. März 1912 gegenüber der bisherigen Auffassung zwei neue Lehrsätze enthalte: 1. Ergeben sich nachträglich Äquivalente eines Patents als bekannt, so ist zu unterscheiden zwischen denjenigen, welche die gleiche und denjenigen, welche eine schlechtere Wirkung haben. Nur

die ersteren fallen unter das Patent. 2. Es kommt für die letzteren nicht darauf an, ob sie wirklich eine schlechtere Wirkung haben, sondern nur darauf, ob es für den Patentanmelder den Anschein haben konnte, daß sie eine schlechtere Wirkung hätten. Die Unterscheidung zu 1 erklärt Verf. für die Praxis als unbrauchbar, von der zu 2 befürchtet er, daß damit praktisch der Satz, im Verletzungsprozesse dürfe ein Patent nicht aller Wirksamkeit entkleidet werden, aufgehoben wird. Die beiden Urteile des RG., die unzweifelhafte Äquivalente, weil sie bekannt waren, vom Patentschutz ausschließen wollen, machten aber das Patent wirkungslos, im Gegensatze zu der früheren reichsgerichtlichen Praxis (s. Meinhard, GewRschutz 12 148, unten Nr. 21).

14. Isay, Die Bedeutung der Gründe des Nichtigkeitsurteils für den Verletzungsstreit, GewRschutz 12 41. Verf. kommt zu folgenden Resultaten: 1. Der Nichtigkeitsrichter hat nur festzustellen, was als Gegenstand der Erfindung aufrechtzuerhalten ist. Aussprüche über den Schutzumfang gehören nicht zu seiner Zuständigkeit. 2. Die Feststellung des Nichtigkeitsurteils, was als Gegenstand der Erfindung aufrechtzuerhalten ist, bindet den Verletzungsrichter. Äußerungen der Entscheidungsgründe, welche für diese Entscheidung nicht notwendig sind, insbesondere solche über den Schutzumfang, sind ohne Bedeutung. 3. Wird ein Patentanspruch beschränkt, so ist demgemäß zu prüfen, ob festgestellt werden sollte, daß die ursprüngliche weitergehende Fassung etwas als Gegenstand der Erfindung bezeichnete, was als schutzunfähig zu erklären sei, oder ob die weitere Fassung das als Gegenstand der Erfindung Anerkannte ungenügend bezeichnete; im ersteren Falle liegt eine versagende Entscheidung über den Gegenstand der Erfindung vor, die für den Verletzungsrichter bindend ist, im letzteren Falle nur eine genauere Fassung des Gegenstandes der Erfindung, welche es der für die Bestimmung des Schutzumfanges zuständigen Instanz offenläßt, die Grenzen des Schutzes zu bestimmen. 4. Die Berufung gegen ein die Nichtigkeitsklage abweisendes Urteil ist seitens des Patentinhabers unzulässig. Verf. bekämpft also die Ansicht Kohlers (Handbuch 368 ff., Lehrbuch 159 ff.), daß das abweisende Nichtigkeitsurteil eine „rechtsverbindliche Auslegung des Patents" gäbe, an welche der Verletzungsrichter gebunden sei.

15. Isay, Der Rechtsweg wegen Patentverletzungen durch das Reich oder den Staat, GewRschutz 12 142. Verf. berichtet über drei neuere Urteile des RG., die den Rechtsweg wegen der Frage, ob durch das Reich oder den preußischen Staat in Ausübung eines Hoheitsrechts Patentverletzungen begangen worden seien, für den Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch für unzulässig erklären. Er bezeichnet dieses Ergebnis praktisch als im höchsten Grade unbefriedigend. Er vertritt die Ansicht, daß, da die im § 13 GVG. vorgesehene Ausnahme nicht vorliegt, allein zu entscheiden sei, ob es sich bei dem Anspruche des Patentinhabers wegen Patentverletzung durch Hoheitsakte um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handle und kommt in dieser Hinsicht zu dem Ergebnisse, daß der Streitfall dann als ein öffentlich-rechtlicher anzusehen ist, wenn durch die Klage eine unmittelbare Einwirkung auf den Staat durch Verbot der Ausübung eines Hoheitsrechts oder durch ein Gebot, dasselbe in bestimmter Weise auszuüben, erzielt werden soll (Unterlassungsanspruch). In allen anderen Fällen, in denen der Klagegrund ein Privatrecht ist, müsse eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit angenommen werden. Die daran sich anschließende Frage, ob eine Patentverletzung durch einen staatlichen Hoheitsakt einen Entschädigungsanspruch für den Patentinhaber begründe, bejaht Verf. entgegen der Ansicht des RG. und hält insoweit auch den Rechtsweg für zulässig. Die Schadensersatzpflicht hält er auch beim Mangel von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit für begründet.

16. Isay, Mittelbare Erfindungsbenutzung, MSchutzuWettbew. 10 79. Unter mittelbarer Erfindungsbenutzung versteht Verf. eine Benutzung, die nur in der Herstellung und dem Vertriebe des Materialien zugleich mit der Überlassung des Verfahrens an den Abnehmer besteht. Eine solche nimmt er für Verfahrens- und An-

ordnungserfindungen an. Der Abnehmer beutet in einem solchen Falle gleichsam als Werkzeug des Patentinhabers zu dessen Vorteil die Erfindung aus. Daraus ergiebt sich auch, daß eine mittelbare Patentverletzung möglich ist. Durch den Vertrieb von Verfahrensmitteln wird gegen ein Verfahrenspatent dann verstoßen, wenn der Veräußerer beabsichtigt, daß er durch den Vertrieb die Verfahrenserfindung benutzt. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist nicht erforderlich. Verf. kommt weiter zu dem Ergebnisse, daß ein Vorbenutzungsrecht durch mittelbare Erfindungsbenutzung begründet werden könne (aA. **RG.** PMZBl. **13** 130), daß der Vorbenutzer auch zur mittelbaren Erfindungsbenutzung berechtigt sei. Zur Erlangung des Vorbenutzungsrechts hält er die Absicht für erforderlich, durch Vertrieb der Erfindung diese auszunutzen. Der Vorbenutzer habe aber nicht das Recht, Lizenzen zu erteilen. Er dürfe nur die Verwendung der von ihm bezogenen Verfahrensmittel gestatten.

17. Katz, Sachverständigenwesen, GewRschutz **11** 125. Verf. tritt für die nach § 155 ZPO. zulässige Zuziehung eines Sachverständigen in der ersten mündlichen Verhandlung zur Klärung des Prozeßstoffs ein. Er verwirft die schriftliche Begutachtung vor der mündlichen Vernehmung des Sachverständigen, wie auch die bisherige Methode in der Auswahl der Sachverständigen.

18. Kohler, Teilherstellung im Inlande, GewRschutz **12** 34. Gegenüber einer Entsch. des RG. vom 12. Dezember 1908 (MittVDP. **9** 60, 63) vertritt Verf. die Ansicht, daß die Herstellung von Dingen im Inlande dann als eine Herstellung von Teilen eines künftigen Ganzen gilt, wenn die einzelnen Stücke im Inlande speziell zu diesem Zwecke hergestellt werden, um dann im Ausland als Teile der Maschinen zu dienen.

19. Kohler, Patentgegenstand und Erfindungsumfang, GewRschutz **12** 161 ff. Die neuerdings an die Unterscheidung von Patentgegenstand und Erfindungsumfang geknüpften Folgerungen bezeichnet Verf. als „Übertreibung und irrige Ausrankung einer an sich richtigen, aber längst bekannten Idee".

20. Lewis, Zur Anwendung des § 945 ZPO. in Patentsachen, LeipzZ. **11** 767. Der Verf. kommt zu folgendem Ergebnis: Eine sich auf ein Patent stützende einstweilige Verfügung darf nicht deshalb, weil das Patent nachträglich für nichtig erklärt wird, als von vornherein ungerechtfertigt betrachtet werden, derart, daß ohne weiteres die Schadensersatzpflicht des § 945 ZPO. begründet wäre.

21. Meinhard, Zur Lehre von der Äquivalenz, GewRschutz **12** 145, der u. a. auch darauf hinweist, daß **RG. 79** 186 den von Isay (s. Wirth-Isay, Patentanspruch 173; s. auch Seligsohn, Kommentar [1] 130) vertretenen Satz mißbilligt, daß ein Patent nicht auf einen Schutzumfang beschränkt werden darf, in den nicht auch die Äquivalente fallen, und daß der Stand der Technik nur insoweit berücksichtigt werden dürfe, daß zwischen ihm und dem Patent ein erfinderischer Überschuß besteht. Verf. bezweifelt, ob die Judikatur bei Verletzungsprozessen noch mit dem Begriff Äquivalenz auskommen wird. M. hält ihn für entbehrlich, wenn der Grundsatz festgehalten wird, daß ein Patent nicht immer alle Äquivalente zu umfassen braucht. Denn dann müsse der Verletzungsrichter bereits bei der Auslegung des Patents prüfen, inwieweit dieses Änderungen in der Wahl der Mittel zuläßt; er habe aus dem Stande der Technik alles völlig Gleiche auszuschalten und ohne Rücksicht darauf, ob ein erfinderischer Überschuß übrig bleibt, aus der Differenz zwischen dem Stande der Technik und dem Gegenstande des Patents den Erfindungsgehalt zu ermitteln. Wenn dann der technische Tatbestand, soweit er die angegriffene Konstruktion oder das angegriffene Verfahren betreffe, festgestellt sei, so ergäbe sich die Entscheidung, ohne daß auf die Äquivalenzlehre eingegangen zu werden brauche.

22. Meinhard, Aus der Praxis der Berliner Patentgerichte, GewRschutz **12** 243. Eine Reihe Entscheidungen, die sich mit der Auslegung von Patenten und dem Vorbenutzungsrechte befassen, werden in instruktiver Weise besprochen.

23. Moser, Der Patentanspruch, ZIndR. **12** 73. Verf. sieht als schutzberechtigt nicht das erzielte Ergebnis (Erzeugnis, Ziel oder die Aufgabe selbst) an, sondern nur das Mittel (Verfahren oder zweckvermittelnder Gegenstand). Im Zusammenhange mit dem Mittel genießt aber das Ergebnis einen gewissen relativen Schutz, insofern mit einem bestimmten Mittel stets ein bestimmter Erfolg, eine bestimmte Erscheinungsform untrennbar dergestalt verbunden ist, daß dieselbe notwendigerweise stets und ausschließlich durch das patentierte Mittel hervorgerufen wird. Absoluten Schutz, Anspruch auf ein Patent gewährt das Gesetz nur dem neuen Mittel, in der Mechanik „Gegenstand", in der Chemie „Verfahren" genannt.

24. Rathenau, Zerpflückung von Reichsgerichtsurteilen, GewRschutz **12** 173 ff. Verf. knüpft an den vorstehenden Aufsatz von Meinhard (Nr. 21) einige allgemeine Bemerkungen. Er wendet sich gegen die „Unsitte", reichsgerichtliche Urteile „Satz für Satz zu zerzausen", das einzelne Urteil „weder als geschlossenes Ganzes, noch als Teil einer Entwickelungsreihe" zu würdigen. Er bekämpft insbesondere die Ansicht Meinhards, das RG. habe in seinem Urt. vom 2. März 1912 eine neue Äquivalenztheorie aufgestellt.

25. Schanze, Patentamt und Prozeßgericht, GewRschutz **12** 197. Verf. behandelt ausführlich die an die Entscheidung des RG. vom 9. Februar 1910 über die Bedeutung des Patentanspruchs und die Auslegung von Patenten sich anknüpfende Kontroverse zu dem Zwecke, eine Unterlage für die Patentgesetzreform herbeizuführen. Verf. hält die Art, wie das RG. einen vom Willen des PA. unabhängigen Schutz statuiert, theoretisch für unrichtig und praktisch für unhaltbar. Er kommt zu dem Resultate: 1. Das PA. hat — auch für den Prozeßrichter bindend — den Gegenstand des Patents festzustellen. Der Wille des PA. ist nach den allgemeinen für die Auslegung von Urkunden geltenden Rechtsgrundsätzen und nach den Patentansprüchen im Zusammenhange mit der Patentbeschreibung zu ermitteln. Eine analoge Ausdehnung des Patentgegenstandes über die Äquivalenz hinaus ist dem Prozeßgerichte versagt. 2. Das Prozeßgericht hat — unabhängig von Wissen und Wollen des PA. — festzustellen, ob und inwieweit der Patentschutz sich auch auf andere Gegenstände erstreckt, die mit dem Patentgegenstand in enger Beziehung stehen (Ideen, Teile, Probleme, Ergebnisse der patentierten Erfindung).

26. Schanze, Die Berücksichtigung des Standes der Technik als Mittel der Patentauslegung, MschutzuWettbew. **11** 418 ff. Verf. behandelt insbesondere die Frage, ob die im § 2 Abs. 1 PatG. aufgestellte Fiktion nur für die Entscheidung, was patentiert werden bzw. bleiben soll, gilt, oder auch für die Auslegung dessen, was patentiert ist. Er bekämpft die Isay-Seligsohnsche Ansicht, daß für die Ermittelung des Standes der Technik zum Zwecke der Auslegung die Vorschrift des § 2 PatG. entsprechend anzuwenden sei, und geht dabei von dem, von Isay nicht beachteten, Unterschiede von Erfindung und Neuheit aus. Verf. führt in dieser Hinsicht noch aus: Dem Anmeldungsgegenstande fehlt der Erfindungscharakter, wenn ein anderer Gegenstand, dem gegenüber er keine Eigenartigkeit aufweist, vor der Anmeldung irgendwie bekannt geworden ist. Dem Anmeldungsgegenstande fehlt die Neuheit, wenn er selbst vor der Anmeldung auf den im § 2 PatG. genannten Wegen bekanntgegeben ist. Verf. kommt daher zu dem Schlusse: Der Stand der Technik ist der Hintergrund oder Untergrund, von dem sich eine Maßnahme, um die für eine Erfindung erforderliche Eigenart zu besitzen, abheben muß. Die Vorschrift im § 2 PatG. hat mit der Eigenartigkeit der Erfindung nichts zu tun; sie betrifft nicht die Frage, was als bekannter Stand der Technik zu gelten hat, sondern die davon ganz verschiedene Frage, ob auf die konkrete, zu schützende Maßnahme, die Vermutung des § 2 PatG., Anwendung findet. Weiter führt Verf. aus: Die Kenntnis des PA. vom Stande der Technik kommt nur in Betracht bei der Feststellung dessen, was Gegen-

stand des Patents bei der Auslegung des Patentanspruchs ist, nicht aber bei der Feststellung dessen, was Gegenstand des akzessorischen Patentschutzes ist.

27. Schiff, Sachverständiger und Beweisbeschluß im Patentprozesse, MschutzuWettbew. **10** 87. Verf. weist auf die Schwierigkeiten hin, von Anfang technische und rechtliche Fragen zu trennen.

28. Tolksdorf, Die Bedeutung des Willens des Anmelders und des Patentamts bei der Auslegung eines Patents, ZIndR. **11** 169. Der Schutzumfang eines Patents bestimmt sich nach dem Willen des Anmelders und des PA.

29. Wertheimer, Die Bedeutung des Patentanspruchs, DJZ. **11** 573. Verf. erörtert die Konsequenzen des Urt. des RG. vom 9. Februar 1910. Er weist u. a. darauf hin, daß die Auslegung des Patents fortan eine selbständige richterliche Feststellung sei und nicht mehr als eine Interpretation einer Willenserklärung des PA. resp. des Anmelders anzusehen sei. Einem Verzicht und Einschränkungserklärungen des Anmelders oder des PA. will er Wirksamkeit nicht zuerkennen. Er folgert weiter aus dem Urteile, daß nach Ablauf der fünfjährigen Frist für die Erhebung der Nichtigkeitsklage mangels Neuheit es nur formelle (unanfechtbare), aber schutzlose Patente geben werde.

30. Aschaffenburg, DJZ. **11** 700, bekämpft diese Auffassung.

II. 1. **RG.** V. 16. 3. 10, MschutzuWettbew. **10** 27. Den Inhalt des Patents hat im Patentverletzungsprozesse der Richter festzustellen. Ist danach eine Kombination als geschützt anzusehen, so schließen Abweichungen von untergeordneter Bedeutung die Annahme einer Nachahmung nicht aus.

2. **RG.** V. 18. 3. 10, MschutzuWettbew. **10** 29. Wenn auch die Erzeugnisse an dem Patentschutze teilnehmen, so ist doch das Wesen des Patents nicht nach ihnen, sondern nach der Art des Verfahrens zu bestimmen.

3. **RG.** I. 7. 5. 10, MschutzuWettbew. **10** 49. Ein neues Patent ist von einem früheren abhängig, wenn es dessen Erfindungsgedanken benutzt und nur durch Vereinfachung einen gewerblichen Fortschritt erzielt.

4. **RG.** I. 29. 6. 10, MschutzuWettbew. **10** 380. Maßgeblich für den Schutzumfang eines Patents ist allein der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung, auch wenn dadurch eine einschränkende Auslegung des Patentanspruchs veranlaßt wird. Dabei sind alle Vorveröffentlichungen zu berücksichtigen, einerlei, ob sie der patenterteilenden Behörde oder dem Patentanmelder bekannt waren oder nicht.

5. **RG.** IV. (Straff.) 1. 7. 10, PMZbl. **18** 219, JW. **11** 250. Unter den Begriff des „Inverkehrbringens" im Sinne des § 4 PatG. fällt jede den Eintritt des patentierten Gegenstandes in den Verkehr tatsächlich herbeiführende Tätigkeit; eine Eigentumsübertragung ist nicht erforderlich. Gewerbsmäßig ist der Gebrauch, wenn er nicht die unmittelbare Befriedigung eigener, insbesondere häuslicher Bedürfnisse erstrebt, sich vielmehr eine solche fremder Bedürfnisse zum Ziele setzt. Ein persönlicher Gebrauch liegt nicht vor, wenn ein Eigentümer eines Miethauses in seinem Neubaue zum Vorteile seiner Mieter den widerrechtlich hergestellten patentierten Gegenstand anbringen läßt.

6. **RG.** I. 1. 10. 10, MschutzuWettbew. **10** 151. Sind bei zwei verschiedenen Gerichten Prozesse wegen Verletzung eines Zusatzpatents und wegen Verletzung des Hauptpatents zwischen denselben Parteien anhängig, so wird dadurch die Einrede der Rechtshängigkeit nicht begründet.

7. **RG.** I. 22. 10. 10, WarnRspr. **10** Nr. 470. Gegenüber einem deutlichen und zweifelsfreien Patentanspruche kann ein weiterer, sich aus der Zeichnung ergebender, aber sonst nicht offenbarter Erfindungsgedanke keine Berücksichtigung finden.

8. **RG.** (Straff.) 20. 12. 10, **44** 185. Ob der von einem anderen in anderen Ausführungsformen hergestellte Gebrauchsgegenstand in ein Patent eingreift, kann nicht lediglich nach der äußeren abweichenden Gestalt des Gegenstandes verneint werden.

9. **RG.** I. 28. 12. 10, **75** 128ff., JW. **11** 227, ZIndR. **11** 116, LeipzZ. **11** 220. Eine Verletzung eines im Deutschen Reiche patentierten Verfahrens liegt nicht vor, wenn in Deutschland lediglich Maßnahmen getroffen werden, das im Auslande nicht patentierte Verfahren dort anzuwenden. Auch ein Verfahren kann „feilgehalten" oder „in Verkehr gebracht" werden, z. B. durch öffentliches Ausbieten der Benutzung auf dem Wege der Lizenzerteilung.

10. PA. 11. 5. 10, MSchutzuWettbew. **10** 70. Keine Benutzung enthält die Übersendung der Zeichnung einer Glühlampenfassung und ihre briefliche Erläuterung, wenn sie lediglich zwecks Preisanstellung erfolgt war.

11. PA. BeschwAbt. II 8. 12. 10, DJZ. **11** 1094. Es sind zwei Fragen zu unterscheiden, ob nämlich ein Patentinhaber ein ihm zustehendes Patent durch engere Umgrenzung einschränken will, oder ob er auf einzelne Ansprüche in toto verzichtet. Verzichte ersterer Art, bei denen also innerhalb einzelner Patentgegenstände auf einzelne Merkmale verzichtet oder durch Änderung des Gattungsbegriffs das Anwendungsgebiet der Erfindung geändert wird, sind unzulässig. Anders liegt die Sache, wenn auf einen einzelnen von mehreren Ansprüchen vorbehaltlos und im ganzen verzichtet wird. Soviel Ansprüche, soviel Patentgegenstände. Da Verzichte streng zu interpretieren sind, ergreifen sie nur den betroffenen Anspruch und können keine Wirkung äußern hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit der übrig gebliebenen Ansprüche.

12. KG. 16. 10. 10, MSchutzuWettbew. **10** 224. Unter Umständen liegt schon im Anbieten von Waren in Katalogen u. dergl. ein Feilhalten im Sinne des Patent- und des GebrauchsmusterG., auch wenn die angebotene Ware noch nicht hergestellt und zur Veräußerung bereitgestellt ist. Zur Begründung der Unterlassungsklage zur Abwehr von Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen bedarf es nicht des Vorliegens einer vollendeten Verletzung. Es genügt vielmehr, daß Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß künftige rechtswidrige Eingriffe in das Schutzrecht beabsichtigt und vorbereitet sind.

13. KG. 26. 10. 10, GewRSchutz **10** 380, MSchutzuWettbew. **10** 224. Die Unterlassungsklage gegen Angebote in Prospekten ist gerechtfertigt, wenn anzunehmen ist, daß der Versender des Prospekts etwaige Bestellungen unter Verletzung des Schutzrechts tatsächlich ausführen will.

14. LG. Frankfurt a. M., ZInd R **12** 257. Durch Feilhalten (Lizenzgewährung) kann auch ein Verfahren benutzt werden.

15. LG. Hamburg, PMZBl. **12** 259. Der dem Verletzten zur Rechnungslegung verpflichtete Patentverletzer braucht seine Handelsbücher dem Verletzten nicht zur beliebigen Prüfung offen zu legen, es genügt, wenn er seine Handelsbücher, soweit sie hinsichtlich der patentverletzenden Geschäfte in Frage kommen, dem Gericht oder einem gerichtlichen Sachverständigen offenlegt.

16. **RG.** 11. 1. 11, LeipzZ. **11** 220. Im Verletzungsprozeß ist nicht nachzuprüfen, ob bei der Erteilung oder der im Nichtigkeitsprozeß erfolgten Aufrechterhaltung des Patents bezüglich des Begriffs der Erfindung oder des technischen Fortschritts zu geringe Anforderungen gestellt sind

17. **RG.** I. 13. 2. 11, **75** 225, JW. **11** 374, R. **11** Nr. 1659, PMZBl. **11** 218. Ein Recht des Erfinders als selbständiges, neben dem Patentrechte bestehendes Gebilde ist nicht denkbar.

18. **RG.** 25. 2. 11, MSchutzuWettbew. **10** 277. Wenn auch durch Ablauf der Frist des § 28 Abs. 3 PatG. der Bestand des Patentes nicht mehr in Frage gestellt werden kann, so ist doch dadurch eine Erörterung nicht ausgeschlossen, wie das Patent auszulegen und sein Schutzumfang des näheren zu begrenzen ist. Die Gerichte sind zur Entscheidung darüber berufen, ob der Einwand der Patenterschleichung begründet ist.

19. **RG.** I. 27. 2. 11, JW. **11** 409, R. **12** Nr. 3731. Wird bei der Patenterteilung lediglich die in der Patentschrift näher bezeichnete Maschine unter Schutz gestellt, darüber aber nichts gesagt, wieweit sich der Patentschutz erstreckt, ob er sich auf die spezielle Konstruktion beschränkt oder ob er alle Maschinen erfaßt, denen eine bestimmte Arbeitsweise eigen ist, so haben hierüber die Gerichte nach Maßgabe des Standes der Technik zur Zeit der Anmeldung nach dem Grundsatze zu entscheiden, daß dem Erfinder im Zweifel derjenige Schutz zusteht, der ihm nach der technischen Bedeutung der Erfindung zukommt. Darauf, ob dem Patentamte bei der Erteilung etwaige diese Bedeutung herabmindernde Vorveröffentlichungen oder Vorbenutzungen bekannt gewesen sind oder nicht, kommt nichts an, wie das RG. in wiederholter Rechtsprechung angenommen hat.

20. **RG.** I. 13. 3. 11, MSchutzuWettbew. **10** 376. Bei Prüfung der Frage, ob in ein Patent eingegriffen wird, darf die patentierte Neuerung nicht nach dem Maße der Erkenntnis gemessen werden, die zu Gebote steht, nachdem die Erfindung gemacht ist; vielmehr muß die vor der Erfindung vorhandene Erkenntnis zugrunde gelegt werden. Das Patent wird verletzt, sobald der Beklagte nur einen Bestandteil der Kombination durch ein anderes diesem Bestandteile gleichwertiges Mittel ersetzt, und zwar für die Zwecke und im Rahmen des Erfindungsgedankens, der durch das Patent geschützt worden ist.

21. **RG.** I. 25. 3. 11, MSchutzuWettbew. **11** 6, LeipzZ. **11** 461. Wer ein nach § 10 Nr. 1 PatG. nicht mehr angreifbares Patent auf betrügerische Weise erwirkt hat, ist verpflichtet, sich seiner Ausübung zu enthalten, nicht anders, als wie eine solche Verpflichtung nach der Rechtsprechung des RG. dem obliegt, der betrügerisch ein rechtskräftiges Urteil erzielt. In beiden Fällen ist durch den Fristablauf nur die Möglichkeit erloschen, daß das erworbene Recht als Scheinrecht erklärt wird. Die Verpflichtung des Inhabers, den Gebrauch des Rechtes zu unterlassen, wird hierdurch nicht berührt. Sie ist eine Folge seiner unerlaubten Handlung und tritt gerade dann praktisch hervor, wenn der Erwerb endgültig geworden ist. Nur muß, wie in dem Falle des rechtskräftigen Urteils, daran festgehalten werden, daß der Rechtserwerb selbst in sittenwidriger Weise herbeigeführt ist. Die Behörde, die das Patent verleiht oder das Urteil erläßt, muß durch absichtliche Irreführung dazu bestimmt sein. Es genügt beim Patente nicht, wenn ein Anmelder, der das Schutzrecht in gutem Glauben erteilt erhielt, nach Entdeckung der dem Rechte anhaftenden Schwäche mit der Geltendmachung absichtlich zögert, bis die Vernichtungsgründe des § 10 Nr. 1 durch Zeitablauf weggefallen sind. Es genügt auch nicht die Anmeldung zum Patente bloß in dem Bewußtsein, eine patentwürdige Erfindung liege in Wirklichkeit nicht vor. Der Anmelder darf mit der Prüfungstätigkeit des Patentamts rechnen; er darf auch damit rechnen, daß den beteiligten Kreisen durch Veröffentlichung der Anmeldung Gelegenheit gegeben wird, Mängel des Anmeldungsgegenstandes ihrerseits ans Licht zu bringen.

22. **RG.** I. 5. 4. 11, PMZBl. **11** 272, ZIndR. **12** 68. Ob der Patentanspruch eine patentfähige Erfindung kennzeichnet, hat das Gericht im Patentverletzungsprozesse nicht nachzuprüfen.

23. **RG.** I. 5. 4. 11, R. **11** Nr. 3374. Eine Patentverletzung infolge Verwendung äquivalenter Mittel liegt nicht vor, wenn in einem jüngeren

Patent keines der mehreren Erfindungsmerkmale eines älteren Patents mitbenutzt wird.

24. **RG.** I. 10. 4. 11, R. **11** Nr. 3376. Im Patentverletzungsprozesse (Unterlassungs- oder Schadensersatzklage) kommt es nicht darauf an, die Patentwürdigkeit der Erfindung im ganzen oder in einzelnen Teilen einer erneuten Prüfung zu unterziehen, sondern darauf, ob der Stand der Technik bei Erteilung des Patents Veranlassung gibt, den Inhalt des Patents in einem einschränkenden Sinne zu verstehen.

25. **RG.** I. 26. 4. 11, MschutzuWettbew. **11** 45. Dem in der Patentschrift angegebenen Mengenverhältnisse kann ausschlaggebende Bedeutung für die Grenzen des Patentschutzes beigemessen werden.

26. **RG.** I. 26. 4. 11, MschutzuWettbew. **11** 46. Wenn auch vom wissenschaftlichen Standpunkt und vielleicht auch vom Standpunkte der Technik aus die Zahlengrenze unberechtigt und willkürlich gewählt erscheinen mag, so berechtigt das nicht, sie patentrechtlich ebenso zu beurteilen und sie einfach zu streichen, nachdem sie vom Stande der damaligen Technik aus als begrenzendes Moment geflissentlich aufgenommen worden ist.

27. **RG.** I. 24. 5. 11, Sörgel **11** 909. Bei der Auslegung von Patenten ist zu beachten, daß sie nicht dazu bestimmt sind, die Wissenschaft zu fördern, sondern den Zwecken der Technik und des Verkehrs dienen sollen. Steht der Sprachgebrauch der reinen Theorie mit den Gepflogenheiten dieser Kreise nicht im Einklange, so darf er für die Auslegung nicht maßgebend sein.

28. **RG.** I. 28. 6. 11, Sörgel **11** 910. Nicht jede Verbesserung des Erfolgs schließt den Tatbestand der Patentverletzung aus.

29. **RG.** 28. 6. 11, LeipzZ. **11** 779, MschutzuWettbew. **11** 141. Der Rechtsprechung des RG. in und seit dem Urteile vom 9. Februar 1910 ist mehrfach eine zu weitgehende Bedeutung beigelegt worden. Es ist ausgesprochen worden, daß bei der Auslegung des Patents im Zweifel der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung entscheide, einerlei ob er der patenterteiltenden Behörde bekannt war oder nicht. Es ist aber nicht ausgesprochen worden, daß der Gang des Erteilungsverfahrens für die Patentauslegung ohne Bedeutung sei; vielmehr ist die Wirksamkeit nachweisbarer Einschränkungen oder Verzichte ausdrücklich anerkannt.

30. **RG.** I. 28. 6. 11, Sörgel **11** 910. Die Beschränkung der Patentschrift auf die Hervorhebung eines von mehreren Ausführungsmitteln benimmt der offenbarten Erfindung ihren weitergehenden Inhalt nicht und kann als gewollte Einengung des nachgesuchten Schutzes dann umsoweniger aufgefaßt werden, wenn sie im Anspruche keinen Ausdruck gefunden hat.

31. **RG.** VI. 28. 9. 11, **77** 217. Eine zivilrechtliche Unterlassungsklage ist dann nicht gegeben, wenn die zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist, ausgenommen sind aber solche Delikte, die durch Privatklage → und solche die nur auf Antrag? ← Red. zu verfolgen sind. Dagegen Delius, JW. **13** 6.

32. **RG.** I. 1. 10. 10, ZIndR. **11** 20. Eine auf Verletzung eines Zusatzgedankens gestützte Klage bewirkt keine Rechtshängigkeit für eine Klage wegen Verletzung des Hauptpatents.

33. **RG.** I. 25. 10. 11, **77** 248, JW. **12** 86, PMZBl. **12** 29. „Inverkehrbringen" eines nach dem patentierten Verfahren hergestellten Erzeugnisses ist jede Handlung, welche eine gewerbsmäßige Benutzung desselben im Inland ermöglicht oder schon selbst darstellt. Es genügt jede bestimmungsgemäße gewerbsmäßige Verwendung und deshalb auch eine solche, die zum Zwecke hat, dem Absatze der mit dem patentierten Verfahren zu erzeugenden Fabrikate zu dienen. Auch derjenige, der Muster oder Proben eines Fabrikats vorlegt oder aushändigt oder auch nur

vorlegt, um Käufer zu finden, verwendet daher die Muster oder Proben gewerbsmäßig und wenn die Muster oder Proben selbst Erzeugnisse des patentierten Verfahrens sind, so begeht er eine Handlung, die im Inlande durch § 4 PatG. verboten ist.

34. **RG.** I. 18. 11. 11, **78** 10, R. **12** Nr. 303, ZIndR. **12** 41, JW. **12** 139, PMZBl. **12** 220. Unterschied zwischen Nichtigkeitserklärung und einschränkender Auslegung. Das für nichtig erklärte Patent hat in der Zeit bis zum Eintritte der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils tatsächlich bestanden. Das Urteil hat zwar rückwirkende Kraft, allein die Fiktion der Rückwirkung kann nicht soweit ausgedehnt werden, daß sie selbst die Tatsache zerstört, daß ein Schutz (wenn auch kein gesetzlich begründeter) wirklich bestanden habe. Dagegen ist das von einem Patente bei seiner richtigen Auslegung nicht gedeckte technische Gebiet stets gemeinfrei gewesen, ein Patentschutz nur irrtümlich angenommen worden.

35. **RG.** I. 29. 11. 11, R. **12** Nr. 305, MschutzuWettbew. **11** 319. Es ist anzuerkennen, daß ein Patentinhaber sich selbst in der Ausübung seines Patents in der Weise beschränken kann, daß er den Gegenstand des Patents oder das unmittelbare Produkt eines patentierten Verfahrens nur selbst herstellt oder anderen die Herstellung gestattet, sich dagegen der Veräußerung an andere enthält und diese auch seinen Lizenznehmern untersagt.

36. **RG.** 28. 12. 10, **75** 128, JW. **11** 227. Ein im Deutschen Reiche patentiertes Verfahren oder ein im Auslande hergestelltes Produkt kann im Auslande jeder benutzen bzw. vertreiben, wenn er nicht durch ein für das Land der Herstellung oder des Vertriebs von der zuständigen Behörde dieses Landes erteiltes Patent behindert wird. Das deutsche Patent wird auch durch Handlungen innerhalb des Deutschen Reiches dann nicht berührt, wenn sich ihre Wirkungen auf das Ausland beschränken, z. B. innerhalb des Deutschen Reiches abgeschlossene Verträge oder Abmachungen und Maßnahmen zur Anwendung des nur im Inlande patentierten Verfahrens im Auslande.

37. OLG. Dresden 3. 2. 11, MschutzuWettbew. **10** 256. Im Zweifel kann der Patentinhaber nur den Schutz beanspruchen, der ihm nach dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung gebührt und es kommt hierbei nicht darauf an, ob der patenterteilenden Behörde der Stand der Technik vollkommen bekannt war. Nur wenn unzweideutige Erklärungen des Patentamts auf einen diesem Sachstande zuwiderlaufenden Willen hinweisen, ist anders zu urteilen.

38. OLG. Breslau 19. 10. 11, MschutzuWettbew. **11** 265. Der Patentschutz ist nicht dadurch bedingt, daß der in der Erfindung liegende Vorteil in jedem Anwendungsfalle klar zutage tritt.

39. OLG. Hamburg 24. 10. 11, PMZBl. **12** 260. Der Patentverletzer hat dem Verletzten über alle seine patentverletzenden Geschäfte Rechnung zu legen, sollten sie auch nach seiner Behauptung ihm einen Gewinn nicht verschafft haben.

40. **RG.** 25. 11. 11, ZIndR. **11** 281, PMZBl. **12** 30. Das Verfahren wegen Verletzung einer ausgelegten Patentanmeldung ist auf Grund eines Einspruchs nur dann auszusetzen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Versagung der Patenterteilung glaubhaft gemacht wird.

41. OLG. Dresden 7. 12. 11, PMZBl. **12** 140. Neben dem Leistungsanspruch auf Unterlassung künftiger Störungen ist für eine Klage auf Feststellung des Umfanges des Schutzrechts kein Raum.

42. OLG. Bamberg 9. 12. 11, ZIndR. **12** 101. Der vom Lizenznehmer mit der Herstellung Beauftragte verletzt das Patent nicht.

43. LG. Leipzig (Patentkammer) 11. 12. 11, GewRschutz. **12** 370. Bei der Feststellung des Schutzumfanges eines Patents kommt der Stand der Technik als Auslegungsmittel im Rahmen des Patentanspruchs, aber nicht im Widerspruche

zu ihm in Betracht. ➠ Bemerkenswert selbständiges und ausführlich begründetes Urteil, das gut über diese Frage orientiert. ⬅ Red.

44. **RG.** I. 15. 1. 12, PMZBl. **12** 107. Die Benutzung eines Elements einer geschützten Kombination stellt eine Patentverletzung dar, wenn das Element zur Zeit der Anmeldung neu war und Erfindungseigenschaft hatte.

45. **RG.** I. 7. 2. 12, PMZBl. **12** 157. Teilweise Benutzung einer älteren Erfindung findet statt, wenn greifbare technische Teilerfolge, die zur Herbeiführung des technischen Endzwecks dienen und bei der alten Erfindung mittels erfinderischer Tätigkeit erzielt waren, auch bei der neuen Erfindung mit den gleichen technischen Mitteln hergestellt und zur Herbeiführung des Endzwecks benutzt werden.

46. **RG.** I. 2. 3. 12, **79** 186, PMZBl. **12** 159, JW. **12** 599, LeipzZ. **12** 463, R. **12** 1557, MSchutzuWettbew. **11** 524. 1. Für die Bestimmung des Schutzumfangs von Patenten ist es erheblich, ob die Erfindung innerhalb eines technisch noch nicht bearbeiteten Gebiets liegt, oder ob sie auf einem von der Technik bereits beschlagnahmten Felde wirksam werden soll. Im ersten Falle kann sich ein allgemeiner Gedanke des Patents frei entfalten, im zweiten Falle dagegen ist diese Entfaltung durch das Vorbekannte gehemmt und ist oft nur noch für besondere erfinderische Neuheiten, für bestimmte Verbesserungen Raum frei geblieben. Im ersten Falle kann auch der geschützte Erfindungsgedanke über die im Patentanspruche bezeichnete bestimmte Ausführungsform hinausgreifen, ohne auf ein Gebiet zu geraten, das nach dem Stande der Technik bereits als der Allgemeinheit erschlossen zu gelten hat. Für die Willensrichtung des Patentanmelders spricht regelmäßig die Präsumtion: im Zweifel habe er soviel anmelden wollen, als ihm nach dem Stande der Technik nach der Tragweite seiner Erfindung unter Schutz gestellt werden konnte. Der ausdehnenden Auslegung sind aber auf einem von der Technik bereits beherrschten Gebiet engere Schranken gezogen. Denn wenn hier die besondere Ausführungsform einer Vorrichtung oder eines Verfahrens unter Patentschutz gestellt ist, so steht sie innerhalb der Grenzen schon bekannter allgemeiner Ideen und kann meistens nur noch für sich als einzelne besondere Neuheit Anspruch auf Schutz erheben. 2. Ein Patent verliert dadurch noch nicht seine Kraft gegenüber Patentverletzungen, daß sich nachträglich ergibt, daß der von ihm getroffene Gegenstand vor der Anmeldung bereits freier Besitz der Technik war. 3. Besteht ein Patent einmal zu Recht, so darf es nicht im Verletzungsstreit aller praktischen Wirksamkeit durch die Feststellung entkleidet werden, daß es im Hinblick auf das zur Zeit der Anmeldung wirklich Unbekannte gemäß § 2 PatG. nicht hätte erteilt werden können. Irgendwelcher Inhalt muß dem bestehenden Patent immer gewahrt werden. 4. Ein Patent braucht nicht immer alle Äquivalente zu umfassen. Die Auslegung darf vor allem dann nicht auf Äquivalente ausgedehnt werden, wenn Anmelder und Patentamt das Patent auf bestimmte Mittel beschränkt haben. Ein Patent kann sich auf ein bestimmtes Mittel beschränken, ohne daß unzweideutige Einschränkungen oder Verzichte im Anmeldeverfahren hervorgetreten sind. Z. B. wenn verschiedene einem gewissen Zwecke dienende Mittel bekannt sind, ein anderes nicht, dieses aber einen eigenartigen Erfolg zu versprechen erscheint und deshalb patentiert wird, so bleibt das Patent auf dieses eine als neu herausgehobene Mittel beschränkt, mag sich auch nachträglich ergeben, daß den anderen Mitteln eine wesentlich gleiche Wirksamkeit wie dem patentierten beiwohnt. Das Gegenteil anzunehmen wäre ungerechtfertigt; es bedeutete dem Patentanmelder ohne eigenes Verdienst auf Grund einer formalistischen Auffassung über Äquivalente ein gewerbliches Kampfmittel zum Schaden der Allgemeinheit in die Hand zu geben. In gleicher Weise kann sich die Wirksamkeit eines Patents, nach dessen Wortlaut nur ein bestimmtes Mittel unter Schutz gestellt wird, beschränken, ohne daß unzweideutige Einschränkungen oder Verzichte im Anmeldeverfahren hervorgetreten sind. Es kann die Er-

streckung des Schutzes auf ähnlich wirkende Mittel schon allein dadurch gehemmt werden, daß diese Mittel zur Zeit der Anmeldung des Patentes bereits in öffentlichen Druckschriften beschrieben oder im Inland offenkundig vorbenutzt waren. — Eine Einschränkung des Schutzumfanges des Patents findet statt, wenn mit einer verschiedenen Wirkung der verschiedenen Mittel gerechnet werden konnte. 5. Da der Stand der Technik auch dann bei der Auslegung des Patents zu berücksichtigen ist, wenn er dem Patentamte nicht bekannt war, so muß allein auf Grund der Tatsache des Bestehens des Patents angenommen werden, daß die in einem Patente vorhandene bestimmte Änderung eine Verbesserung darstelle oder doch den Anschein mit sich bringen konnte, daß sie eine Verbesserung enthalte. Vgl. zu diesem Urteile die Ausführungen von Meinhard (oben I Nr. 21) u. Rathenau (I Nr. 24).

47. **RG.** I. 11. 3. 12, MSchutzuWettbew. **11** 485 erörtert die Bedeutung der Worte „oder dergleichen" in einem Patentanspruche.

48. **RG.** I. 13. 3. 12, PMZBl. **12** 224. Die wissentliche Benutzung einer angemeldeten, aber noch nicht bekannt gemachten Erfindung kann als ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB. nur angesehen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die die wissentliche Benutzung als Verletzung des Anstandsgefühls aller billig oder gerecht Denkenden kennzeichnen.

49. **RG.** I. 16. 3. 12, PMZBl. **12** 225. Bei der Auslegung von Patenten ist auch auf solche Merkmale Rücksicht zu nehmen, die sich nur aus der Beschreibung und der Zeichnung, nicht aus dem Anspruche selbst ergeben. In solchen Fällen kann das Merkmal zur Verdeutlichung des Patents aus der Beschreibung in den Anspruch hinüber genommen werden.

50. **RG.** I. 1. 7. 12, R. **12** Nr. 2740, PMZBl. **12** 259. Unzweideutige Einschränkungserklärungen der Erteilungsbehörde sind für die Auslegung des Patents bindend, so daß in solchen Fällen ein Eingehen auf den Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung des Patents abzulehnen ist.

51. **RG.** IV. (Straff.) 2. 7. 12, MSchutzuWettbew. **12** 32. Diese Entscheidung erörtert in interessanter Weise an einem Einzelfalle die Bedeutung des Umstandes, daß der Erfinder in der Patentschrift nur eine Ausführungsform zur Darstellung gebracht und sich auch nur diese eine Ausführungsform vorgestellt hat, für den Patentschutz hinsichtlich anderer Ausführungsformen.

52. **RG.** I. 10. 7. 12, MSchutzuWettbew. **12** 81. Eine dispositive Beschränkung des Patentanspruchs kann auch unter Umständen aus der der Patentschrift beigefügten Zeichnung entnommen werden.

53. KG. X. 6. 3. 12, MSchutzuWettbew. **11** 441. Der Rechtsweg ist unzulässig bei Schadensersatzansprüchen gegen den Fiskus wegen einer vom Reichsmarineamt in Ausübung der Staatshoheit vorgenommenen Patentverletzung. (S. auch unten § 5 Nr. II 4 und 12.)

54. PatA. 16. 12. 12, PMZBl. **12** 323, DJZ. **13** 153. Über die Bedeutung des Patentanspruchs äußert sich das Patentamt unter Berücksichtigung der bisherigen Erörterungen in der Literatur wie folgt: „Das Patentamt hat im Erteilungsverfahren davon auszugehen, daß die Feststellung der Erfindung ausschließlich seine Aufgabe ist und daß der Gegenstand des Patents im Patentanspruche derart wiederzugeben ist, daß Zweifel über die Auslegung des Patents für die von der Wirkung des Patents betroffenen Kreise und im Verletzungsfalle für die Gerichte nach Möglichkeit ausgeschlossen werden. Das Patentamt hat aber nicht nur zu entscheiden, ob ein Patent erteilt werden, sondern auch was patentiert werden soll (§§ 21 ff.). Mit dieser Feststellung ist die Tätigkeit des Patentamts im Erteilungs-

verfahren abgeschlossen. Die Beurteilung der Wirkung des Patents liegt außerhalb seiner Zuständigkeit. Handelt es sich um die Ermittelung und Abgrenzung des Schutzbereichs gemäß §§ 4, 35 und 36 PatG., so sind zur Entscheidung darüber im einzelnen Falle ausschließlich die ordentlichen Gerichte zuständig. Hat hiernach zwar das Patentamt sich auf die Feststellung der geschützten Erfindung zu beschränken, so haben andererseits die Gerichte die Erfindung so hinzunehmen, wie sie patentiert ist. Sie dürfen daher nicht einen anderen Gegenstand an die Stelle des patentierten setzen, nicht einen anderen Gegenstand als patentiert ansehen oder den Gegenstand überhaupt nicht als geschützt behandeln, selbst wenn das eine oder andere nach dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung berechtigt gewesen wäre. Die Erweiterung des Patents kann nur im Wege einer neuen Anmeldung, die ganze oder teilweise Vernichtung nur im Nichtigkeitsverfahren herbeigeführt werden. Eine grundsätzlich andere Frage ist es, daß den Gerichten die Auslegung des Patents, so wie es erteilt ist, zusteht. Die Sachlage kann hier nicht anders sein als bei der Auslegung von Gesetzen, Verträgen oder sonstigen Rechtsgeschäften. Jedenfalls sind die Gerichte (wenn man etwa von der Bestimmung im § 4 Satz 2 PatG. absieht) bei Patenten an besondere Auslegungsregeln nicht gebunden. Es kommen deshalb auch hier die üblichen Grundsätze in Betracht. Aus diesem Grunde wird, falls in einem gegebenen Falle der Patentanspruch mit der dazu gehörigen Beschreibung Zweifel über die Tragweite des erteilten Patentschutzes übrig läßt, auch der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung ein wertvolles Auslegungsmittel für den Inhalt des Patents sein können. Die Aufgabe des Patentamts im Erteilungsverfahren findet in dem Erteilungsbeschluß den prozeßrechtlichen Abschluß. Nur er kann daher rechtsbegründend für die Feststellung der patentierten Erfindung wirken. Dies gilt auch gegenüber Verzichten des Anmelders und etwaigen vom Patentamte beabsichtigten Einschränkungen. Ihre Erwähnung in den Erteilungsakten genügt nicht, sondern es kommt allein darauf an, ob sie bei dem Akte der Erteilung Berücksichtigung gefunden haben. Auf solche Verzichte und Einschränkungen kann daher von den Gerichten nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einer entsprechenden Beschränkung des nachgesuchten Patents geführt haben. Diese Grundsätze haben eine besondere Bedeutung für die Frage der Erteilung des Schutzes auf die sog. *Kombinationserfindung* und für die Frage der *Teilverletzung des Kombinationspatents*. Im allgemeinen wird davon auszugehen sein, daß, wie auf anderen Gebieten des Urheberrechts, so auch auf dem Gebiete des Patentschutzes die Gerichte es sind, die über den Teilschutz zu befinden haben, da erst der Verletzungsfall den Tatbestand der Teilverletzung schafft. Diese Regelung trägt im allgemeinen auch dem praktischen Bedürfnisse Rechnung, da der Anmelder zur Zeit der Anmeldung meist noch gar nicht wissen und angeben kann, ob und welche Einzelteile Gegenstand einer Verletzung seines Patents werden können. Das Patentamt wird deshalb im Falle einer wirklichen, an sich zweifelsfreien Kombinationserfindung regelmäßig nur zu prüfen haben, ob die Kombination als solche neu und patentfähig ist und es wird dann lediglich diese Kombination nach den üblichen Grundsätzen im Anspruche festzustellen sein. Jedenfalls kann der Anmelder nicht gezwungen werden, neben der Kombination etwaige an sich schutzfähige Einzelteile zur Vermeidung von Rechtsnachteilen besonders anzumelden. Dies wird vielmehr seinem eigenen Ermessen überlassen werden müssen. Auf der anderen Seite ist es selbstverständlich, daß das Patentamt nicht auf jedwede Prüfung der Kombinationsteile verzichten darf. Diese Prüfung wird bei den in der Praxis üblichen Kombinationserfindungen, die nicht etwas völlig neues bringen, sondern sich an bekannte Dinge anschließen, unter dem Gesichtspunkte der Würdigung des Standes der Technik zur Zeit der Anmeldung nicht entbehrt werden können. Sie wird namentlich dann von Bedeutung sein, wenn von der technischen Eigenschaft und Wirkungsweise der Einzelteile die Bewertung der

Kombination als solcher abhängig ist. Eine Entscheidung über den Teilschutz (§ 4 G.) wird mit dieser Prüfung nicht bezweckt.

§ 5. I. 1. Paul Alexander-Katz, Ansprüche gegen den Reichsfiskus wegen Inbenutzungnahme von Patenten, ZIndR. **12** 25. Verf. rät, für die praktische Verfolgung solcher Ansprüche folgenden Weg einzuschlagen: Der Patentinhaber, der die Benutzung seines Patents durch Heer und Marine behauptet, hat sich an den Reichskanzler mit dem Antrage zu wenden, seine Entschädigung in der von ihm beanspruchten Höhe festzusetzen. Wird diesem Antrage nicht entsprochen, so ist dem Patentinhaber der Rechtsweg eröffnet, auf welchem auch, wenn der Reichsfiskus die Erfindung — (?) soll wohl heißen Benutzung! Red. — bestreitet, über den Entschädigungsanspruch dem Grunde und der Höhe nach zu entscheiden ist.

2. Benjamin, Erfindungserlaubnis als Basis für Erfindungsmitbenutzung, MSchutzuWettbew. **11** 45. Verf. erklärt: Der Vorbenutzer a) habe das Weiterbenutzungsrecht nur, wenn er durch eine bis zur Patentanmeldung reichende Kette von Benutzungshandlungen oder ernstlichen Veranstaltungen den vollen Besitz der Erfindung und der Erkenntnis ihrer Brauchbarkeit bewiesen hat; b) dürfe nach der Patentierung nur dann zu äquivalenten Ausführungsformen übergehen, wenn er die volle Erkenntnis des technischen Kausalzusammenhanges vor der Patentanmeldung gehabt hat.

Die Allgemeinheit dürfe auf Grund der offenkundigen Vorbenutzung ein Mitbenutzungsrecht nur in Anspruch nehmen a) im Wege der Vernichtung des Patents, wenn die offenkundige Vorbenutzung geeignet war, die Erkenntnis des technischen Kausalzusammenhanges ohne weiteres zu ermitteln; b) im Wege der einschränkenden Auslegung des Patents nur soweit, als die vor Anmeldung des Patents vorhandene Erkenntnis des technischen Kausalzusammenhanges reichte. War eine technische Maßnahme zu einem anderen Zwecke als dem für patentbegründend erachteten offenkundig vorbenutzt, so darf die Allgemeinheit sich nur die Erreichung dieses anderen Zweckes nutzbar machen und hat geeignete Vorkehrungen zu treffen, um die Erreichung des früher zwar erreichten, aber nicht erkannten Zweckes zu verhindern. Verf. kommt daher zu dem Ergebnisse: Das Recht zur Erfindungsmitbenutzung geht nur so weit wie die vor Anmeldung des Patents dokumentierte Erkenntnis.

3. Isay, Rechtsweg wegen Patentverletzungen durch das Reich oder den Staat, GewRschutz **12** 141. Verf. bespricht die zwei Urteile des KG. vom 4. November 1911 und 13. Dezember 1911 (s. unten Nr. II 8), die eine durchaus unbefriedigende Rechtslage schaffen, da die Inhaber von Patenten, die auf Gebieten liegen, die dem Einflusse von Staatshoheitsakten unterstehen auch rechtlos sind. Er kommt zu dem Satze, daß gegen das Reich und den Staat wegen Patentverletzungen durch Ausübung von Hoheitsrechten der Anspruch auf Schadensersatz gegeben ist und daß, da der Streit über diesen vermögensrechtlichen Anspruch ein bürgerlicher Rechtsstreit ist, der Rechtsweg zulässig sei. Weiter spricht sich Verf. dahin aus, daß der Ersatzanspruch gegen den Staat nicht an die Voraussetzungen des § 35 PatG. gebunden ist. Er begründet dies einmal damit, daß § 5 Abs. 2 Satz 2 PatG. analog anzuwenden sei und ferner mit der Erwägung, daß dem Reiche und dem Staate die Benutzung des Patents nicht verboten werden kann und andererseits die Wirkung des Patents auch gegenüber Hoheitsakten gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 PatG. eintritt. Es müsse sich daher diese Wirkung an Stelle des Unterlassungsanspruchs in einen Entschädigungsanspruch umwandeln.

4. Schlichting, Erwirbt der ausländische Importeur ein Vorbenutzungsrecht? GewRschutz **11** 235. Verf. kommt zu dem Ergebnisse, daß nicht der Händler oder Gebraucher das Vorbenutzungsrecht des § 5 erwirbt, sondern nur der Fabrikant, aber auch der ausländische, wenn er durch den Verkauf des Fabrikats die Erfindung

im Inlande benutzt. Bei Verfahrenserfindungen ist für die Gewährung eines Vorbenutzungsrechts die frühere Anwendung entscheidend.

II. 1. **RG.** I. 25. 2. 11, LeipzZ. **11** 385, PMZBl. **11** 221, MschutzuWettbew. **10** 376. Das Recht des Vorbenutzers gemäß § 5 Abs. 2 PatG. versagt, wenn zwar die Erfindung vor der Anmeldung des Patents einmal in Benutzung genommen, diese Benutzung aber inzwischen endgültig wieder aufgegeben war. Denn das Recht des Vorbenutzers bezweckt, den vorhandenen Erfindungsbesitz zu schützen, der in der Inbenutzungnahme der Erfindung oder in Veranstaltungen, die auf den ernstlichen Willen der Benutzung schließen lassen, zum Ausdrucke gelangt. Kraft, Zeit und Kapital auf bestehende Anlagen, die entweder die Erfindung bereits verwerten, oder wo der ernstliche Willen, sie zu verwerten, durch Veranstaltungen zur Benutzung betätigt worden ist, sollen nicht umsonst aufgewandt sein und ein solcher Besitzstand soll nicht durch die Patentanmeldung eines anderen entwertet werden.

2. **RG.** I. 22. 3. 11, R. **11** Nr. 3377. Wenn ein Dritter sich dem Patentinhaber gegenüber verpflichtet, den patentierten Teil eines Apparats für den ihm vertragsmäßig übertragenen Alleinverkauf nicht selbst herzustellen, sondern von einer bestimmten Firma zu beziehen und dafür dem Patentinhaber eine Lizenzgebühr zu zahlen, so verzichtet der Dritte damit auf ein ihm etwa zustehendes Vorbenutzungsrecht.

3. **RG.** 29. 4. 11, LeipzZ. **11** 549, MschutzuWettbew. **10** 379. Das Erfordernis der Identität des vorbenutzten und des patentierten Gegenstandes darf nicht rein äußerlich verstanden werden. Vielmehr bestimmt sich der Umfang des Rechtes des Vorbenutzers nach der in seinem Besitzstande zum Ausdrucke gebrachten Erfindungsidee. Enthält das bisher Ausgeführte einen technischen Gedanken, der ohne weiteres über die vorhandene Formgebung hinausgeht, und einmal offenbart, auch in einer abweichenden Form wiedergegeben werden kann, so wird auch die abweichende Ausführung durch das Vorbenutzungsrecht gedeckt. Solange die Abweichungen des Patents von dem vorbenutzten nicht selber erfinderischen Charakter aufweisen, werden die Grenzen des bisherigen Besitzstandes durch Anbringung der Abweichungen nicht überschritten. Es handelt sich dann immer nur um eine weitere Anwendung der Erfindung, die schon vor dem Patente besessen wurde. Der Vorbenutzer muß den bisherigen Gebrauch als Verwirklichung einer allgemeinen Idee erkannt haben.

4. **RG.** I. 28. 6. 11, PMZBl. **12** 155. Wenn eine patentierte Erfindung in Ausübung eines Militärhoheitsrechts in Benutzung genommen wird, so hat der Patentinhaber kein Untersagungsrecht. Denn auch § 5 Abs. 2 PatG. ist nicht der Sinn beizulegen, im Gebiete des Patentrechts sei im Gegensatze zu anderen Privatrechten die Einwirkung hoheitsrechtlicher Akte dergestalt ausgeschlossen, daß darüber im Wege des bürgerlichen Streitverfahrens entschieden werden könne.

5. **RG.** I. 27. 9. 11, PMZBl. **11** 313. Teilnahme an einem Wettbewerbe kann ein Vorbenutzungsrecht entstehen lassen.

6. LG. Frankfurt a. M. 5. 12. 08, ZIndR. **12** 257. Ermittelungen und Entwürfe für eine auszuführende Anlage sind als „Veranstaltungen" anzusehen.

7. HansOLG. II. 15. 6. 11, HansGZ. **11** Hptbl. 241, MschutzuWettbew. **11** 122. Nach § 5 PatG. genügt nicht jede Art von Inbenutzungnahme oder von Vornahme von zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen, um den Benutzer oder Veranstalter in die Lage zu versetzen, daß er trotz des für einen Dritten begründeten Patentschutzes die Erfindung in gewissen Grenzen ausnutzen darf. Die Voraussetzungen für den Nichteintritt der Patentwirkung nach § 5 Abs. 1 PatG. liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der frühere Benutzer auf solche Weise von der Erfindung Kenntnis erlangt hat, oder die Erfindung auf solche Weise benutzt oder verwertet, daß in der Kenntniserlangung, Benutzung oder Verwertung eine nach allgemeinen Rechtsvorschriften

oder nach bestimmten außerhalb des PatG. liegenden gesetzlichen Vorschriften rechtswidrige Handlung gesehen werden muß. Ist durch die Kenntnisschaffung oder durch die Benutzung oder die Verwertung eine gesetzliche Verbotsvorschrift übertreten oder eine Vertragspflicht verletzt, so versagt der dem Vorbenutzer durch § 5 PatG. gewährte Schutz.

8. KG. 4. 11. 11 u. 13. 12. 11, GewRschutz **12** 144, 145. Der Rechtsweg ist unzulässig zur Entscheidung der Frage, ob durch das Reich oder den preußischen Staat in Ausübung eines Hoheitsrechts Patentverletzungen begangen worden sind, und zwar nicht nur für den Unterlassungsanspruch, sondern auch für die Schadensersatzfrage (s. auch oben § 4 Nr. II 53).

9. **RG.** I. 4. 3. 12, **78** 436, JW. **12** 648, PMZBl. **12** 275, R. **12** Nr. 1558. Um festzustellen, daß die zur Benutzung der Erfindung erforderlichen Veranstaltungen getroffen sind, muß zwei Erfordernissen genügt sein. Es müssen Veranstaltungen vorliegen, welche die Erfindung im wesentlichen auszuführen bestimmt sind, und es muß aus ihnen der ernstliche Wille erhellen, die Erfindung sofort zu benutzen. Bei einem auf ein Verfahren erteilten Patente können die erforderlichen Veranstaltungen auch in der Herrichtung der für die Ausführung des Verfahrens notwendigen Anlagen und Maschinen bestehen und unter Umständen kann auch die Vorbereitung dieser Herrichtung genügen.

10. **RG.** III. 22. 3. 12, **78** 436, JW. **12** 648, R. **12** Nr. 1558. Nicht nur dem Doppelerfinder, sondern auch demjenigen, der auf andere Weise in den Besitz der Erfindung gelangt ist, und selbst dem unredlichen Erwerber ist der Schutz des § 5 nicht zu versagen, vorausgesetzt nur, daß ihn nicht gerade gegenüber dem Patentinhaber der Vorwurf der widerrechtlichen Aneignung trifft.

11. **RG.** V. 26. 4. 12, PMZBl. **12** 277. Von einer Vorbenutzung im Sinne des Gesetzes kann nur die Rede sein, wenn die Erfindung, die den Gegenstand der Benutzung bilden soll, bereits gemacht ist. Bloße Versuche, die unternommen sind, mögen sie auch zeigen, daß der Erfindende bereits auf dem besten Wege war, zu dem angestrebten Ziele zu gelangen, sind nicht geeignet, zu seinen Gunsten ein Vorbenutzungsrecht zu begründen und insofern rechtlich bedeutungslos. Bereits gefertigte Gegenstände, die lediglich unter diesen Gesichtspunkten stehen, sind noch nicht die Erfindung selbst. Sie stellen um deswillen auch keine zur Benutzung der Erfindung erforderliche Veranstaltung dar, weil die Erfindung überhaupt noch nicht vollendet vorliegt. Sie sind nicht Veranstaltungen zur Benutzung der Erfindung, sondern höchstens Veranstaltungen zum Zwecke des Erfindens (vgl. **RG.** [Straff.] **27** 51 ff.). Sachlich ist Voraussetzung für das Bestehen des das Patent- oder Gebrauchsmusterrecht beschränkenden Vorbenutzungsrechts die Tatsache der Vorbenutzung. Da dem Angeklagten im Strafverfahren die Schuld nachgewiesen werden muß, so wirkt das Vorbenutzungsrecht prozessual nicht erst dann schuldbefreiend, wenn diese Tatsache nachgewiesen und festgestellt ist. Vielmehr tritt die Wirkung schon ein, wenn mit der Möglichkeit des Vorhandenseins dieses Schuldbefreiungsgrundes gerechnet werden muß. Denn alsdann erscheint die Schuld dem Angeklagten nicht nachweisbar.

12. **RG.** I. 19. 6. 12, PMZBl. **12** 278. Wird eine Erfindung in Ausübung der öffentlichen Gewalt vom Reiche oder einem Bundesstaat in Benutzung genommen, so hat der Inhaber des Patents Anspruch auf Entschädigung auch dann, wenn die im § 5 Abs. 2 vorgesehene Erklärung des Reichskanzlers nicht vorliegt. Zur Begründung der Klage genügt der bloße Nachweis der Benutzung der Erfindung. Sowohl bezüglich der Leistungsklage auf Entschädigung, wie bezüglich der Klage auf Feststellung des Eingriffs ist der Rechtsweg zulässig.

13. **RG.** I. 22. 6. 12, JW. **12** 879, MschutzuWettbew. **12** 177. Durch § 5 Abs. 2 PatG. ist der Grundsatz des Enteignungsrechts für das Gebiet des Patentrechts

eingeführt worden. Die Entschädigungspflicht für den Eingriff in ein Patentrecht, der in Ausübung eines Hoheitsrechts begangen wird, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Fiskus die Enteignungserklärung (Antrag auf Beschränkung des Patentrechts) nicht abgegeben hat. Da der Patentinhaber gegenüber der Ausübung der öffentlichen Gewalt ein gerichtliches Verbot fernerer Patentverletzung nicht erlangen kann, auch eine Klage auf Abgabe der Enteignungserklärung nicht zulässig ist resp. nicht erfolgreich sein kann, so muß die Lücke des Gesetzes dadurch ausgefüllt werden, daß der Enteignungserklärung die Benutzung der Erfindung gleichgestellt wird. Für die Begründung der Entschädigungspflicht genügt die Tatsache der Benutzung der Erfindung. § 35 PatG. findet keine Anwendung.

14. **RG.** I. 24. 6. 12, LeipzZ. **12** 761. Der Ausländer, der im Auslande wohnt und seine Produkte nach Deutschland gebracht hatte, kann gegenüber einem späteren deutschen Patente, das die gleiche Produktion zum Gegenstande hat, ein Vorbenutzungsrecht geltend machen.

15. **RG.** I. 24. 6. 12, PMZBl. **12** 280. Die Streitfrage, ob das „Inbenutzungnehmen" einer Erfindung durch jede der im § 4 hervorgehobenen, dem Patentinhaber vorbehaltenen Tätigkeiten erfüllt wird, oder ob nur das gewerbsmäßige Herstellen und Gebrauchen, nicht aber auch das gewerbsmäßige Inverkehrbringen und Feilhalten eine Vorbenutzung im Sinne des § 5 darstelle, wird im Sinne der ersteren Ansicht entschieden und erklärt, es sei nicht angängig, nachdem im § 4 die „Wirkung des Patents" gesetzgeberisch festgestellt ist, in dem unmittelbar anschließenden Paragraphen die „Wirkung des Patents" in einem beschränkteren Sinne aufzufassen. Man dürfe dem Gesetzgeber nicht unterstellen, daß er sich der Tragweite der Erweiterung des Patentschutzes, die durch den Satz 2 des § 4 bewirkt wurde, in ihrer Rückwirkung auf die Vorschrift des § 5 nicht bewußt gewesen sei. Es sei auch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Inbenutzungnehmen" im § 5 einen anderen Sinn hätte verknüpfen wollen als in den §§ 35, 36 PatG.

16. OLG. Breslau 18. 1. 12, ZIndR. **12** 201. Ein Vorbenutzungsrecht erwirbt nur der Erfinder, der seinen auf Benutzung der Erfindung gerichteten Willen schon zur Zeit der Anmeldung durch Veranstaltungen zum Zwecke der Benutzung betätigt hatte.

§ 6. I. 1. Paul Alexander-Katz, Bemerkungen über den Lizenzvertrag, ZIndR. **11** 61. Verf. wirft eine Reihe Fragen auf und regt zu deren wissenschaftlichen Bearbeitung und Erforschung an.

2. Breuer, Die rechtliche Natur der Patentlizenz, GewRschutz **12** 44 ff., 86 ff. Verf. nimmt zum Ausgangspunkte die Frage, ob der Lizenznehmer überhaupt ein dingliches Recht erwirbt, ob überhaupt der dingliche Vertrag bei der Lizenzerteilung regelmäßig gewollt ist. Diese Frage kann nach seiner Ansicht nur aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten, durch Auslegung des vermutlichen Parteiwillens gelöst werden. Er kommt so zu dem Ergebnisse, daß man in der gewöhnlichen Lizenz ein rein obligatorisches, in der ausschließlichen Lizenz aber regelmäßig ein dingliches Recht zu erblicken habe. Mit dem obligatorischen Charakter der gewöhnlichen Lizenz vertrage es sich nach den Grundsätzen des BGB. sehr wohl, daß der Lizenzinhaber bei Veräußerung des Patents auch gegenüber dem Erwerber sein Recht geltend machen könne. Dagegen stehe dem Inhaber einer gewöhnlichen Lizenz ein Klagerecht gegen Dritte regelmäßig nicht zu, wohl aber bei der ausschließlichen Lizenz. Die Ausschließlichkeit der Lizenz könne auch nur obligatorisch ausgemacht sein. Diese obligatorische ausschließliche Lizenz unterscheide sich ihrer rechtlichen Struktur nach nicht von der gewöhnlichen Lizenz. Im Zweifel sei jedoch bei der Vereinbarung der Ausschließlichkeit das Vorliegen einer dinglichen Lizenz anzunehmen. Der auf Übertragung der obligatorischen Lizenz gerichtete Vertrag sei als Pacht, der auf Übertragung der dinglichen Lizenz gerichtete

Vertrag als Kauf anzusehen. Die Vorschriften des BGB. über Pacht und Kauf seien unter Berücksichtigung der aus der Natur des Immaterialguts und aus den Bedürfnissen des Verkehrs sich ergebenden Besonderheiten anzuwenden. So wird von Breuer hinsichtlich der als Kauf anzusehenden Lizenz die nachträgliche Nichtigkeitserklärung nicht als haftungsbegründend aus § 437 BGB. bezeichnet; es werden vielmehr die Vorschriften über die nachträgliche, regelmäßig teilweise Unmöglichkeit der Leistung als anwendbar erklärt. Der Verkäufer haftet in der Regel für die „konsumptive Tauglichkeit", d. h. für die Tauglichkeit des Patentgegenstandes, dem Zwecke zu dienen, dem die Erfindung technisch gewidmet ist. Die kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten (§ 477 BGB.) solle in all den Fällen, in denen sich etwaige Mängel erst später herausstellen können, als stillschweigend verlängert gelten und § 454 BGB. regelmäßig bei einer als Kauf zu charakterisierenden Lizenz nicht anwendbar sein. Bei einem als Pacht anzusehenden Lizenzvertrage werde ebenfalls für Darstellbarkeit und technische Brauchbarkeit des Patentgegenstandes gehaftet und die Zahlung der Lizenzgebühr falle beim Vorhandensein eines Mangels ipso iure gänzlich oder teilweise fort. Während beim Lizenzkaufe nur bei Arglist und bei Mangel zugesicherter Eigenschaften eine Pflicht zum Schadensersatz erwachse, werde bei der Lizenzpacht gemäß § 537 BGB. gehaftet. § 541 BGB. finde auf die Lizenzpacht entsprechende Anwendung, auch wenn das Patent für nichtig erklärt werde. Hinsichtlich der retrotraktiven Wirkung der Nichtigkeit gelte dasselbe wie beim Lizenzkaufe. §§ 545 und 549 BGB. fänden regelmäßig auf die Lizenzpacht keine Anwendung; ebensowenig §§ 596 und 569 BGB. Bei Unbestimmtheit der Pachtzeit gelte nicht die Regel des § 595 BGB., sondern es sei anzunehmen, daß die Pacht für die ganze Dauer des Patentschutzes sich verstehe. — Vgl. zu diesen Ausführungen Breuers die Bemerkungen Benjamins, GewRschutz 12 157, mit wertvollen Fingerzeigen für die Abfassung von Lizenzverträgen in Hinsicht auf die aufgeworfenen Streitfragen.

3. Breuer, Kann durch eine einstweilige Verfügung ein Recht auf Hinterlegung fälliger Lizenzgebühren erteilt werden? GewRschutz 12 357 ff. Verf. bejaht die aufgeworfene Frage.

4. Goldbaum, Die Abgrenzung des § 306 BGB. gegen die §§ 437, 445 BGB. bei Patent- und Gebrauchsmusterveräußerungen. ZIndR. 12 97. Verf. kommt zu folgenden Resultaten: a) Bei entgeltlichen, auf die Veräußerung eines Patents abzielenden Verträgen oder solchen auf Einräumung einer ausschließlichen Lizenz kommt bei späterer Vernichtung des Patents § 306 BGB. nicht zur Anwendung; denn da das Patent existent war, so ist das Patentrecht nicht objektiv unmöglich gewesen. Bereicherungsklage und Anspruch auf das negative Vertragsinteresse stehen dem „Erwerber" zu. b) Bei solchen Verträgen hinsichtlich eines Gebrauchsmusters greift § 306 BGB. ein, denn bei diesen entsteht mangels der Voraussetzungen des § 1 GebrMustG. kein Recht; ebenso wenn es sich nicht um ein Modell von Arbeitsgerätschaften handelt. Dagegen liegt ein Fall der subjektiven Unmöglichkeit vor, wenn das Gebrauchsmusterrecht eines anderen das Existentwerden des zu übertragenden Rechtes hindert; hier greifen die §§ 437, 445 BGB. ein. c) Wird ein Patent oder Gebrauchsmuster in einem Umfange übertragen, der über die Existenz dieser Rechte hinaus ins Gemeinfreie fällt, dann kommt insoweit § 306 BGB., hinsichtlich der Existenz des ganzen Vertrags § 139 BGB. in Betracht. d) Bei einfachen Lizenzen auf ein Patent oder Gebrauchsmuster findet § 306 BGB. dann Anwendung, wenn man in dem Lizenzvertrag einen obligatorisch wirkenden Verzicht auf das Untersagungsrecht sieht und der Verzicht objektiv unmöglich ist. Bei subjektiver Unmöglichkeit hat der Erwerber die Erfüllungsklage und das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sowie das Leistungsverweigerungsrecht.

5. Kohler, Bedingte Lizenz. MSchutzuWettbew. 11 361. Verf. kritisiert

die Entscheidung des Supreme Court von Washington i. S. Sidney Henry et al. vs. A. B. Wich Co. vom 11. März 1912, die er als „eine der bedenklichsten" dieses Gerichtshofs bezeichnet. Dieselbe erklärt nämlich den Bruch einer vertraglich übernommenen Verpflichtung, die für eine patentierte Maschine notwendigen Utensilien nur vom Patentinhaber zu beziehen, als Patentverletzung. Anders Kohler schon in seinem Handbuche 452 ff. und **RG. 51** 139.

6. Pinzger, Auflösung des patentrechtlichen Verlagsvertrags wegen Unwirtschaftlichkeit der Erfindung. MSchutzuWettbew. **10** 238. Verf. konstruiert Lizenzverträge, in denen sich die Ausführungsklausel findet, als Verlagsverträge. Er bekämpft die Allgemeingültigkeit der vom RG. (JW. **97** 371) vertretenen Ansicht, daß der Lizenznehmer von der Ausbeutungspflicht frei werde, wenn er die Unmöglichkeit eines lohnenden Absatzes nachweist; dies könne nur dann der Fall sein, wenn durch nachträgliche Änderung der Verhältnisse sich eine Unverkäuflichkeit des patentierten Gegenstandes ergäbe.

II. 1. **RG.** I. 14./28. 12. 10, **75** 128. Ist dem Lizenzberechtigten das Recht eingeräumt, in Ansehung der im Auslande zu machenden Lieferungen das Patent allein auszuüben — ausschließliche Lizenzberechtigung — so steht ihm ein selbständiges Klagerecht bei Patentverletzungen zu. Behält sich der Patentberechtigte bei Übertragung des Patents für sich die Verwertung des Patents in bestimmtem Umfange vor, so ist das vorbehaltene Recht als ein Lizenzrecht anzusehen.

2. PA. 17. 11. 10, ZIndR. **11** 42. Eine Scheinübertragung des Patents auf einen Amerikaner kann die Anwendung des deutsch-amerikanischen Patentabkommens nicht begründen.

3. **RG.** I. 30. 1. 11, MSchutzuWettbew. **10** 243. Die mutmaßliche Dauer eines Gesellschaftsvertrags zwecks Verwertung eines Patents erstreckt sich auf die Zeit der rechtlichen Wirksamkeit desselben. (S. Nr. 15.)

4. **RG.** I. 26. 4. 11, MSchutzuWettbew. **11** 46. In Verträgen zwecks gemeinschaftlicher Ausnutzung eines Patents u. dgl. findet sich häufig die Klausel: „Verbesserungen, Zusatzpatente, welche von einem der Kontrahenten im Anschluß an die betreffende Erfindung gefunden resp. erworben werden, dürfen nur zugunsten des gemeinschaftlichen Unternehmens verwendet werden." Daraus kann ohne weiteres nicht der Schluß gezogen werden, daß diese Verbesserungen und Zusatzpatente nach Auflösung des Vertrags das Schicksal der Erfindung selbst zu teilen hätten. Näher liegt vielmehr, daß mit diesem Zeitpunkte nur die in bezug auf diese Dinge vereinbarte Gebundenheit ein Ende hat.

5. **RG.** I. 13. 2. 11, PMZBl. **11** 218. Nach deutschem Rechte vollzieht sich die Übertragung von Patentrechten gemäß den allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 398, 413 durch bloßen, formfreien Vertrag. Der in jüngster Zeit von Kohler, Lehrbuch des Patentrechts 178 und in Dernburgs Bürg. Recht VI 275, vertretenen Ansicht, daß die Übertragung durch § 19 Abs. 2 PatG. vom 7. April 1891 ebenso wie in Österreich an den Eintrag in die Patentrolle geknüpft werde, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Man könnte daher versucht sein, die in der Judikatur durchgedrungene Rechtsanschauung von der Abtretbarkeit künftiger Forderungen dahin fortzubilden, daß auch über künftige Patentrechte im voraus wirksam verfügt werden könne. Ob und inwieweit das gerechtfertigt wäre, läßt das RG. dahingestellt. Unerläßliche Bedingung für die Wirksamkeit einer Vorausverfügung ist, daß das künftige Recht, worüber verfügt wird, inhaltlich genau bestimmt ist (vgl. **RG. 67** 168). Würde man an dem Erfordernisse solcher Individualisierung nicht festhalten, so müßte die Zulassung der Vorausverfügungen zu unklaren, schwer zu entwirrenden Rechtsverhältnissen führen. Der Inhalt eines künftigen Patentrechts aber wird kaum anders zu bestimmen sein, als durch den Inhalt der schon gemachten Erfindung.

Ist bei Übertragung eines Patentrechts vereinbart worden, daß „alle Verbesserungen und Ergänzungen" des Patents mit unter den betreffenden Vertrag fallen sollen, so wird dadurch den Anforderungen an Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit, die im Interesse der Rechtssicherheit zu stellen sind, nicht genügt. Darin kann auch nicht eine Zession künftiger Patentrechte als beabsichtigt erblickt werden. Ein solches, ungewöhnliches Geschäft läßt sich nur da annehmen, wo der darauf gerichtete Wille aus den Erklärungen unzweideutig hervorgeht. Es ist vielmehr als Intention der Vertragsschließenden anzunehmen, daß der Erwerber des Patents die erhofften Verbesserungserfindungen selbst zum Patent anmelden soll.

6. Zwangsversteigerung deutscher Patente durch ausländische Vollstreckungsbehörden s. zu § 19 Nr. II 4.

7. **RG.** 1. 3. 11, **75** 400, LeipzZ. **11** 385, BadRpr. **11** 212, R. **11** Nr. 1821. Im Zweifel hat der Lizenzgeber für die technische Ausführbarkeit der patentierten Erfindung zu haften. Dabei ist allerdings ein grundsätzlicher Unterschied zu machen zwischen der technischen Unausführbarkeit des Patents, welche einen Mangel der Erfindung selbst bedeutet und dem Mangel der gewerblichen Verwertbarkeit, die bei vollkommen gelungener Lösung des technischen Problems vorhanden sein kann und nur die nutzbringende Ausführung der Erfindung unmöglich macht.

8. **RG.** I. 1. 3. 11, **75** 400, R. **11** Nr. 1822. Der Lizenzvertrag ist kein Pachtvertrag. Jedenfalls kann von einer direkten Anwendung der Pachtrechtsgrundsätze keine Rede sein, sondern höchstens von einer analogen.

9. **RG.** I. 1. 3. 11, **75** 400, R. **11** Nr. 1820. Lizenzgebühren werden für die Zeit nicht geschuldet, während welcher die zugesagte Benutzung der Erfindung nicht gewährt wird.

10. **RG.** I. 22. 3. 11, R. **11** Nr. 3243. Ein Irrtum des Lizenznehmers über die größere Tragweite des Patents berechtigt ihn nicht zur Anfechtung des Lizenzvertrags.

11. **RG.** 24. 4. 11, LeipzZ. **11** 549. Hat der Patentinhaber einem anderen das Recht zur ausschließlichen Benutzung des Patents übertragen, so handelt er durch Erteilung weiterer Lizenzen dem mit dem ersten Lizenznehmer geschlossenen Vertrage zuwider. Hat der letztere einem Dritten eine Unterlizenz mit der Zusage des alleinigen Vertretungsrechts für einen bestimmten Bezirk erteilt, so muß er dem Dritten dafür einstehen, daß der Patentinhaber seinen Verpflichtungen nachkommt und andere Lizenzträger von Eingriffen in den Bezirk des Dritten abhält.

12. **RG.** I. 3. 5. 11, R. **11** Nr. 3243. Eine Verwertung von Patenten liegt schon dann vor, wenn ein anderer für die Freiheit, sie eventuell zu benutzen, eine Abgabe entrichtet.

13. **RG.** VII. 5. 5. 11, **76** 235 ff., R. **11** Nr. 2475. Rechtlicher Charakter der Lizenzverträge und Stempelpflichtigkeit derselben nach dem PrStemp. StG. vom 31. Juli 1895. 1. Verpflichtet sich der Patentinhaber entgeltlich oder unentgeltlich dem anderen Teile gegenüber von seinem Untersagungsrechte keinen Gebrauch zu machen, so ist dieser nur ein persönliches Schuldverhältnis zwischen den Vertragsparteien begründende Vertrag als Pachtvertrag anzusehen und nach Tarifst. 48 b zu verstempeln. 2. Bezweckt der mit dem Patentinhaber abgeschlossene Vertrag dem Lizenznehmer ein gegen jeden Dritten, auch gegen einen Neuerwerber des Patentrechts geschütztes Gebrauchsrecht, also ein selbständiges Recht absoluter Natur zu gewähren, z. B. wie bei der sog. ausschließlichen Lizenz, so liegt eine „lästige Veräußerung" eines der „anderen Gegenstände aller Art" im Sinne der Tarifst. 32 zu c vor (236). Exklusivlizenz. Das Recht Unterlizenzen zu erteilen ist kein charakteristisches Merkmal der Exklusivlizenz. Der Veräußerer kann das gewährte Recht

nicht nur räumlich, zeitlich oder technisch einschränken, sondern auch als ein rechtlich beschränktes derart übertragen, daß das ausschließliche Gebrauchsrecht dem Erwerber nur für seine Person zustehen soll, ohne daß er es anderen überlassen darf. Der Inhaber einer Exklusivlizenz ist berechtigt, selbständig die Verletzungsklage zu erheben, auch wenn er den Patentinhaber vertraglich verpflichtet hat eine solche gegebenenfalls zu erheben.

14. **RG.** I. 10. 6. 11, MschutzuWettbew. **11** 80. Der Kauf eines Patents ist in der Regel ein gewagtes Geschäft. Der Verkäufer hat wohl für die Ausführbarkeit der Erfindung, nicht aber für ihre Verwendbarkeit und Rentabilität einzustehen.

15. **RG.** I. 28. 6. 11, MschutzuWettbew. **11** 139. Ein Vertrag über die gemeinschaftliche Ausbeutung einer Erfindung ist als Gesellschafts-, nicht als Lizenzvertrag anzusehen. (S. Nr. 3.)

16. **RG.** I. 5. 7. 11, MschutzuWettbew. **11** 142. Wenn der Erfinder die Übertragung eines künftig zu erlangenden Patents (auch für das Ausland) zusagt, so übernimmt er damit zugleich die Verpflichtung, die dazu erforderlichen Schritte zu tun.

17. **RG.** I. 18. 11. 11, **78** 10, R. **12** Nr. 304, JW. **12** 139 Nr. 14, ZIndR. **12** 41, PMZBl. **12** 220. Betrifft der Lizenzvertrag ein Benutzungsrecht, welches zu verleihen dem Patentinhaber von vornherein unmöglich war, weil die durch das Patent geschützte Erfindung die beabsichtigte Ausführung nicht mitumfaßt, so ist der Vertrag nach § 306 BGB. nichtig.

18. **RG.** I. 3. 2. 12, **78** 363 ff., PMZBl. **12** 222, MschutzuWettbew. **12** 33. 1. In der Gewährung des Rechtes zur „Alleinfabrikation" und zum „Alleinvertrieb" ist die Übertragung einer ausschließlichen Lizenz zu erblicken. 2. Einfluß von Vorbenutzungsrechten auf Lizenzverträge. Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Benutzungsrecht eines Dritten den „rechtlichen Bestand" des Patents (§ 437 BGB.) nicht berührt; es gehört zur gesetzlichen Natur jedes Patents, sich gegenüber einem solchen Benutzungsrechte nicht durchsetzen zu können. Das Benutzungsrecht nach § 5 PatG. belastet das Patent nicht. Das Benutzungsrecht ist ein originäres, nicht — wie die Lizenz — ein vom Patente abgeleitetes Recht; das Patentrecht ist vielmehr von vornherein mit der aus dem fremden Benutzungsrechte sich ergebenden gesetzlichen Einschränkung entstanden. Eine entsprechende Anwendung des § 434 BGB. wäre ungerechtfertigt. Bei den fremden Rechten, die von § 434 betroffen werden, handelt es sich ebenso wie bei den auf den rechtlichen Bestand einer Forderung oder eines Rechtes einwirkenden Umständen (§ 437), um Rechtsverhältnisse oder Tatsachen, von denen der Verkäufer eines Rechtes wenigstens in der Regel Kenntnis haben kann. Ganz anders ist dagegen die Sachlage bei dem Benutzungsrechte gemäß § 5 PatG. Ob für irgend jemand ein solches Benutzungsrecht besteht, dessen Wirksamkeit von seiner Offenkundigkeit nicht abhängt, weiß der redliche Lizenzgeber — von besonderen Ausnahmefällen abgesehen — nicht. Dabei erscheint es völlig unausführbar, in dieser Richtung erfolgreiche Erkundigungen zu veranstalten. Dem Lizenzgeber trotzdem die volle Gewährschaft für die Lückenlosigkeit des Wirkungskreises seines Patents aufzubürden, schlösse eine unbillige, unbegründete Härte in sich, und ginge über den regelmäßig zu unterstellenden Vertragswillen weit hinaus. Es darf auch beim Lizenznehmer die Erkenntnis vorausgesetzt werden, daß eine Sicherheit gegen Benutzungsrechte Dritter nicht gegeben ist. Die Verpflichtung für die Abwesenheit von Benutzungsrechten einzustehen, wäre ferner schwer mit der allgemeinen herrschenden Rechtsüberzeugung vereinbar, daß der Lizenzunternehmer, falls das Patent für nichtig erklärt wird, vom Lizenzgeber regelmäßig keinen Schadenersatz wegen des für die Zukunft wegfallenden Patentschutzes fordern kann. Es erscheine als ein eigenartiger Wider-

spruch, den Patentinhaber und Lizenzgeber nicht haften zu lassen, wenn eine offenkundige Vorbenutzung zur Vernichtung des Patents führt, ihn dagegen wegen eines geheimen Vorbenutzungsrechts gemäß § 5 PatG. für haftbar zu erklären. Die Verneinung der Vertretungspflicht des Lizenzgebers in diesen und mehrfachen anderen Beziehungen namentlich in Ansehung der gewerblichen Verwertbarkeit des Patents sowie der Wettbewerbskraft gegenüber neuen Erfindungen, kann um so weniger Bedenken erregen, wenn die Natur des Lizenzvertrags als eines in der Regel gewagten Geschäfts beachtet wird (vgl. **RG. 33** 104). Der Lizenznehmer hat also beim Vorhandensein eines nicht arglistig verschwiegenen Vorbenutzungsrechts beim Mangel einer diesbezüglichen Garantie weder einen Anspruch auf Schadensersatz, noch kann er vom Lizenzvertrage zurücktreten (§ 440 Abs. 1, § 325 BGB.). Tritt aber durch das Vorbenutzungsrecht eine Entwertung der Lizenz ein, so ist daraus, da angenommen werden muß, daß die vereinbarte Gegenleistung der Beklagten mit Rücksicht auf ein Patentrecht von normaler Wirksamkeit bemessen worden ist, die Folgerung zu ziehen, daß der Lizenznehmer entsprechend dem Grade der Beeinträchtigung eine Minderung seiner Gegenleistung verlangen kann — wobei auf die vertragsmäßige Festsetzung der hauptsächlichen Gegenleistung nach Prozenten des Nettoumsatzes statt nach festen Beträgen Rücksicht zu nehmen ist —, ja daß der Lizenznehmer unter Umständen sogar zu einer Gegenleistung überhaupt nicht mehr verpflichtet ist. Die anzuwendenden Rechtsnormen müssen im § 323 BGB. gefunden werden. Ob man zu der entsprechenden Anwendung der dort aufgestellten Vorschriften von § 440 oder von §§ 157, 242 BGB. aus gelangt, läßt das RG. unerörtert.

§ 7. I. H ü f n e r, Einige Fragen aus dem Gebiete des Zusatzpatents, Gew. Rschutz **12** 260 ff. Verf. kommt zu folgenden Ergebnissen: a) Die nachträgliche Umwandlung eines Hauptpatents in ein Zusatzpatent ist unzulässig. b) Gehören zu einem für nichtig erklärten Hauptpatente mehrere Zusatzpatente, so wird j e d e s selbständig und gebührenpflichtig. Das etwaige Verhältnis von Zusatzpatent zum Zusatzpatent bleibt bestehen, insofern das Zusatzpatent jetzt primäres Hauptpatent ist. Wird aber das Zusatzpatent für nichtig erklärt, so bleibt dessen Zusatzpatent als Zusatzpatent bestehen; es wird ein direkter Zusatz zum Hauptpatente. c) Das Zusatzpatent erlischt in dem Augenblick, in welchem das Hauptpatent infolge der Nichtzahlung der Jahresgebühr erlischt. d) Das Zusatzpatent erlischt nicht durch Verzicht auf das Hauptpatent oder dessen Zurücknahme. e) Das Hauptpatent kann ohne das Zusatzpatent, das Zusatzpatent ohne das Hauptpatent weiter übertragen werden; jedoch fällt damit die dem gleichen Erfinder ➛ Anmelder muß es wohl richtiger heißen. Red. ← des Haupt- und Zusatzpatents gewährte Gebührenfreiheit weg. f) Ist nach erfolgter Bekanntmachung einer Zusatzanmeldung diese in eine selbständige umgewandelt worden, z. B. weil die Hauptanmeldung nicht zur Patenterteilung geführt hat, so ist eine nochmalige Bekanntmachung nicht erforderlich. g) Hat der Anmelder für das Haupt- und Zusatzpatent unter Erteilung einer Vollmacht einen Vertreter bestellt, so muß dieser mit der Selbständigmachung der Zusatzanmeldung für dieselbe eine besondere Vollmacht einreichen; sonst können Zustellungen nicht an ihn erfolgen. h) Nach dem Wegfalle der Hauptanmeldung ist der Anmelder i m m e r aufzufordern, den Antrag auf Erteilung eines selbständigen Patents zu stellen. Bei Nichteinhaltung der hierzu gegebenen Frist, ist die Anmeldung zurückzuweisen. i) Auf Antrag des Patentsuchers ist unter sinngemäßer Anmeldung des § 148 ZPO. das Verfahren betreffend die Zusatzanmeldung so lange auszusetzen, bis über die gegen das Hauptpatent erhobene Nichtigkeitsklage rechtskräftig erkannt ist. k) Ein Zusatzpatent zu einem bestimmten Anspruche des Hauptpatents ist unzulässig. l) Es ist unzulässig ein Zusatzpatent zu mehreren Hauptpatenten oder zu einem Hauptpatent und einem Zusatzpatente zugleich zu erteilen.

II. **RG.** I. 22. 3. 11, R. **11** Nr. 3378. Wenn eine Eingabe des Anmelders im

Erteilungsverfahren nicht als Kundgabe eines neuen Erfindungsgehalts, sondern nur als Erläuterung der ursprünglichen Anmeldung anzusehen ist, so kann der Patentinhaber im vollen Umfange die Priorität der ersten Anmeldung beanspruchen. Ein Dritter, welcher vor jener Eingabe, aber nach der ersten Anmeldung die Erfindung in Benutzung genommen hat, kann darauf ein Vorbenutzungsrecht aus § 5 PatG. nicht stützen.

§ 8. PA. 2. 6. 11, PMZBl. **11** 215. Für die Stundung von Jahresgebühren gemäß § 8 Abs. 4 PatG. genügt es, wenn der Anmelder den Beweis seiner Bedürftigkeit erst in der Beschwerdeinstanz erbringt.

§ 9. 1. PA. 23. 1. 12, PMZBl. **12** 217. Erfolgt die Zahlung einer Jahresgebühr im Wege der Verrechnung aus einem Guthaben bei der Kasse des PA., so ist als Tag der Zahlung derjenige Tag anzusehen, an dem die Verrechnungserklärung bei dem PA. eingeht.

2. PA. 24. 1. 12, PMZBl. **12** 218. Ist die Zahlung einer Jahresgebühr für ein Patent von einem Mitinhaber des Patents bewirkt worden, der den Gebührenbetrag sich von dem zweiten Mitinhaber im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund einer einstweiligen Verfügung verschafft hat, so kann der zweite Mitinhaber die Rückerstattung der Gebühr auch dann nicht vom PA. verlangen, wenn die einstweilige Verfügung nachträglich wieder aufgehoben wird.

3. PA. 31. 5. 12, PMZBl. **12** 252. Bei Einzahlungen mittels Postschecks gilt der Tag als Einzahlungstag im Sinne des § 9 PatG., an dem der Postscheck dem Postscheckamte zugeht, bei dem der Einzahlende sein Konto hat.

4. OLG. Celle 11. 11. 11, PMZBl. **12** 109. Mangels Zahlung der Jahresgebühr erlischt das Patent erst mit Ablauf des letzten Tages der für die Zahlung laufenden Fristen.

§ 10. I. 1. Benjamin, Folgen eines Irrtums des PA. bei der Patenterteilung für das Nichtigkeitsverfahren und den Verletzungsprozeß, nachträgliche Geltendmachung von Vorteilen, MschutzuWettbew. **10** 107. Das Resultat der Ausführungen des Verf. ist: Jeder Vorteil einer patentierten Einrichtung, auch wenn er vorher niemals erkannt war und auch für den Fachmann nur sehr schwierig zu erkennen ist, ist zur Auslegung des Patentschutzes heranzuziehen, sofern er der Einrichtung immanent ist.

2. *Cantor, ABürgR. **37** 357 ff. Rückwirkende Patentvernichtung verpflichtet gemäß § 945 ZPO. schlechthin zu Schadensersatz für die Folgen auf Grund des vernichteten Patents erwirkter einstweiliger Verfügungen.

II. 1. **RG.** 9. 4. 10, MschutzuWettbew. **10** 177. Ein unklarer Patentanspruch ist im Nichtigkeitsverfahren aus dem sonstigen Inhalte der Patentschrift ergänzend zu interpretieren. Die offenkundige Vorbenutzung eines Modells ist dann nicht neuheitsschädlich, wenn dieses nur zufällig die später patentierte, früher als Unvollkommenheit betrachtete Gestaltung aufwies.

2. **RG.** I. 8. 10. 10, **74** 209, ZIndR. **11** 29, MschutzuWettbew. **10** 276. Eigenes Interesse des Nichtigkeitsklägers an der Vernichtung des Patents ist nicht erforderlich. Es ist zulässig — die Lage des Einzelfalls, Zweckmäßigkeitsgründe sind zu berücksichtigen —, daß das Berufungsgericht im Nichtigkeitsverfahren die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Patentamt zurückverweist.

3. **RG.** I. 5. 11. 10, MittVDP. **11** 85, ZIndR. **11** 1647, PMZBl. **11** 118, LeipzZ. **11** 147. Mängel des Erteilungsverfahrens (speziell Mangel der Bekanntmachung des Aufgebots oder die mangelnde Übereinstimmung zwischen dem ausgelegten und dem erteilten Patente) bilden keinen Nichtigkeitsgrund. Die frühere entgegengesetzte Rechtsauffassung (**RG. 46** 175, **50** 196) wird unter eingehender Begründung verlassen.

4. **RG.** I. 13. 3. 11, MschutzuWettbew. **10** 376. Die Neuheit einer Erfindung darf nicht nach dem Maße der Erkenntnis beurteilt werden, die erst vorhanden ist, seitdem die Erfindung gemacht wurde.

5. **RG.** I. 10. 4. 11, R. **12** Nr. 3375. Mangel der Neuheit eines Patents folgt nicht daraus, daß andere nach einem längst bekannten Verfahren den Zweck des patentierten Verfahrens früher schon erreicht haben, wenn dieser Erfolg nur eine nicht weiter beachtete Nebenwirkung eines auf ganz andere Zwecke gerichteten Mittels war.

6. PA. 29. 1. 12, MschutzuWettbew. **11** 449. Das Patent auf ein Hilfsverfahren wird nicht dadurch hinfällig, daß nachgewiesen wird, für den Endeffekt des Gesamtverfahrens sei noch eine Reihe anderer Faktoren maßgebend. Eine der in der Patentanmeldung beschriebenen Maschine sehr ähnliche Vorrichtung ist nur dann patenthindernd, wenn mit ihr unzweifelhaft nach dem patentierten Verfahren gearbeitet werden sollte oder mußte.

7. **RG.** II. 26. 2. 11, MschutzuWettbew. **11** 485. Durch die erst im Laufe des Nichtigkeitsverfahrens erfolgte Löschung des Patents wird die Nichtigkeitsklage nicht erledigt.

8. **RG.** I. 20. 3. 12, PMZBl. **12** 276, LeipzZ. **12** 463. Daß das Patent dem Wortlaute nach auf ein Verfahren gerichtet ist, schließt nicht aus, daß eine Vorrichtung als Patentgegenstand festgestellt wird. Auch ein erloschenes Patent kann Grundlage einer Nichtigkeitsklage nach § 10 Nr. 2 PatG. sein.

9. PA. 11. 4. 12, ZIndR. **12** 187. Eine Ergänzung des Anspruchs durch ein nur aus den Unterlagen ersichtliches Kennzeichen ist im Nichtigkeitsverfahren nicht zulässig.

10. **RG.** I. 5. 10. 12, MschutzuWettbew. **12** 178. Das Nichtigkeitsverfahren ist nicht dazu da, an Stelle der patentierten Erfindung eine andere zu setzen. Namentlich ist es unzulässig, ein Vorrichtungspatent unter der Form der Teilvernichtung in ein Patent auf ein Verfahren umzuwandeln.

§ 11. I. Wobsa, Bedeutung der Patentausführung im Auslande für die Zurücknahmeklage, GewRschutz **12** 321. Verf. entscheidet sich mit Seligsohn (Patentgesetz 227) gegen Isay (Patentgesetz 304) für die Ansicht, daß die Zurücknahme eines Patents dann zulässig sei, wenn der Patentinhaber die Erfindung nur im Ausland ausführt, und zwar auch dann, wenn er die Produkte nach Deutschland einführt.

II. 1. **RG.** 11. 2. 11, LeipzZ. **11** 386. Bei dem „öffentlichen Interesse" als Voraussetzung der Zurücknahme nach § 11 Ziff. 1 ist in erster Linie an das Interesse zu denken, welches die gewerbetreibenden Kreise daran haben, daß der Patentinhaber die Erfindung ausführt. Das Interesse aber, daß der Patentschutz für eine Erfindung wegfalle, welche nicht hätte patentiert werden dürfen, kann hier nicht zur Geltung kommen. Der Schutz dieses Interesses ist anders geregelt. Es wäre unsinnig ihn an die Voraussetzung zu knüpfen, daß die Erfindung nicht ausgeführt wird.

2. **RG.** I. 27. 3. 11, LeipzZ. **11** 462, MschutzuWettbew. **11** 47. Eine Ausführung des Patents im Sinne des § 11 PatG. kann auch dann vorliegen, wenn der Patentinhaber bei der Herstellung der geschützten Einrichtung auf einen Vorteil verzichtet, den die Beschreibung dem Patente nachrühmt. Bei einer solchen Sachlage würden auch die bei einer Entscheidung nach § 11 PatG. stets zu beachtenden Billigkeitsgründe die Zurücknahme verbieten.

3. **RG.** I. 22. 4. 12, PMZBl. **12** 257. Auch für eine vor dem 1. Juli 1911 erhobene Zurücknahmeklage sind die Bestimmungen des G. vom 6. Juni 1911 betr. den Patentausführungszwang maßgebend. Bei der Klage auf Zurücknahme eines Patents handelt es sich nicht um die Geltendmachung eines wohlerworbenen Privat-

rechts, sondern um eine zur Wahrung des allgemeinen öffentlichen Interesses eingeführte Klage, bei deren Beurteilung dem freien richterlichen Ermessen ein großer Spielraum gewährt und der entscheidenden Behörde insbesondere die Befugnis eingeräumt ist, auch beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen, von der Zurücknahme des Patents abzusehen, wenn nach Lage des einzelnen Falles das öffentliche Interesse des Inlandes nicht geschädigt oder der Patentinhaber aus besonderen Gründen entschuldigt erscheint. Für diese Beurteilung kann grundsätzlich nur die Sachlage maßgebend sein, wie sie sich im Zeitpunkte der zu erlassenden Entscheidung darstellt.

§ 12. I. Wertheimer, Internationaler Erfinderschutz, Jahrb. für den intern. Rechtsverkehr 1912/13 S. 342 § 12 Abs. 1 PatG. ist als eine Folge des Territorialitätsprinzips anzusehen. Der Staat, der die Wirkungen des Patents auf sein Gebiet beschränkt, verlangt auch eine gewisse Lokalisierung desselben. An die Erfüllung des Postulats der Bestellung eines Inlandsvertreters für die im Ausland vorhandenen Erfindungs- resp. Patentinhaber knüpft er daher die Rechtsfolge, daß der Sitz des Patentrechts, eines Vermögensrechts, als im Inlande befindlich zu erachten ist.

II. PA. 23. 6. 11, MschutzuWettbew. **12** 102. Die deutschen Schutzgebiete gehören im Sinne des § 12 PatG. nicht zum Inlande (sehr ausführlich begründete Entscheidung).

§ 13. Der Rückgang des Patentamts, Aufsätze von Wirth, Sell u. a., Mitt. VDP. 1912. Isay, Der Kampf um das Gegenwartsrecht und das Patentamt, MschutzuWettbew. **10** 367. Dagegen Vogt, Zu den Angriffen auf das Patentamt, MschutzuWettbew. **11** 25. S. Allgemeines.

§ 17. Hüfner, Zwei Fragen aus dem patentamtlichen Zustellungswesen, GewRschutz **11** 194. I. Verweigert ein in Deutschland wohnender Anmelder die Annahme des mittels eingeschriebenen Briefes zuzustellenden Vorbescheids, so ist trotzdem die Zustellung, als in dem Augenblick erfolgt, anzunehmen, in welchem die Verhinderung der Aushändigung vollendet war. Von diesem Augenblicke läuft die Frist des § 21 Abs. 4 PatG. II. Die Zustellung mittels eingeschriebenen Briefes ist gültig, wenn der Brief an die Adresse des in Deutschland wohnenden Anmelders gerichtet, diesem, weil er vorübergehend abwesend ist, ins Ausland (Weltpostverein) nachgesandt und dort zugestellt wird (vgl. § 12 Kais. VO. vom 11. Juli 1891).

§ 18. PA. 4. 7. 12, MschutzuWettbew. **12** 104. Obergutachten, die das PA. gemäß § 18 PatG. abgibt, werden nur dem Gerichte resp. der Staatsanwaltschaft erstattet; Abschriften können den Parteien oder Dritten von dem PA. nicht erteilt werden.

§ 19. I. 1. Hüfner, Das geheime Patent nach geltendem Rechte und unter dem Gesichtspunkte notwendiger Verbesserungen, GewRschutz **11** 260. Erörterungen de lege lata et ferenda.

2. Lutter, Die Redaktion der Unterlagen einer Patentanmeldung, Gew. Rschutz **11** 302. Neubauer vertritt in der ZIndR. **10** 253 ff., 265 ff. die Ansicht, daß die Übung des Patentamts, vor der Bekanntmachung einer Anmeldung gemäß § 23 PatG. die von dem Anmelder eingereichten Unterlagen nicht nur einer sachlichen, sondern auch einer redaktionellen Prüfung zu unterziehen, ungesetzlich sei. Hiergegen wendet sich Lutter; er kommt zu dem Ergebnisse, daß das Patentamt bei Herausgabe der Patentschrift nicht an den vom Anmelder gewählten Wortlaut der Unterlagen gebunden, sondern befugt ist, diese nach seinem Ermessen umzuarbeiten. Eine Mitwirkung stehe dem Anmelder nicht zu, er brauche nicht einmal gehört zu werden. Denn die Redaktion der Patentschrift vollziehe sich außerhalb des Patentverteilungsverfahrens; sie sei lediglich Verwaltungsangelegenheit.

II. 1. **RG.** 14. 1. 11, LeipzZ. **11** 302. (§ 265 Abs. 2 ZPO.) Im Patentnichtigkeitsverfahren findet § 265 Abs. 2 ZPO. keine Anwendung. Die Nichtigkeitsklage

richtet sich gegen das Patent, d. h. gegen seinen jeweiligen Inhaber oder den, der nach § 19 Abs. 2 Satz 2 als solcher anzusehen ist.

2. **RG.** I. 13. 2. 11, JW. **11** 374, LeipzZ. **11** 301, PMZBl. **11** 219, R. **11** Nr. 1520. Nach deutschem Rechte vollzieht sich die Übertragung von Patentrechten gemäß den allgemeinen Vorschriften der §§ 398, 413 BGB. durch bloßen formfreien Vertrag. Der in jüngster Zeit von Kohler (Isay) vertretenen Ansicht, daß die Übertragung durch § 19 Abs. 2 an den Eintrag in die Patentrolle geknüpft werde, wird abgelehnt.

3. PA. 1. 6. 12, PMZBl. **12** 252. Gegenüber dem Antrage, die Patentanmeldung umzuschreiben und die Patenturkunde auf den Namen des Erwerbers auszustellen, braucht die Erteilung des Patents nicht ausgesetzt zu werden, sofern das Patenterteilungsverfahren spruchreif ist, der Umschreibung aber Hindernisse entgegenstehen. In diesem Falle steht auch dem Erwerber ein Beschwerderecht nach § 26 PatG. gegen den Erteilungsbeschluß nicht zu.

4. PA. 12. 6. 11, PMZBl. **11** 215, MschutzWettbew. **11** 21. Nur die deutsche Staatsgewalt kann die Zwangsvollstreckung in ein deutsches Grundstück, in eine in Deutschland befindliche Sache vornehmen, weil nur sie in der Lage ist, das Grundstück oder die bewegliche Sache dem Schuldner wegzunehmen und den Erwerber tatsächlich in Eigentum und Besitz einzuweisen. Dasselbe gilt aber von dem deutschen Reichspatente. Es ist von einer deutschen Behörde auf Grund und nach Maßgabe des deutschen Gesetzes erteilt. Es gilt nur für das deutsche Staatsgebiet, nur in ihm kann und muß es ausgeübt werden, nur in ihm kann daher auch die Ausübung des Patents zivilistischen und staatsrechtlichen Schutz genießen. Nur in Deutschland kann demzufolge zwangsweise der bisherige Inhaber an der ferneren Ausübung verhindert und ein anderer an seiner Stelle in dieselbe eingewiesen werden. Dazu kommt als ferneres Moment, daß der Eintritt des Erwerbers in die Stellung des legitimierten Patentinhabers eine Mitwirkung der deutschen Patentbehörde erfordert. Denn solange das Patentamt nicht in der Rolle vermerkt hat, daß in der Person des Patentinhabers eine Änderung eingetreten ist, solange bleibt der frühere Inhaber nach Maßgabe des Gesetzes berechtigt und verpflichtet und auch befugt Strafanträge zu stellen. Der fremde Staat kann aber das Patentamt als eine deutsche Behörde nicht anhalten, einen dahingehenden Rollenvermerk einzutragen. Er ist daher außerstande, an Stelle des bisherigen Inhabers einen anderen in die Stellung des gesetzlich Berechtigten und Verpflichteten einzuweisen, zu schützen und zu erhalten. Und deshalb ist die von einer ausländischen Behörde in ein deutsches Patent vorgenommene Zwangsvollstreckung jedenfalls für das Inland wirkungslos. Der Gläubiger des ausländischen Inhabers des deutschen Patents muß vielmehr gemäß §§ 722, 723, 728 und 23 ZPO. verbunden mit § 12 PatG. ein Vollstreckungsurteil erwirken, falls er bereits im Besitz eines vollstreckbaren rechtskräftigen ausländischen Urteils ist. Andernfalls muß er den Patentinhaber im Auslande verklagen und hierzu steht ihm nach § 12 PatG. stets ein inländischer Gerichtsstand zur Verfügung, der nach §§ 823, 857 ZPO. zugleich die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts begründet, und zwar die ausschließliche gemäß § 802 ZPO.

5. PA. 29. 6. 12, PMZBl. **12** 253. Nach der Amtsübung des Patentamts ist der Nachweis eines rechtlichen Interesses zur Begründung des Antrags auf Einsicht von Akten bekannt gemachter Anmeldungen und erteilter Patente oder auf Abschriftenerteilung aus solchen Akten an sich nicht erforderlich. Abschriften von ganzen Akten können aber nur ausnahmsweise, wo ein dahingehendes besonderes Bedürfnis dargetan wird, erteilt werden.

§ 20. I. 1. Bedeutung des Patentanspruchs s. zu § 4.

2. Benjamin, Der Unteranspruch, MschutzWettbew. **11** 108. 1. Verf. bekämpft die im PA. vielfach übliche Praxis, wonach Unteransprüche auf Grund der

§§ 1 und 2 PatG. geprüft würden unter Zuhilfenahme der Unterstellung, der Inhalt des Hauptanspruchs sei veröffentlicht. Die Prüfung auf Grund des § 3 Abs. 1 PatG. erklärt er für zulässig. 2. Die Tragweite der Unteransprüche grenzt Verf. dahin ab, daß diese nur unter Zurückbeziehung auf den Hauptanspruch bestimmt werden könne. Dieser Zurückbeziehung komme aber die Bedeutung zu, daß dadurch ein bindender Hinweis zur Begrenzung des Schutzumfanges auf das Spezialgebiet der Technik gegeben werde, welchem der Hauptanspruch angehöre.

3. Fried, Vorschlag zur Vereinfachung des deutschen Patenterteilungsverfahrens, GewRschutz 11 198. Verf. tritt für die Verminderung der Kollegialentscheidungen ein.

4. Habermann, Zur Formulierung und Auslegung der Patentansprüche, GewRschutz 11 253. Im Anschluß an die Entsch. des RG. vom 19. Februar 1910 wird die amerikanische Praxis in der Formulierung der Patentansprüche erörtert.

5. Herse, Abänderungen nach § 20 Abs. 3 PatG. Streichung von Ansprüchen, Verzicht, GewRschutz 11 190. Verf. kommt zu folgendem Ergebnis: Aus den §§ 20 und 21 folgt nicht die Notwendigkeit der Trennung der Prüfung auf Einheitlichkeit allein und dann auf Neuheit und Patentfähigkeit. Im Gegenteile folgt aus § 21 PatG., daß alle Mängel der Anmeldung in demselben Vorbescheide geltend gemacht werden sollen. Die zulässige Änderung nach § 20 Schlußsatz gestattet in erster Linie Änderung der Angabe des Neuen. — Streichung eines Anspruchs im Laufe des Verfahrens bis zur Bekanntmachung bedeutet nicht definitiven Verzicht auf den Teil der Anmeldung, auf den sich dieser Anspruch bezieht, insbesondere dann nicht, wenn der betreffende Anspruch sowohl wegen Nichteinheitlichkeit als auch Nichtneuheit beanstandet ist. — Solange nicht ausdrückliche Verzichtserklärung vorliegt, hat in jeder Instanz der gesamte Inhalt der Anmeldungsunterlagen, soweit sie nicht gegenüber den ursprünglichen eine unzulässige Erweiterung enthalten, als Gegenstand der Anmeldung zu gelten, bei voller Freiheit, die Angabe des Neuen auf einzelne Teile oder ihre Kombination zu richten.

6. Hüfner, Die Priorität abgezweigter Patentanmeldungen, GewRschutz 11 93. Enthält eine Patentanmeldung mehrere Erfindungen, die nicht die Ausgestaltung eines gemeinsamen Gedankens darstellen, so hat der Anmelder auf Aufforderung des PA. anzugeben, welche von diesen er in einem Verfahren behandelt sehen will. Diese Angaben werden von ihm unter Vermeidung der Abweisung der Anmeldung gefordert. In einem besonderen Verfahren sind dann die anderen Erfindungen zu behandeln. Weil dieses als Fortsetzung der ersten Anmeldung erscheint, genießen diese Erfindungen die Priorität der Stammanmeldung. Wenn aber die mehreren Erfindungen von einem gemeinsamen Gedanken getragen werden, dann ist nur ein Prüfungsverfahren möglich. Nach der Bekanntmachung genießt der Einheitsgegenstand vorläufigen Patentschutz. Die ausgelegten Ansprüche dürfen aus dem Gesichtspunkte der Einheitlichkeit einer weiteren Prüfung nicht unterzogen werden. Ergibt sich aber nach der Bekanntmachung, daß der gesamte Anspruch nicht patentfähig ist und der Anmelder formuliert einen neuen Anspruch, dessen Kennzeichen nicht in dem veröffentlichten Anspruch enthalten waren, sich aber aus den ursprünglichen Unterlagen ergeben, so kann dieser Anspruch in einem besonderen Verfahren mit der alten Priorität weiterverfolgt werden. Ein Verzicht auf diese Erfindungsmerkmale ist in der Nichtaufnahme in den Patentanspruch nicht zu erblicken. (S. Nr. 9).

7. Schanze, Die Tragweite von Patentunteransprüchen, LeipzZ. 10 801. Verf. behandelt die Frage, ob bei zusammengehörigen Erfindungen, die im Verhältnisse von Haupt- und Nebenerfindung zueinander stehen und in einem Patente behandelt werden, die Unteransprüche selbständig oder nur in Verbindung mit dem Hauptanspruche geschützt werden. Er kommt zu folgendem Resultat: Unteransprüche

genießen, unabhängig vom Willen der patenterteilenden Behörde, selbständigen Schutz, wenn solcher Schutz sich rechtfertigen läßt 1. durch den Satz, daß Kombinationsteile, die neu und von selbständiger erfinderischer Bedeutung sind, im Rahmen der Kombinationswirkung selbständigen Patentschutz genießen, oder 2. durch den Satz, daß der Patentschutz anders wie der Patentgegenstand alle, auch die nicht im Patent angegebenen, Brauchbarkeiten umfaßt.

8. Schöckinghoff, Zur Frage des Patentanspruchs, ZIndR. **12** 169. Verf. gibt Anregungen zur Frage der Formulierung des Patentanspruchs.

9. Wiegand, Änderungen im Wortlaute der Patentbeschreibung, MittVDP. **12** 10. Verf. bezeichnet die in dem Aufsatze Hüfners (s. Nr. 6) niedergelegte Ansicht als „rechtlich nicht ganz einwandfrei und praktisch überaus bedenklich".

10. Wirth, Verkrüppelte Patente, MittVDP. **12** 1. Verf. bezeichnet als „verkrüppelte Patente" solche Patente, die nur einen unzureichenden Schutz für die gemachte Erfindung begründen, obwohl ein zureichender Schutz an sich möglich gewesen wäre. Auf Grund von Patenten, die in Prozessen sich als verkrüppelt gezeigt haben, wird dargetan, wie solche Verkrüppelungen vermieden und geheilt werden können (s. auch Hallbauer, ebenda 14, Horn, ebenda 152).

II. 1. PA. I. 24. 6. 09, MschutzuWettbew. **10** 226. Verlangt das PA. bei der Prüfung einer Anmeldung die Ausscheidung eines Gegenstandes, so entscheidet es damit noch nicht über die ihm für die etwaige Neuanmeldung gebührende Priorität. Deren Festsetzung bleibt vielmehr der mit der Neuanmeldung befaßten Anmeldeabteilung überlassen. Die Gesichtspunkte, welche bei mangelnder Einheitlichkeit der Patentansprüche eine Trennung unter Wahrung der Priorität erfordern, treffen im vollen Umfang auch dann zu, wenn die formelle Mangelhaftigkeit nach einer anderen Richtung hin die gemeinschaftliche Behandlung in einer Anmeldung unmöglich macht, z. B. der Umstand, daß bei einer Zusatzanmeldung zwar der eine Anspruch zusätzlich zu der Hauptanmeldung ist, nicht aber der zweite. Die Erklärung eines Anmelders, das Merkmal N. N. solle gestrichen werden, enthält auch einen Verzicht auf das Prioritätsrecht.

2. PA. 14. 12. 09, MschutzuWettbew. **10** 225. Wird eine Anmeldung mit der Wirkung zerlegt, daß nur scheinbar der Inhalt der einzelnen Anmeldungen dem ursprünglich Angemeldeten gleich ist, so sind die Einzelanmeldungen nicht eine Fortsetzung der ursprünglichen Anmeldung.

3. **RG.** 5. 11. 10, MittVDP. **11** 85. Für die Frage, ob Unteransprüche wie selbständige Ansprüche neben dem sog. Hauptanspruche zu behandeln sind, kommt es nicht auf die sprachliche Form, sondern allein auf die sachlichen Verhältnisse an, insbesondere auf Art und Enge der inhaltlichen Beziehungen zwischen Haupt- und Unteranspruch. — Ist der Unteranspruch nur im Zusammenhange mit dem Hauptanspruche zu verstehen, dann kann von ihm ein selbständiger Erfindungsgehalt nicht verlangt werden; es ist sogar nicht nötig, daß der Hauptanspruch selbständig ist.

4. PA. 23. 11. 09, MschutzuWettbew. **10** 227. Der Gegenstand einer Anmeldung kann mit derselben Priorität, mit welcher er schon einmal angemeldet war, nicht wieder angemeldet werden, sofern es sich nicht um mehrere in ein und derselben Anmeldung steckende und deren Einheitlichkeit störende Erfindungen handelt.

5. **RG.** (Straff.) 29. 12. 11, **45** 327, JW. **12** 979. Die Erfordernisse der Schriftlichkeit der Anmeldung sind die gleichen wie in §§ 126 ff. BGB. Der Bevollmächtigte kann daher mit dem Namen des Machtgebers unterschreiben, gleichviel, ob er als Patentanwalt zugelassen ist oder nicht.

6. **RG.** 4. 12. 12, LeipzZ. **12** 548. Sobald die Patentierung eines angemeldeten Patents rechtskräftig versagt ist, ist die Anmeldung erledigt und so zu behandeln, als wenn sie nicht erfolgt wäre. Sie steht dann weder dem Anspruch

auf Patenterteilung eines späteren Anmelders derselben Erfindung entgegen, noch können daraus irgendwelche Rechte hergeleitet und auf andere übertragen werden.

7. PA. 1. 11. 12, ZIndR. **12** 266. Das PA. hat lediglich den Gegenstand der Erfindung zu bestimmen und festzulegen. — „Andere Sachverständige" s. § 2 Nr. 6. Wenn die Beschreibung bis zur Möglichkeit der Benutzung der Erfindung durch andere Sachverständige verständlich ist, der Patentanspruch die Erfindung vollständig und klar wiedergibt und zwischen Anspruch und Beschreibung kein Widerspruch besteht, so kann die Anmeldung nicht aus dem Grunde zurückgewiesen werden, weil die Beschreibung oder der Patentanspruch sonstige Mängel aufweisen, z. B. einzelne Stellen nur aus dem Zusammenhange klar werden. Der Patentanspruch soll zusammenfassen, was den Gegenstand der vorher eingehend beschriebenen Erfindung ausmacht. Aus der notwendigen Zusammengehörigkeit von Patentanspruch und Beschreibung folgt zwingend, daß zwischen beiden ein sachlicher Widerspruch nicht obwalten darf. Weigert sich der Anmelder, der Erfindung im Patentanspruche den zutreffenden und klaren Ausdruck zu geben, so ist die Anmeldung abzuweisen, wenn der Patentanspruch nicht in der Beschreibung ohne weiteres seine Erläuterung findet. (S. z. B. **RG.** 16. 3. 12, PMZbl. **12** 225.)

§ 21. 1. Ephraim, Ist die Vorprüfung nach deutschem Patentgesetz obligatorisch? MschutzuWettbew. **11** 41. Verf. bejaht diese Frage.

2. Mittelstädt, Der Rechtsgrund der Vorprüfung, GewRschutz **11** 85. Verf. prüft die Frage, ob die Vorprüfung eine Rechtsnotwendigkeit des Erfindungsschutzes ist. Er verneint diese Frage zugunsten der Kohlerschen Theorie des Immaterialgüterrechts: Schutz der Erfindung ohne konstitutiven Rechtsakt. Er weist darauf hin, daß auch das RG. und Isay in der ihm nicht haltbar erscheinenden Unterscheidung zwischen Gegenstand und Umfang des Schutzes der Erfindung und in der Nichtberücksichtigung der Ansicht des PA. ein geborenes Recht an der Erfindung neben oder trotz der Patenterteilung anerkennen. Verf. will aber auch den Erfindungsschutz nicht allein mit der Erfindung entstehen lassen, er verlangt vielmehr, daß der Erfinder in selbständiger Arbeit etwas Neues schafft und dies so darstellen müsse, daß es richtig und sinnlich wahrnehmbar und erkennbar wird. Diese beiden — objektive und subjektive — Momente müssen greifbare Gestalt annehmen. Nur durch Gegenüberstellung mit dem bisher Geschaffenen ist dies möglich, indem der tatsächliche Stand der Technik zur Zeit der Erfindung geschildert wird. Nur insoweit ist die Vorprüfung notwendig und beizubehalten. Die Bewertung der Tatsachen muß aufgehoben werden.

3. Hübner und Ephraim, Feststellung des Wortlauts der Patentschrift durch das Patentamt vor Anführung des Namens des Erfinders in der Patentschrift, MschutzuWettbew. **10** 365 und **11** 106. 1. Ephraim bekämpft die Hübnersche Ansicht, die Patentschrift sei in sachlicher Hinsicht nichts anderes als eine amtliche Bearbeitung der für die Öffentlichkeit bestimmten Patentunterlagen. Er erklärt redaktionelle Änderungen in der Beschreibung des Patents nach dessen Erteilung für unzulässig. 2. Entgegen Hübner aaO. führt Ephraim aus, das PA. könne die Anführung des Erfinders in der Patentschrift gestatten, wenn sein Name in den Unterlagen erwähnt ist.

4. Sell, Die Berücksichtigung älterer Patentanmeldungen im Vorprüfungsverfahren, MittVDP. **10** 3. Verf. wendet sich gegen die Praxis des PA., die Erlangung eines Patents auf Grund einer jüngeren Anmeldung von einem patentfähigen Überschusse gegenüber der älteren Anmeldung auch dann abhängig zu machen, wenn die Erfindung, auf welche sich die jüngere Anmeldung bezieht, durch das ältere Patentrecht nicht umfaßt wird.

§ 22. 1. PA. I. 31. 1. 11, MschutzuWettbew. **11** 449. Es ist rechtlich unzulässig, eine Anmeldung teilweise abzuweisen, teilweise bekanntzumachen. Es kann

lediglich ein einheitlicher Beschluß, entweder auf Abweisung oder auf Bekanntmachung ergehen.

2. PA. 9. 4. 11, MschutzuWettbew. **11** 490. Unter „Umständen" gemäß § 22 Abs. 2 PatG. sind nur Tatsachen und Beweismittel, aber keine Rechtssätze zu verstehen.

§ 23. PA. 13. 3. 12, LeipzZ. **12** 464. Die materiellen Bestimmungen des PatG. sind der Ergänzung durch das allgemeine bürgerliche Recht fähig und bedürftig. Aus dem Umstande, daß das PatG. dem Patentsucher einen Anspruch auf Entschädigung wegen sein Recht an der Erfindung verletzender Handlungen, die in die Zeit zwischen der Anmeldung und ihrer Bekanntmachung fallen, nicht gegeben hat, darf nicht gefolgert werden, daß ein solcher Anspruch nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen des bürgerlichen Rechtes begründet werden könnte.

§ 24. I. Moser, Gehört das Einspruchsrecht wegen widerrechtlicher Entnahme zur Konkursmasse? GewRschutz **11** 305. Verf. verneint die aufgeworfene Frage, weist aber darauf hin, daß die widerrechtliche Entnahme neben dem Einspruchsrecht auch einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 BGB. gewährt. Dieser sei nicht, wie das Einspruchsrecht, ein Persönlichkeitsrecht, sondern ein rein vermögensrechtlicher, vom Konkursverwalter geltend zu machender Anspruch.

II. 1. PA. 6. 1. 11, MschutzuWettbew. **10** 290. Wenngleich das Patenterteilungsverfahren als ein Untersuchungsverfahren von der Offizialmaxime beherrscht wird, so ist doch der Prozeßgrundsatz anwendbar, daß die von einer Partei aufgestellten tatsächlichen Behauptungen dann als zugestanden und damit als festgestellt angesehen werden können, wenn die Gegenpartei, trotzdem ihr diese Angaben besonders zur Kenntnisnahme und Äußerung mitgeteilt worden sind, sie nicht bestritten hat.

2. PA. 26. 10. 11, MschutzuWettbew. **11** 330. Das PA. ist wohl in der Lage, zur näheren Ausführung und Rechtfertigung des innerhalb der Einspruchsfrist rechtsgültig erhobenen Einspruchs eine Frist zu bewilligen, dagegen nicht berechtigt, eine Frist zur Begründung eines unzulässigen Einspruchs zu gewähren.

3. PA. 30. 12. 11, MschutzuWettbew. **11** 271. Hat die Anmeldeabteilung einen Einspruch als unzulässig verworfen und der Einsprechende Beschwerde erhoben, so ist von der Beschwerdeabteilung zunächst über die Rechtsgültigkeit des erhobenen Einspruchs zu entscheiden. Wird diese verneint, so kann in eine sachliche Prüfung des Inhalts der Sachbeschwerde überhaupt nicht eingetreten werden.

4. PA. 4. 4. 12, MschutzuWettbew. **11** 448. Einem Einsprechenden darf weder der Name der übrigen Einsprechenden noch ihr Vorbringen vor Erlassung des Patenterteilungsbeschlusses mitgeteilt werden.

5. PA. 9. 4. 12, MschutzuWettbew. **11** 490. Der für das Nichtigkeitsverfahren ausgesprochene Grundsatz, wonach die von einer Partei behaupteten Tatsachen, über welche die Gegenpartei sich nicht erklärt hat, für erwiesen angenommen werden können, ist im Einspruchsverfahren sinngemäß anzuwenden.

6. PA. 27. 9. 12, PMZBl. **12** 274. Die Ablehnung des Antrags eines Einsprechenden auf Fristgewährung in einem schwebenden Verfahren ist nicht mit dem Rechtsmittel der Beschwerde anfechtbar.

§ 26. I. Seifert, der Tod der Anschlußbeschwerde im Patenterteilungsverfahren, GewRschutz **12** 308 ff. Verf. verneint die analoge Anwendbarkeit der zivilprozessualen Bestimmungen über die Anschlußbeschwerde im Patenterteilungsverfahren, da der Beschluß der Anmeldeabteilung nicht, insoweit er unangefochten bleibe, rechtskräftig werde, insbesondere könne er nicht hinsichtlich einzelner Ansprüche die Rechtskraft erlangen. Da das Verfahren also als Ganzes unerledigt

bleibe, sei auch der Einsprechende resp. der Anmelder daran noch in ganzem Umfange beteiligt.

II. 1. PA. 25. 4. 12, GewRschutz 12 311 (s. Seifert unter I), ZIndR. 12 163. Solange die Beschwerde anhängig ist, unterliegt der gesamte Inhalt der Anmeldung der Prüfung und der Entscheidung der Beschwerdeabteilung, also auch die nicht durch Einspruch angefochtenen Ansprüche.

2. PA. 22. 1. 12, ZIndR. 12 90. Die Beschwerdeerklärung ist auch ohne Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters rechtswirksam, nur muß sie in einer solchen Form dem PA. zugehen, daß jeder Zweifel über den Tag ihres Einganges und über die Person des Erklärenden ausgeschlossen ist. So ist z. B. der bloße Vermerk auf dem Abschnitt einer Postanweisung „Beschwerdegebühr zur Sache X. X." als eine Beschwerde im Sinne des § 26 Abs. 1 PatG. aufzufassen.

3. PA. 19. 9. 12, MschutzuWettbew. 12 138. Die Beschwerdeabteilung des PA. ist aus Rechtsgründen nicht verpflichtet, eine Anmeldung, die sie für nicht identisch mit einer älteren Anmeldung hält, bis zu der Erledigung dieser Anmeldung auszusetzen.

4. PA. 1. 11. 12, ZIndR. 12 266. Die Entscheidung über Rückzahlung der Beschwerdegebühr bedarf keiner Begründung.

§ 28. I. 1. *Cantor, ABürgR. **37** 258. Wirkung der Nichtigerklärung eines von mehreren Patentansprüchen auf die Patentauslegung: Vermutung und Sollvorschrift, daß das Patent einheitliche Erfindung schützt, daß ein Anspruch Hauptanspruch, die anderen Ansprüche Nebenansprüche sind, die gegenüber dem Hauptanspruche noch selbständige Erfindung enthalten. Nach Stand der Branchetechnik zur Anmeldezeit diese Vermutung eventuell im Einzelfalle widerlegt. Stand der Branchetechnik zur Feststellung des Hauptanspruchs heranzuziehen. Nach Stand der Branchetechnik daher Feststellung möglich, daß Nebenansprüche keine selbständige Erfindung mehr enthalten. Dann bleiben diese bei Vernichtung des Hauptanspruchs schutzlos. Denn die Vernichtung des Hauptanspruchs kann keine Beschränkung des gemeinsamen Gebiets durch Schaffung eines Schutzbereichs für die Nebenansprüche herbeiführen, weil diese nicht ebenfalls vernichtet wurden.

2. Ephraim, Die Sicherheitsleistung im Nichtigkeits- und Zurücknahmeverfahren, LeipzZ. **11** 747. Verf. erörtert im einzelnen die möglicherweise auftauchenden Rechtsfragen.

3. Lutter, Die Zustellung der Streitverkündung im patentamtlichen Nichtigkeitsverfahren, MschutzuWettbew. **11** 1. Da das Nichtigkeitsverfahren ein Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit ist, beherrscht von dem Grundsatze des Offizialbetriebs, so erfolgt die Nebenintervention durch Einreichung eines Schriftsatzes bei dem PA. Die Streitverkündung erfolgt hingegen auch im Nichtigkeitsverfahren im Parteibetrieb, eine Zustellung von Amts wegen seitens des PA. ist daher ausgeschlossen. Da die Zustellungsregeln des PatG. bei diesem Prozeßakte versagen, so ist nach Ansicht Lutters die Lücke dadurch auszufüllen, daß die für die Zustellung von Amtswegen gültigen Vorschriften der Ausführungsverordnung zu dem PatG. mit denjenigen Maßgaben zur Anwendung gebracht werden, die eine im Parteibetrieb erfolgende Zustellung erfordert: dem für die Bewirkung der Zustellungen bestimmten Beamten wird von dem Streitverkünder durch Vermittelung der Nichtigkeitsabteilung der Auftrag zur Zustellung erteilt.

II. 1. **RG.** 8. 10. 10, LeipzZ. **11** 64, MschutzuWettbew. **10** 276. An der Nichtigkeitserklärung eines Patents hat die Allgemeinheit deshalb ein wesentliches Interesse, weil infolge dieser Nichtigkeitserklärung der Gegenstand des Patents dem Sondernutzungsrecht eines einzelnen entzogen und Gemeingut wird. Diesem Interesse entspricht das im PatG. jedermann erteilte Recht, die Nutzungsfreiheit zum

Besten der Allgemeinheit zu erstreiten. Ein eigenes Interesse des Klägers ist nicht Voraussetzung dieses Klagerechts. Gegenüber dem im § 28 gegebenen Klagerechte scheidet die Vorschrift des § 228 BGB. grundsätzlich aus. Denn die dem allgemeinen Interesse dienende Nichtigkeitsklage kann niemals nur den Zweck haben, einem anderen Schaden zuzufügen.

2. **RG.** I. 13. 5. 11, LeipzZ. **11** 615. Die zeitliche Grenze, die hier für die Erhebung der Nichtigkeitsklage gesetzt ist, kann der Antragsteller nicht dadurch wahren, daß er in der Klage zunächst irgendwelche unzureichende und von ihm selbst als solche erkannte Behauptungen aufstellt, um diese dann nach dem Fristablaufe noch zu ergänzen. Dies liefe auf eine gesetzlich unzulässige Fristverlängerung hinaus.

3. **RG.** I. 20. 5. 12, MschutzuWettbew. **12** 178. In der Entsch. des RG. vom 3. Januar 1910 (PMZBl. **10** 198) ist lediglich die Anwendung des § 7 Abs. 1 und 2 Kais. VO. vom 6. Dezember 1891, die Zurückweisung verspäteten Vorbringens, im konkreten Falle unter Hinweis auf den Zweck der Ausschlußfrist des § 28 Abs. 3 PatG. für gerechtfertigt erklärt worden. Keineswegs sollte damit aber der Rechtssatz aufgestellt werden, daß in einer rechtzeitig erhobenen Nichtigkeitsklage mit Rücksicht auf die Frist des § 28 Abs. 3 PatG. der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung nicht in vollem Umfange berücksichtigt werden dürfe.

4. **RG.** I. 22. 5. 11, **76** 298, PMZBl. **11** 248. Die Zurücknahme der Berufung des einen Patentinhabers nimmt dem anderen nicht das Recht, die Berufung weiter zu verfolgen.

§ 31. **RG.** 17. 12. 10, LeipzZ. **11** 220. Der § 271 Abs. 3 ZPO. ist im Patentstreitverfahren analog anzuwenden. Es entspricht auch durchaus der Billigkeit, daß der Nichtigkeits- und Zurücknahmekläger, der seinen Antrag vor ergangener Entscheidung zurücknimmt, die bis dahin entstandenen Kosten trägt. Die Befugnis des PA., in diesem Sinne zu entscheiden, ergibt § 31.

§ 33. **RG.** 22. 5. 11, **74** 209. Eine Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das PA. ist nicht unzulässig.

§ 35. I. M. Seligsohn, Die Legitimation zur Entschädigungsklage bei Patentverletzungen. MschutzuWettbew. **11** 512. Verf. hält nicht nur für die negatorische Klage, sondern auch für die Schadensersatzklage allein den in die Patentrolle Eingetragenen legitimiert. Der Einwand, daß die Patentrolle nicht den wahren Eigentümer ausweise, sei unbeachtlich. Eine Ausnahme sei in der Legitimationsfrage nur für dingliche Rechte zu machen, welche die Rechte des Patenteigentümers auf Schadensersatz beeinträchtigen (Pfandgläubiger, Nießbraucher usw.). Jedoch könne der Eingetragene nach der Verletzung seine durch dieselbe begründeten Rechte abtreten.

II. 1. **RG.** I. 7. 11. 10, MschutzuWettbew. **10** 179. Es läßt sich nicht der Satz aufstellen, daß eine grobe Fahrlässigkeit im Sinne des Gesetzes immer schon dann vorliegt, wenn jemand vor der Inangriffnahme von Maßnahmen, welche auf technischem Gebiete liegen, es unterlassen hat, sich durch Einsicht der amtlichen Veröffentlichungen auf dem Gebiete der Patente und Gebrauchsmuster zu vergewissern, ob der beabsichtigten Maßnahme nicht das geschützte Recht eines anderen entgegenstehe. Was in dieser Beziehung zu fordern ist, muß nach der besonderen Sachlage im einzelnen Falle und den daraus für einen sorgfältigen Mann im Verkehre sich ergebenden Verpflichtungen bemessen werden.

2. **RG.** 19. 12. 10, LeipzZ. **11** 220. Ein eventueller Verletzungsvorsatz (dolus eventualis) liegt nicht schon dann vor, wenn der Beklagte überhaupt nur an die Möglichkeit, das Patent zu verletzen gedacht hat; die Annahme vorsätzlichen Handelns ist vielmehr abzulehnen, wenn der Handelnde den Eintritt der Verletzung als überwiegend unwahrscheinlich, als eine nur sehr entfernte Möglichkeit sich vorgestellt hat.

3. OLG. Celle 19. 10. 10, ZJndR. **12** 68. Die Nichtbeachtung einer allgemein gehaltenen Warnung vor Patentverletzung stellt an sich noch keine grobfahrlässige Handlungsweise dar.

4. **RG.** 5. 4. 11, LeipzZ. **11** 550. Das OLG. kommt zu dem Ergebnisse, daß der erste Patentanspruch eine Erfindung überhaupt nicht enthalte, sondern höchstens eine Aufgabe stelle, ohne die Mittel der Lösung anzugeben. Damit verkennt es die Stellung, die dem Gericht im Patentverletzungsstreite zukommt. Wäre dem so, so hätte das Patent freilich nicht erteilt werden dürfen. Es ist aber von den zuständigen Stellen rechtsgültig erteilt und auch gegen die Angriffe im Nichtigkeitsverfahren aufrechterhalten worden. Die ordentlichen Gerichte sind nicht berufen, die Ansichten der patenterteilenden Behörde über das Vorliegen einer schutzwürdigen Erfindung nachzuprüfen und zu berichtigen. Sie haben das Patent so hinzunehmen, wie es erteilt worden ist und es nur mit seiner Auslegung und der Abgrenzung seines Schutzumfanges zu tun.

5. **RG.** I. 8. 4. 11, R. **11** Nr. 3382. Für die Frage, ob grobe Fahrlässigkeit vorliegt, ist es ohne Bedeutung, ob der Fabrikant einen Sachverständigen unter objektiv richtiger Darstellung des Sachverhalts vor oder erst nach Herstellung der Maschine über die behauptete Patentverletzung befragt.

6. **RG.** I. 8. 4. 11, R. **11** Nr. 3383. Bei der Frage, ob schuldhafte Patentverletzung vorliegt, kann es dahingestellt bleiben, ob der Verletzende vor der Warnung des Patentinhabers Kenntnis von dem Patente hatte, wenn einerseits eine etwaige Fahrlässigkeit in der Nachforschung entgegenstehender Patente nicht kausal wäre, weil selbst der Erfolg der sorgfältigsten Nachforschung nicht zu mehr als der Kenntnis des Patents hätte führen können und diese Kenntnis zum Nachweise der Wissentlichkeit oder groben Fahrlässigkeit nicht genügen würde, und wenn andererseits auch für den Fall der später wirklich erlangten Kenntnis der Tatbestand des § 35 in subjektiver Hinsicht nicht dargelegt ist.

7. **RG.** (Straff.) **43** 397. Ob der äußere Tatbestand einer Patentverletzung gegeben ist, braucht zwar dann nicht festgestellt zu werden, wenn der innere Tatbestand verneint wird. Dieser kann aber, wenn Gegenstand des Patents ein Verfahren ist, in der Regel nur dann verneint werden, wenn das vom Beklagten angewendete Verfahren mit dem patentierten verglichen wird.

8. **RG.** I. 14. 11. 10, MschutzuWettbew. **10** 179. Fahrlässigkeit und Eventualdolus bei objektiv vorliegender Patentverletzung können deshalb verneint werden, weil die undeutliche Fassung der Patentschrift den Schutzanspruch nicht erkennen ließ.

9. **RG.** I. 10. 4. 11, MschutzuWettbew. **10** 344, R. **11** Nr. 2231. Der Umstand, daß durch unwesentliche Maßnahmen die Verletzung des Schutzbereichs des Patents vermieden werden soll, läßt erkennen, daß der Betreffende die Tragweite des Patents gekannt hat. Handelt es sich dabei um ein eng begrenztes Gebiet der Technik und um ein wichtiges und wirtschaftlich notwendiges Patent, so ist es besonders nötig, sich um das Bestehen etwaiger Schutzrechte zu kümmern und im höchsten Grade fahrlässig, wenn derjenige, der auf demselben Gebiete zum gleichen Zwecke eine ähnliche Einrichtung benutzen will, sich nicht ganz genau über Umfang und Tragweite der auf diesem Gebiete bestehenden Schutzrechte erkundigt.

10. OLG. Dresden 17. 11. 11, MschutzuWettbew. **11** 448. Dem für den Ersatzanspruch zuständigen Gerichte wohnt auch zugleich die Zuständigkeit für den Anspruch auf Rechnungslegung inne, der, wie im Sinne des Patentrechts, so auch im Sinne des Gebrauchsmusterrechts von dem Anspruch auf Entschädigung mitumfaßt wird (**RG. 70** 252). In dem Gerichtsstande des § 32 ZPO. kann ferner, wenn der Kläger dem Beklagten schuldhafte Eingriffe in sein Musterrecht vorwirft, auch der Unterlassungsanspruch geltend gemacht werden.

11. **RG.** 10. 1. 12, PMZBl. **12** 107. Die Fahrlässigkeit, auch die grobe, setzt immer einen Irrtum oder eine Unkenntnis voraus, die auf mangelnder Anspannung der Aufmerksamkeit beruht.

12. **RG.** I. 26. 1. 12, LeipzZ. **12** 315. Der Schadensersatzanspruch aus § 35 kann auch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr für jeden Fall der Patentverletzung gerichtet werden. Dieser Ansicht liegt die Anschauung zugrunde, daß der vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzer des Patents nicht besser gestellt werden darf, als derjenige, der sich auf Grund eines ordnungsmäßigen Vertrags die Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung vom Patentinhaber ausbedingt. Um die Höhe der Lizenz festzustellen, ist daher, unter Würdigung der konkreten Umstände des Falles, zu entscheiden, unter welchen Bedingungen zwischen dem Berechtigten und dem Verletzer ein Lizenzvertrag mutmaßlich zustande gekommen wäre. Die Entscheidung ist ohne weiteres gegeben, wenn die Parteien einen die Fälle der Patentverletzung deckenden Lizenzvertrag bereits abgeschlossen haben; es ist dann die von ihnen vereinbarte Lizenz die den Umständen des Falles angemessene.

13. **RG.** I. 22. 6. 12, MschutzuWettbew. **12** 123. Nur die wissentliche, nicht die grob fahrlässige Beihilfe zur Patentverletzung eines anderen macht schadensersatzpflichtig.

14. **RG.** I. 22. 6. 12, MschutzuWettbew. **12** 123. Grobfahrlässige Beihilfe genügt weder zur Begründung der Schadensersatzpflicht noch zur Bestrafung wegen einer Patentverletzung. Grobe Fahrlässigkeit kann nur aus dem Gesichtspunkte grobfahrlässiger mittelbarer Mittäterschaft berücksichtigt werden.

15. **RG.** I. 22. 6. 12, JW. **12** 879, MschutzuWettbew. **12** 177. Der Fiskus ist für Eingriffe in Patentrechte, die in Ausübung von Hoheitsrechten begangen werden, schadensersatzpflichtig auch ohne wissentliche oder grobfahrlässige Verletzung.

16. KG. 9. 10. 12, GewRschutz **13** 338. Wissentlichkeit bedeutet Kenntnis derjenigen tatsächlichen Umstände, welche den gesetzlichen Tatbestand der Patentverletzung ausmachen. Hierzu gehören lediglich: Das Vorhandensein und der Inhalt des Patents, die Übereinstimmung der benutzten technischen Erscheinung mit der patentierten und die Übereinstimmung der vorgenommenen Benutzungshandlung mit der dem Patentberechtigten gesetzlich vorbehaltenen Benutzung. Die Priorität der Erfindung (im Sinne des § 10 Nr. 2 PatG.) gehört nicht zum gesetzlichen Tatbestande der Patentverletzung. Ist das Patent erteilt, so besteht es rechtswirksam so lange, bis es vernichtet wird. Die Patenterteilung allein, nicht auch die Rechtsbeständigkeit des Rechtes aus dem Patente gegenüber der Anfechtung durch die Nichtigkeitsklage begründet den Gesetzesbegriff der Patentverletzung im Sinne der §§ 4, 35 PatG. In dieser Beziehung unterscheidet sich grundsätzlich der Patentschutz vom Gebrauchsmusterschutze. Die Nichtigkeit des Patents besteht zwar von Anfang an, sie tritt aber erst in Erscheinung durch rechtskräftigen Ausspruch der zuständigen Behörde; bis dahin besteht nur eine Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung. Die Unkenntnis der Priorität der patentierten Erfindung, die irrtümliche Annahme des Mangels der Priorität ist demnach für die Frage nach der Wissentlichkeit der Patentverletzung von vornherein nicht erheblich.

Wollte man die Priorität der geschützten Erfindung als Begriffsmerkmal der Patentverletzung ansehen, so wäre ein Irrtum über dieses Begriffsmerkmal nicht zu beachten. Der abweichenden Meinung ist für die vorliegende Frage, also für die irrtümliche Annahme, ein Patent sei nichtig, abgesehen von den oben wiedergegebenen Gründen, auch aus praktischen Erwägungen nicht beizutreten. Erfahrungsgemäß wird in einer großen Zahl von Patentverletzungsstreitigkeiten von der verletzenden Partei die Nichtigkeitsklage erhoben. Daß diese Klage ohne Überzeugung von der Richtigkeit erhoben sei, ist wohl niemals festzustellen. In welchen Fällen dann aber, wenn dieser

Irrtum über die Richtigkeit erheblich sein soll, Wissentlichkeit noch festgestellt werden soll, ist nicht abzusehen. Wollte man die Entschuldbarkeit des in Rede stehenden Rechtsirrtums ausschlaggebend sein lassen, also die Wissentlichkeit ausschließen und die Frage nach grober Fahrlässigkeit stellen, so würde man die ganze Frage praktisch in letzter Linie auf die mehr oder weniger geschickte Begründung der Nichtigkeitsklage abstellen. Große Betriebe verfolgen alle einschlägigen Erscheinungen der Technik und die darauf erteilten Schutzrechte. Sie sind in viel größerem Maße in der Lage, Nichtigkeitsklagen überzeugend zu begründen und mit dem erforderlichen Material zu belegen, als kleine Betriebe. Die patentverletzende Erfindungsbenutzung der großen Betriebe aber ist die schädlichere. Gerade diese den größeren Schaden anrichtende Patentverletzung also würde bei der in Rede stehenden Auffassung von der Schadenshaftung befreit werden, jedenfalls bei Anwendung des § 687 Abs. 2 BGB. über der Verpflichtung zur Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinns.

§ 36. 1. **RG.** V. (Straff.) 30. 12. 10, PMZBl. **11** 216. Eine Patentverletzung liegt nicht nur dann vor, wenn der Erfindungsgedanke vollständig nachgebildet wird, sondern auch schon in dem Falle, daß dies in bezug auf Teile der Erfindung geschieht, sofern sich diese nur als wesentliche darstellen. Wenn es sich darum handelt, ob der äußere Tatbestand einer Patentverletzung gegeben ist, muß einerseits geprüft werden, worin das Wesen des dem Patentinhaber für seine Erfindung erteilten Patents besteht, andererseits ob sich die vom Angeklagten hergestellte und vertriebene Ware in dem vorbezeichneten Sinne ganz oder teilweise mit dem so zu bestimmenden Gegenstande der patentierten Erfindung deckt und deshalb in diese eingreift. Das Wesen des Patents ist aber nach dem Inhalte der Erteilung zu bestimmen. Insoweit sind die für die Auslegung von Willenserklärungen überhaupt geltenden Grundsätze maßgebend. Es sind daher insbesondere der angemeldete Patentanspruch und die ihm in der Anmeldung gegebene Erläuterung, der Inhalt der von dem Patentamt ausgefertigten Patentschriften und überhaupt die Entstehungsgeschichte des Patents von Wesentlichkeit (**RG.** [Straff.] **43** 397 [401]). Namentlich können auch Urteile, die im Verfahren auf erhobene Nichtigkeitsklage ergangen sind, Erheblichkeit gewinnen, zumal hierbei die patenterteilende Behörde und das RG. als Berufungsgericht regelmäßig genötigt sein werden, sich über das Wesen des erteilten Patents auszusprechen. Dem danach bestimmten Inhalte des Patents entspricht auch dessen Rechtsschutz. Dieser beschränkt sich mithin nicht auf einzelne Ausführungsarten oder Ausführungsformen der patentierten Erfindung. Für die Frage des Schutzes einerseits und des Eingriffs in das Patent andererseits ist es daher ohne Bedeutung, ob der Patentinhaber nur die eine oder andere der möglichen Ausführungsarten oder -formen tatsächlich anwendet. Nicht nur mit einer solchen ist deshalb der als Verletzung des Patents in Frage kommende Gebrauchsgegenstand zu vergleichen, sondern mit der Erfindung in dem ganzen Umfang ihres patentrechtlichen Schutzes.

2. **RG.** IV. 9. 1. 12, MSchutzuWettbew. **11** 317. Das Bewußtsein der Möglichkeit durch ein konkretes Handeln den Tatbestand der §§ 36, 4 PatG. zu verwirklichen und das Handeln trotz dieses Bewußtseins auf die Gefahr hin, gegen die genannte Strafbestimmungen zu verstoßen, bildet auch eine Art der Wissentlichkeit im Sinne des § 36 PatG.

§ 40. I. 1. Michels, „D. R. P. a." DJZ. **12** 1464. Verf. bekämpft die Ansicht, daß der Zusatz „a" unter allen Umständen geeignet sei, den Glauben zu erwecken, ein Patent sei erteilt, maßgebend sei vielmehr die Auffassung der Verkehrskreise, an die sich die Ankündigungen oder Empfehlungen mit der Formel D. R. P. a. wenden.

2. Richard Alexander-Katz, DJZ. **13** 92 hält entgegen der Ansicht Michels (DJZ. **12** 1464) die Anwendung der Formel D. R. P. a. für Erfindungen,

die noch keinen gesetzlichen Schutz genießen, für unzulässig. Bei Verwendung auf zur Patentierung angemeldete Erfindungen könne die Strafvorschrift des § 40 PatG. nicht angewendet werden, weil diese nur von dem Irrtume spreche, daß der Schutz durch ein Patent bestehe, jedoch kommen §§ 1 und 4 UnlWG. in Betracht.

3. Pudor, Kann ein Anspruch auf Unterlassung wegen widerrechtlicher Patentanmaßung im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung verfolgt werden? GewRschutz **12** 307 ff. Verf. bejaht die aufgeworfene Frage im Gegensatze zur herrschenden Meinung im Anschluß an Isay (PatG. 197) auch wenn die Patentanmaßung nicht schuldhaft erfolgte.

II. OLG. Hamburg 16. 3. 11, MschutzuWettbew. **10** 318. Die Abkürzung D. R. P. a." für D. R. P. angemeldet" ist unzulässig.

Gesetz,
betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern
vom 1. Juni 1891.

Literatur: Wertheimer, Handkommentar zum Gesetze betr. den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891. München-Berlin 1913.

§ 1. I. 1. *Cantor, ABürgR. **37** 268 ff. Ist auf Grund eines Gebrauchsmusters eine einstweilige Verfügung erwirkt gewesen, so zieht Urteilslöschung des Gebrauchsmusters nicht ipso jure Schadensersatzpflicht gemäß § 945 ZPO. nach sich. Vielmehr ist bei der Klage aus § 945 ZPO. ohne Rücksicht auf bestehende oder gelöschte Eintragung jeweils zu prüfen, ob das zur Zeit der Erwirkung der einstweiligen Verfügung eingetragene Gebrauchsmuster schutzfähig war oder nicht. Das ist die Folge des Anmeldesystems des GebrMustG. und die Rechtsfolge davon, daß ein Urteil auf Löschung eines Gebrauchsmusters an sich nicht zurückwirkt. Wirksamkeit eines Urteils auf Abweisung der act. neg. inter partes und eines Urteils auf Feststellung, daß ein Schutz nicht bestehe. — Das Geschmacksmustergesetz kennt keine Löschungs- oder Nichtigkeitsklage wie das PatG., GebrMustG., WarenZG. Zulässig ist negative Feststellungsklage auf Unwirksamkeit des Schutzrechts und eine auf Gewerbestörung gegründete Löschungsklage. Ist eine einstweilige Verfügung zum Schutze des Geschmacksmusters verwirkt gewesen, so zieht die Erwirkung und der Vollzug eines Urteils auf Grund einer der vorerwähnten Klagen nicht ipso jure Schadensersatzpflicht aus § 945 ZPO. nach sich. Wirksamkeit eines Urteils auf Abweisung der act. neg. inter partes und ebenso eines Urteils auf Feststellung, daß ein Schutz nicht bestehe.

2. Pinzger, Beweislast für die Neuheit eines Gebrauchsmusters, MschutzuWettbew. **11** 4. Ausgehend von dem Gedanken, daß die Eintragung eines Gebrauchsmusters nur eine Prioritätsfeststellung bedeutet, führt Verf. aus, daß der negatorisch auf Unterlassung klagende Gebrauchsmusterinhaber gemäß den allgemein geltenden Beweislastregeln das Bestehen des behaupteten absoluten Rechtes bei dessen Leugnung durch den Beklagten zu beweisen habe (aA. Seligsohn, GebrMustG. 468 § 4 Anm. 3). Freilich müßte der Gegner, der die Neuheit leugnet, positive neuheitsschädliche Tatsachen behaupten.

3. *Cantor, GewRschutz **11** 160—165. Benutzungsbegriff; Neuheitsausschluß oder Definition des Neuheitsbegriffs im Abs. 1 durch Abs. 2; Probevorlegung als Feilhaltung und Inverkehrbringen vgl. oben Ziff. I zu § 2 PatG.

II. 1. **RG.** 18. 3. 10, MSchutzuWettbew. **10** 29. Bei Prüfung der Neuheit des Modells eines Arbeitsgeräts ist zu erwägen, ob durch die Art der Zusammenfügung der an sich nicht neuen Teile ein neuer technischer Zweck erstrebt wird und ob die besonders geartete Gestaltung einem bestimmten Arbeitszwecke dient.

2. **RG.** 19. 10. 10, LeipzZ. **11** 63, MSchutzuWettbew. **10** 152. Daß der Vorteil, den das Modell für den Gebrauchszweck bietet, gerade ein wirtschaftlicher, ökonomischer sein müsse, verlangt das Gesetz nicht; es genügt jede beliebige Förderung; auch eine größere Annehmlichkeit. Für das zum Gebrauchsmuster angemeldete Erzeugnis ergibt der Umstand, daß es nicht ohne weiteres Folge des gewählten Herstellungsmaterials ist, sondern ein besonderes Verfahren zur vorgängigen Bearbeitung des Materials voraussetzt, unter Umständen die Schutzfähigkeit.

3. **RG.** V. (Straff.) 3. 11. 11, **45** 226, PMZBl. **12** 32, JW. **12** 979. Zur Schutzfähigkeit eines Gebrauchsmusters reicht es aus, wenn ein neuer bisher unbekannt gewesener technischer Erfolg erzielt werden soll durch Verwendung eines Gebrauchsgegenstandes, dessen Modell zwar denjenigen bekannten Gebrauchsgegenständen ähnlich ist oder diesen entlehnt wurde, das aber dem — neuen — Zwecke angepaßt und dementsprechend umgestaltet werden mußte, weil die bisher bekannten Modelle hierzu nicht geeignet waren. Die durch die neue Verwendungsart bedingten Änderungen in einer oder mehreren der vom Gesetze bezeichneten Richtungen brauchen dabei keineswegs besonders umfangreich und sinnfällig zu sein. Auch scheinbar geringfügige Änderungen können unter Umständen schon genügen. Entscheidend ist, ob sich in ihnen überhaupt eine, wenn auch keine erheblichere, geistige Arbeit und die Erstrebung eines technischen Fortschritts ausprägt. Den Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob dies letztere zutrifft, ist dann aber nicht sowohl einer Gegenüberstellung des neuen Modells mit den ähnlichen, bisher indes nur zu anderen Gebrauchszwecken verwendeten Gebrauchsgegenständen zu entnehmen, als vielmehr einem Vergleiche des neuen Modells und derjenigen Gebrauchsgegenstände, die bisher für die mit dem neuen Modelle verfolgten Gebrauchszwecke verwendet wurden.

4. **RG.** V. (Straff.) 17. 5. 12, MSchutzuWettbew. **12** 129. Die Erfindung braucht nicht in der Schaffung von etwas völlig Neuem bestehen; es genügt die Verwertung bekannter Tatsachen, die Weiterentwickelung bereits bekannter Erfindungsgedanken; daher genügt die Zusammenfügung bekannter Teile zu einem Ganzen zu einer bisher nicht bekannten Anordnung; nur muß der erfinderische Gedanke sich darin ausprägen. — Verbilligung begründet die Schutzfähigkeit nur dann, wenn sie durch eine technische Verbesserung unter Aufwendung einer gewissen erfinderischen Tätigkeit erreicht wird.

5. **RG.** 23. 5. 10, MSchutzuWettbew. **10** 55. Eine Kombination, deren Teile bekannt waren und bei der die Zusammenfügung der einzelnen Teile ohne Erfindungsgehalt ist, kann ein gewisses Erfindungsverdienst in Anspruch nehmen, wenn damit eine billigere Herstellung erreicht wird, falls nicht auch diese in der Fabrikation bereits bekannt war.

6. OLG. Jena 18. 1. 10, ThürBl. **57** 272. Auch Spielwaren sind als Gebrauchsmuster schutzfähig, wenn die neue originelle Idee sich auf die körperliche Form und die Art der Verwendung bezieht; bezieht sie sich bloß auf dekorative Ausstattung, kann nur der Geschmacksmusterschutz beansprucht werden (vom 11. Januar 1876).

7. KG. 4. 5. 10, ZIndR. **11** 226. Die bloße Übertragung eines bekannten Verschlusses von Fahrradlampen auf elektrische Taschenlampen stellt keine

schutzfähige Erfindung dar, wohl aber die Anpassung an die besonderen Bedürfnisse der Taschenlampen.

8. ZIndR. 12 44 (Hamm). Die Benutzung bekannter Mittel zur Erreichung eines besonderen Erfolges (Verwendung biegsamer Metallzungen bei Zeichenblocks) ist schutzfähig.

9. BadRpr. 11 243 (Karlsruhe). Nur das Arbeitsgerät oder der Gebrauchsgegenstand selbst, nicht aber das Verfahren zur Herstellung desselben oder seiner Teile ist schutzfähig.

10. ZIndR. 12 129 (LG. Leipzig). Blätter von Haushaltungsbüchern, die eine eigenartige Einteilung aufweisen, sind schutzfähig (Flächenmuster).

11. R. 12 Nr. 483 (Stuttgart). Wenn der Erfindungsgedanke im allgemeinen schon bekannt, der allenfalls vorhandene Fortschritt aber vom Anmelder nicht als solcher erkannt ist, besteht kein Schutz.

12. ZIndR. 12 164 (KG.). Einfache Vorrichtungen an Gesamtanlagen sind schutzfähig, auch wenn diese selbst, weil sie zu kompliziert sind, keinen Schutz beanspruchen können.

13. ZIndR. 12 106 (Nürnberg). Die Übertragung von Modellen der Großtechnik auf Spielwaren (Zeppelinluftschiffe) ist schutzfähig, wenn sie nicht bloß eine verkleinerte Nachbildung, sondern eine Abweichung in einer den Erfordernissen der Spielzeugtechnik entsprechenden Weise enthält und dabei nicht eine rein mechanische, sondern eine erfinderische Tätigkeit entwickelt wird. Erzielung einer besseren Wirkung und billigeren Herstellung ist schutzfähig.

14. MschutzuWettbew. 12 94 (KG.). Die Förderung des Arbeits- und Gebrauchszwecks muß sich auf die bestimmungsgemäße Funktion des Gegenstandes beziehen. Reklamevorrichtungen sind des Gebrauchsmusterschutzes nicht fähig, weil diese nicht dem Güterumsatze dienen, nicht damit eine technische Wirkung, sondern eine Einwirkung auf den menschlichen Geist (Anreizung der Kauflust des Publikums) erstrebt wird.

15. MschutzuWettbew. 11 545 (Celle). Nur soweit bestimmte Behauptungen über die Vorbenutzung oder öffentliche Beschreibung des Musters aufgestellt sind, hat der für die Neuheit Beweispflichtige (der Berechtigte) zu beweisen, daß sie unzutreffend sind.

§ 3. RG. MschutzuWettbew. 11 53. Es ist denkbar, daß ein von einem älteren Muster abhängiges Muster einen Erfindungsgedanken enthält, der sich auch in einem Muster verwirklichen läßt, daß von jenem älteren Muster unabhängig ist, mit anderen Worten es können so drei Muster nebeneinander bestehen, daß das zweite von dem ersten und das dritte von dem zweiten unabhängig ist, ohne daß eine Abhängigkeit des dritten von dem ersten besteht. Es kann z. B. das zweite eine erfinderische Zutat zu dem ersten bringen, welche von dem dritten in einer Kombination übernommen wird, die von dem Erfindungsgedanken des ersten Musters gänzlich absieht. Wenn daher ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, so erstreckt es seine Wirkung nicht ohne weiteres auf ein Muster, in welchem der Erfindungsgedanke desjenigen Musters enthalten ist, das in jenem Urteil als ein älteres Muster verletzend, bezeichnet ist. Andererseits ist es sicher, daß die Wirkung des Urteils sich nicht auf diejenigen Ausführungen beschränken kann, welche in allen, auch den unwesentlichsten Einzelheiten dem als verletzend erklärten Muster entsprechen. Vielmehr gestattet und erfordert auch der Richterspruch eine seinem wahren Sinne gemäße, nicht am Wortlaute haftende Auslegung. Besteht kein Zweifel darüber, daß das Gericht auf gewisse unwesentliche Abweichungen kein Gewicht gelegt haben würde, sondern Muster mit solchen Abweichungen ebenso beurteilt

hätte, wie eine dem als verletzend bezeichneten Muster in allen Einzelheiten entsprechende Ausführung, so besteht, wenn sie an sich die Bedingungen des als verletzend bezeichneten Musters erfüllen, kein Bedenken, die Rechtskraftwirkung auf derartige Muster zu erstrecken.

§ 4. (S. zu § 4 PatG.) 1. **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **10** 351. Ein Eingriff liegt schon vor, wenn die wesentlichen Seiten des Musters zum Gegenstande der Verwertung gemacht worden sind.

2. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 53, PMZBl. **11** 227. Man kann nicht allgemein sagen, daß jedes rechtskräftige Urteil, das den Ausführer eines Gebrauchsmusters wegen Verletzung eines älteren Gebrauchsmusters für schadensersatzpflichtig erklärt, seine Wirkung auf die Ausführung eines Musters erstreckt, das, ohne mit dem ersteren identisch zu sein, dessen Erfindungsgedanken zum Ausdrucke bringt. Es können drei Muster so nebeneinander bestehen, daß das zweite von dem ersten und das dritte von dem zweiten abhängig ist, ohne daß eine Abhängigkeit des dritten von dem ersten besteht. Andererseits beschränkt sich die Wirkung des Urteils nicht auf diejenigen Ausführungen, welche in allen Einzelheiten dem als verletzend erklärten Muster entsprechen.

3. **RG.** MSchutzuWettbew. **11** 375, JW. **12** 308. Ist ein Gebrauchsmuster von einem älteren Gebrauchsmuster abhängig, aber doch wegen einiger Neuerungen schutzfähig, so ist nur der Anspruch auf Unterlassung, nicht auch der auf Löschung begründet.

4. **RG.** JW. **13** 105. Auch für das Gebrauchsmusterrecht ist ein Vorbenutzungsrecht im Sinne und mit der Wirkung des § 5 PatG. anzuerkennen.

5. ZIndR. **11** 226 (KG.). Die Angabe der neuen Gestaltung braucht nicht notwendig in den Schutzanspruch oder die Beschreibung aufgenommen zu sein, es genügt, daß sie aus dem Gesamtinhalt der Anmeldung und den beigefügten Nach- oder Abbildungen des Modells erhellt. Ebenso **RG.** I. 28. 2. 12, ZIndR. **12** 190.

6. MSchutzuWettbew. **11** 206 (Colmar). Die Auffindung der Ausfertigung einer Gebrauchsmustereintragung ist kein Restitutionsgrund. Denn da die Anmeldung und Eintragung des Gebrauchsmusters offenkundig sind, so ist auch die Ausfertigung keine Urkunde, die im Sinne des § 580 Ziff. 7 b ZPO. von der Partei erst aufgefunden werden kann, vorher aber verborgen, nicht auffindbar oder auch nur nicht benutzbar war.

7. „Feilbieten" durch Offerieren in Katalogen s. § 4 Nr. 12 PatG.

§ 6. 1. PMZBl. **12** 150 (Düsseldorf). Die der Klage vorangehende Aufforderung zur Löschung des Gebrauchsmusters braucht im Kosteninteresse nicht mit einer Begründung versehen zu sein.

2. MSchutzuWettbew. **11** 444 (Hamburg). Ein unlöslicher Widerspruch zwischen der Beschreibung und dem hinterlegten Modell ist ein Mangel, der eine Klage auf Löschung des Gebrauchsmusters begründet.

3. ZIndR. **12** 189 (Cöln). Auf Übertragung statt auf Löschung des eingetragenen Gebrauchsmusters kann geklagt werden, wenn der Inhaber des Gebrauchsmusters dasselbe von einem Angestellten eines Gewerbetreibenden trotz Kenntnis der ungerechtfertigten Entnahme des Erfindergedankens erworben hatte.

4. MSchutzuWettbew. **11** 545 (Celle). Ein Widerspruch zwischen dem hinterlegten Modell und der Beschreibung liegt nicht vor, wenn zwar nicht völlig mathematisch zutreffende Ausdrücke gebraucht sind, aber jeder Unbefangene den Sinn versteht und begreift, daß nicht der streng mathematische Begriff gemeint ist.

§ 7. I. S. § 6 I Nr. 4 PatG. Goldbaum.

II. PMZBl. **12** 149 (KG.). Der Veräußerer eines Gebrauchsmusters haftet dem Erwerber gegenüber für die Neuheit des Musters auf Grund der Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes. Verträge, die die Übertragung eines Rechtes zum Gegenstande haben, unterliegen nicht der Anfechtung aus § 119 Abs. 2 BGB., da in solchen Fällen niemals ein Irrtum über eine „Sacheigenschaft" vorliegt.

§ 10. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **10** 29. Zur Annahme eines eventuellen Vorsatzes kann auch ein noch nicht rechtskräftiges Zivilurteil geeignet sein, wenn die in ihm enthaltene Aufklärung des Sachverhalts nach der tatsächlichen oder rechtlichen Seite zur Vorstellung der Möglichkeit führt, daß ein Eingriff in ein anderes Muster vorliegt.

2. **RG.** WarnE. **11** Nr. 46. Die Verletzung eines Gebrauchsmusters ist nicht schon deshalb immer grob fahrlässig, weil der Verletzende die amtlichen Veröffentlichungen nicht eingesehen hat.

3. Fahrlässigkeit durch unterlassene Einsichtnahme in öffentliche Bekanntmachungen s. § 35 Nr. II 1 PatG.

§ 13. Wertheimer, Eine Lücke in der deutschen Gesetzgebung zum Gewerblichen Rechtsschutz, LeipzZ. **12** 436. Verf. tritt unter anderem dafür ein, daß § 13 GebrMustG. dahin abgeändert werde, daß Deutsche auch ohne die Einschränkung des § 13 Abs. 1 stets Anspruch auf den Schutz des GebrMustG. haben sollen (so jetzt Entwurf eines G. zur Ausführung der revidierten Pariser Übereinkunft vom 2. Juni 1911 zum Schutze des gewerblichen Eigentums Art. 1).

Börsengesetz

Vorbemerkung: 1. Die die Prospekthaftung betreffende Entscheidung des RG. (§ 45 Nr. 1 ff., [4]) weist insbesondere, in Übereinstimmung mit der Literatur, die erheblich zu weit gehenden Aussprüche des KG. über die Buchprüfungspflicht des Emittenten zurück.

2. Prinzipiell wichtige, interessante Ausführungen de lege ferenda macht Nußbaum in dem vor § 50 Nr. II 2 zit. Aufsatz über eine wirksamere Bekämpfung des wirtschaftlich nicht berechtigten Börsengeschäfts, das auch in der Form des Kassageschäfts auftreten könne.

3. Ob eine Leistung im Einzelfall Sicherheitsleistung oder Erfüllung ist, ist noch immer ein zweifelhaftes Problem, trotz des neuen Versuchs, es zu lösen, in dem Aufsatze von Breit zu § 55 Nr. II 2.

4. In der Frage der Rückforderbarkeit vorausgezahlter Prämien hat sich das RG. auf den verneinenden Standpunkt gestellt, vgl. § 55 Nr. II 3 a und JDR. **10** Nr. III 5.

5. Kommissionsgeschäfte an ausländischen Terminbörsen werden vom RG. hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Kunden und deutschem Kommissionär, wenn es irgend geht, als Kassageschäfte behandelt, so JDR. **10** § 61 Nr. I 2 und neuerdings unten § 61 Nr. 1 **a.** Die entgegengesetzte Tendenz vertritt Nußbaum.

6. Umgekehrt geht das RG. in der Annahme des Differenzgeschäftscharakters von Getreidearbitragegeschäften, abgeschlossen nach dem Schlußscheine der Berliner Produktenbörse, sehr weit, wie die zu § 68 Nr. 1 mitgeteilte Entscheidung ergibt. Im Gegensatze zu diesem Urteil, das von Nußbaum mit Recht stark kritisiert wird, steht eine Entscheidung des OLG. Düsseldorf (ebenda Nr. 2).

Allgemeine Literatur: I. Fürst, Die Börse, ihre Entstehung und Entwicklung, ihre Einrichtung und ihre Geschäfte. Lehr- und Handbuch für Kaufleute, Bankbeamte, Kapitalisten und Studierende der Handelswissenschaften.

II. Ausland. 1. Zürich: Bleuler, Die Organisation der Züricher Effektenbörse und der Entwurf zum neuen Börsengesetze. SchweizerJurZ. 7 Heft 14 ff. (gleichzeitig Heft 8 der von Bachmann herausgegebenen Mitteilungen aus dem handelswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich). — Cohn, Zum Züricherischen Börsengesetze, BankA. 11, 116. (Der Entwurf ist bei der Abstimmung am 17. Dezember 1911 abgelehnt worden).

2. Frankreich: Bloch, La Réforme des Bourses de Marchandises en France et l'organisation de ces Bourses en Allemagne, Paris 1912. (Vgl. hierüber Nußbaum, Die Reform der Warenbörsen in Frankreich, HoldheimsMSchr. 12, 256—262).

3. Amerika: von Reibnitz, Die New Yorker Fondsbörse (Stock Exchange). Ihre Geschichte, Verfassung und wirtschaftliche Bedeutung. Jena 1912. Gustav Fischer. — Vgl. ferner vor § 50 Nr. III 6.

4. Japan: ZAktW. 12 7—8 Japanische Börsen.

I. Allgemeine Bestimmungen über die Börsen und deren Organe.

§ 1. Die Börse im allgemeinen, vgl. die in der allgemeinen Literaturangabe hinter der Vorbemerkung verzeichnete Literatur.

§ 28. Literatur: Fischbach, Zur Frage der Börsenschiedsgerichtsbarkeit, RheinZ. 4 204. — Derselbe, Zur Frage der Börsenschiedsgerichtsbarkeit mit besonderer Berücksichtigung der Bestimmungen der Straßburger Warenbörse, ElsLothJZ. 12 200—206.

1. Schiedsgerichtsvereinbarung. Insbesondere die Straßburger Börsenschiedsgerichtsordnung. Usancen. Formulare. a) ElsLothJZ. **12** 122 (Colmar). Auf eine Usance kann die Unterwerfung unter das Schiedsgericht nicht gegründet werden. Hierzu ist ein Vertrag erforderlich, welcher nach den in Betracht kommenden Bestimmungen der Schiedsgerichtsordnung schriftlich sein muß. (Unterzeichnung des Schiedsgerichtsformulars.) — **b)** Vgl. hierzu Fischbach, RheinZ. **12** 204. **c)** Fischbach, ElsLothJZ. **12** 200—206. Die von der Straßburger Börsenschiedsgerichtsordnung geforderte Unterzeichnung des Schiedsgerichtsformulars ist lediglich eine formale Voraussetzung dafür, daß das Schiedsgericht in Tätigkeit tritt; der eigentliche Schiedsvertrag wird früher, gewöhnlich gleichzeitig mit dem Geschäftsabschlusse geschlossen und kann mündlich oder schriftlich geschlossen werden. In der Auswechselung oder Unterschreibung der üblichen Formulare, welche auf der Rückseite unter den Verkaufsbedingungen die Schiedsgerichtsklausel enthalten, liegt in der Regel der schriftliche Abschluß des Schiedsvertrags. Nimmt man das nicht an, so kann auf Grund des jedenfalls mündlich geschlossenen Vertrags auf unterschriftliche Vollziehung des Schiedsvertragsformulars geklagt werden.

2. Nichtigkeit der Vereinbarung. HansGZ. **12** Beibl. 133 (Hamburg). Wenn ein Geschäft wegen Verstoßes gegen das BörsG. nichtig ist, ist auch eine im Vertrag enthaltene Bestimmung über die Zuständigkeit eines bestimmten ordentlichen Gerichts nichtig (**RG. 58** 155). Dies gilt selbst dann, wenn gerade auch die Frage, ob das Geschäft nichtig ist, einem bestimmten Gerichte durch die Vereinbarung zur Entscheidung übertragen ist.

II. Feststellung des Börsenpreises und Maklerwesen.

§ 29. Literatur: Goldschmidt, Empfiehlt sich eine Änderung in der Notierung der Kassakurse an der Berliner Börse? BankA. 11 321—323.

Goldschmidt. Der von verschiedenen befürwortete Vorschlag, in gewissen Fällen für einzelne per Kassa gehandelte Papiere neben dem bisherigen Einheitskurse auch für im Laufe der Börse getätigte Geschäfte amtliche Notierungen fest-

zustellen, ist nicht empfehlenswert. Diese Notierung würde nicht eine Eindämmung, sondern eine Ausdehnung der Spekulation am Kassamarkte herbeiführen.

III. Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel.

§ 36. Literatur; Wulff, Sind die börsengesetzlichen Bestimmungen über die Erledigung der Aufgaben der Zulassungsstellen reformbedürftig? LeipzZ. **12** 113—123. — Vgl. ferner § 45.

Wulff, LeipzZ. **12** 120. Vgl. oben § 823 BGB. zu II (Abs. 2) Ziff. 4b.

§ 44. Literatur: Vgl. §§ 36, 45.

1. Wulff, LeipzZ. **12** 113—123. Zum Schutze des Publikums ist eine genauere Prüfung der Prospekte, als bisher üblich, wünschenswert. Wulff empfiehlt eine Vorprüfung des Zulassungsantrags durch geeignete Persönlichkeiten, etwa durch den Staatskommissar und einen Beirat technischer und kaufmännischer Sachverständiger. Der Zulassungsstelle würde der Zulassungsantrag mit einem gutachtlichen Bericht des Vorprüfers zur Beschlußfassung vorzulegen sein. — Die Änderung ist auf Aktien und Schuldverschreibungen gewerblicher Unternehmungen zu beschränken. Zugunsten der in §§ 39 und 40 Abs. 1 aufgeführten Wertpapiere hat es bei den bisherigen Vorschriften sein Bewenden.

2. Bundesratsbekanntmachung vom 4. Juli 1910 (JDR. **10** Nr. 1) §§ 7, 8. **a)** *Wulff, LeipzZ. **12** 115. Es ist bedenklich, daß hinsichtlich der Zulassungsvoraussetzungen bei Wertpapieren eines gewerblichen Unternehmens kein Unterschied zwischen Anteilen und Schuldverschreibungen gemacht wird, da die Umstände, die für die Beurteilung der Sicherstellung von Bedeutung sind (§ 6 Ziff. 6), bei Schuldverschreibungen und bei Anteilscheinen verschiedene sind. **b)** **RG.** BankA. **11** 107. Lieferungen, welche einem Gründer und Vorsitzenden des Aufsichtsrats erst nach der Gründung und ohne Zusammenhang mit seinen Einzahlungen übertragen wurden, brauchen im Prospekte nicht erwähnt zu werden. Es liegt keiner der Fälle von § 7 Nr. 10 BundesratsVO. (jetzt § 8 Nr. 8 VO. vom 4. Juli 1910) vor.

3. Bundesratsbekanntmachung vom 4. Juli 1910 (JDR. **10** Nr. 1) § 15. *Wulff, LeipzZ. **12** 119. Die Zulassungsstelle ist befugt, die nach Zulassung der Wertpapiere zum Börsenhandel beantragte Einsichtnahme der Beweisstücke zu verweigern.

§ 45. Literatur: Herrmann, Die Rechte des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft, die ihm eigene Aktien betrügerisch verkauft hat, HoldheimsMSchr. **12** 203 ff. (210). — Ritter, Prospekthaftung, DJZ. **12**, 536—541. — Springer, Die Prüfungspflicht der Emissionshäuser. Ein Gutachten. BankA. **11** 283—288.

1. Begriff des Prospekterlassens. **a)** **RG. 80** 196 in Bestätigung von BankA. **11** 190 (KG.). Als Prospekterlasser haftet auch das Emissionshaus, welches den Prospekt zwar nicht unterschrieben, sondern sich darauf beschränkt hat, den Zulassungsantrag zu stellen und in dem veröffentlichten Prospekte zu bemerken: auf Grund des vorstehenden Prospekts sind die Aktien zum Handel und zur Notiz an der Berliner Börse zugelassen. — **b)** Hiergegen Ritter, DJZ. **12** 536—541. In dem Zulassungsantrag als solchen liegt nie ein Prospekterlaß. Die Haftung kann in solchem Falle nur deshalb bejaht werden, weil der Prospekt von der Bank ausging.

2. Prospekthaftung nach Zusammenlegung der Aktien. Aktivlegitimation. **a)** **RG. 80** 196 ff. (201), DJZ. **13** 97, R. **12** Nr. 3417. Zur Geltendmachung der Prospekthaftung berechtigt ist auch derjenige Aktionär der nach Zusammenlegung der Aktien für seine zur Zusammenlegung eingereichten Aktien andere Nummern an Aktien erhalten hat. Durch die Zusammenlegung wird kein Mitgliedschaftsrecht zerstört; die in ihrem Werte herab-

gesetzten Aktien treten an Stelle der ursprünglichen Aktien und vereinigen in sich die mit den ursprünglichen Aktien erworbenen einzelnen Rechte. Auch § 46 Abs. 2 steht nicht entgegen. — **b)** Hierdurch bestätigt BankA. **11** 190 (KG.).

3. Kausalzusammenhang. **a) RG. 80** 196 ff. (203 ff.), JW. **13** 53 Nr. 44, DJZ. **13** 97/98. Bei Erwerb von (jungen) Aktien vor Erlaß des Prospekts ist der Kausalzusammenhang nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat den Zusammenhang zwischen Prospekt und Bezug durch die Erwägung feststellen wollen, daß das Emissionshaus sich schon vor der Veröffentlichung als Emittent betätigt habe; in der Aufforderung zur Ausübung des Bezugsrechts sei eine stillschweigende Bezugnahme auf den früheren Prospekt zu erblicken. Die Käufer hätten die Aktien im Vertrauen darauf erworben, daß die Angaben des ersten unrichtigen Prospekts sich mit dem zweiten decken würden, was ja auch der Fall gewesen sei. Diesen Ausführungen steht aber der Inhalt des Gesetzes entgegen. Selbst wenn alle Umstände dazu angetan waren, die Kläger in die berechtigte Erwartung zu versetzen, der künftige Prospekt werde den Inhalt haben, wie er ihn nachher aufwies, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß die Kläger nicht auf Grund des Prospekts von 1903, sondern auf Grund eines anderen Prospekts vom Jahre 1902 deshalb erworben haben, weil sie meinten, die dort für andere Aktien gegebene günstige Darstellung werde sich wiederholen. Auf Grund der §§ 43, 44 BörsG. kann in einem solchen Falle ein Anspruch nicht erhoben werden. Das Erwerbsgeschäft muß dem Erlasse des Prospekts nachgefolgt sein. Einer ausdehnenden Auslegung ist die Sondervorschrift nicht fähig. — **b)** Hierdurch aufgehoben BankA. **11** 190 (KG.). Auch der Erwerber neuer Aktien kann sich auf die Unrichtigkeit des der Zulassung der alten Aktien zugrunde liegenden Prospekts berufen, wenn der demnächst nach Anschaffung der neuen Aktien durch den Kläger, zwecks deren Zulassung zum Börsenhandel veröffentlichte Prospekt die gleichen Unrichtigkeiten wie der erste Prospekt enthielt. — **c)** Vgl. ferner Ritter, DJZ. **12** 541 im Sinne von a.

4. Grobes Verschulden. Muß der Emittent, bevor er für die Aktien die Zulassung zum Börsenhandel erwirkt, die Angaben nachprüfen, die ihm von der Aktiengesellschaft gemacht worden sind? Hat er insbesondere die Pflicht, die Handelsbücher nachzuprüfen? **a)** BankA. **11** 190 (KG.). Ein grobes Verschulden eines Emissionshauses liegt vor, wenn es die ihm von der Aktiengesellschaft, deren Aktien an der Börse eingeführt werden sollen, für den Prospekt gemachten Angaben über die Buchführung und Lagerbestände als wahr unterstellt und nicht in eine Prüfung der Bücher und Bestände eintritt. Dies gilt vorliegend um so mehr, als das Emissionshaus selbst beim Lesen der früheren Bilanz von dem Warenlager einen schlechten Eindruck bekommen hatte und durch Mitteilungen über das Mißtrauen, das in Konkurrenzkreisen über die Firma bestand, gewarnt worden war. Die Firma hat selbst damit gerechnet, daß ein Sachverständiger ihren Betrieb nachprüfe, und sich bereit erklärt, die Nachprüfung zu gestatten. — **b)** Dagegen **RG. 80** 196 ff. (198 ff.). Ein Satz des Inhalts, das Emissionshaus habe immer die Buchführung und die Bestände der Aktiengesellschaft, die ihre Aktien an der Börse einführen lassen will, nachzuprüfen, läßt sich nicht aufstellen. Eine für alle Fälle gültige Regel läßt sich nicht geben, weil allein die Umstände in jedem einzelnen Falle über das Maß der vom Emissionshaus anzuwendenden Sorgfalt entscheiden können. Trotzdem ist die Entsch. des KG. (a) richtig, da die festgestellten besonderen Umstände das Verhalten des Emissionshauses als grob fahrlässig erscheinen lassen. — **c)** Vgl. ebenso Ritter, DJZ. **12** 539, gegen eine allgemeine Buchprüfungspflicht und **d)** Springer, BankA. **11** 283—288. Es besteht keine allgemein geübte Gepflogenheit der großen Berliner Emissionsinstitute, vor dem Antrag auf Zulassung von Aktien zur Berliner

Börse die zur Aufnahme in den Prospekt bestimmten Angaben des betreffenden Unternehmens hinsichtlich ihrer Richtigkeit einer selbständigen eingehenden Prüfung, insbesondere an der Hand der Geschäftsbücher, zu unterziehen. Es haben sich keine festen Regeln oder allgemeinen Gepflogenheiten dafür herausgebildet, in welchen Fällen und bis zu welchem Grade des Eindringens, sowie mit welchen Mitteln die in dem Prospekt enthaltenen Angaben des Unternehmens durch das Emissionsinstitut selbständig geprüft werden. Die Handhabung ist vielmehr je nach der konkreten Lage des Falles eine verschiedene und wird unter anderem auch durch folgende Momente beeinflußt: Ansehen und geschäftliche Erfolge des Unternehmens, Vorfälle im laufenden Geschäftsverkehre, Bemerkungen in den Geschäftsberichten, auffällige Posten in der Bilanz, Fehlen näherer Beziehungen zwischen dem Unternehmen und dem Emissionsinstitute. Eine Prüfung an der Hand der Geschäftsbücher, namentlich eine Revision der in dem Prospekt abzudruckenden Bilanz in bezug auf ihre Richtigkeit, bildet die Ausnahme und pflegt nicht ohne eine besondere Veranlassung, welche sie erforderlich oder dringend erwünscht macht, von dem Emissionsinstitute gefordert und vorgenommen zu werden.

5. *Herrmann, HoldheimsMSchr. **12** 203 ff. (210). Die Haftung ist eine deliktische. Der Anspruch aus § 45 BörsG. steht auch dem Aktionär gegen die Aktiengesellschaft zu, der sich durch unrichtige Angaben der Aktiengesellschaft im Prospekte zum Aktienerwerb hat verleiten lassen.

IV. Börsenterminhandel.

Literatur; Bloch, La Réforme des Bourses de Marchandises en France et l'organisation de ces Bourses en Allemagne. Paris 1912. — Hauser, Das Devisengeschäft in New York, BankA. **11** 307—311. — Jaeger, Das Ultimo-Engagement bei Konkurseröffnung, BankA. **11** 177—179. — Nußbaum, Der Spieleinwand beim Kassageschäfte, BankA. **11** 295—297. — Derselbe, Zur Frage des sogenannten Bucketshopsystems, ABürgR. **38** 236—240. — Derselbe, Die Reform der Warenbörsen in Frankreich, HoldheimsMSchr. **12** 256—262. — Richter, Verlegung der Börsenzahltage, BankA. **11** 226. — Schmidt, Das Report-(Prolongations-)geschäft. (Fischers Abhandlungen **23** 1). München 1912 (Beck). — von Speyr, Das internationale Effekten-Prämiengeschäft. Paritätische Behandlung der einfachen und kombinierten Prämien unter spezieller Berücksichtigung des Noch-Geschäfts. Berlin 1913. Deutscher Börsenverlag. — Verhandlungen des IV. allgemeinen deutschen Bankiertags zu München am 17. und 18. September 1912. Berlin. J. Guttentag, 1912.

Vor § 50. I. Börsengeschäfte im allgemeinen. 1. Usancen für den Handel in amtlich nicht notierten Werten. Festgestellt durch die ständige Kommission des Zentralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes (E. V.) für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten am 11. Dezember 1912, BankA. **12** 99—101. — Vgl. BankA. **12** 49—51.

2. Richter, BankA. **11** 226, tritt für Verlegung der Zahltage für den Wertpapierterminhandel vom Monatsletzten ein.

II. Spiel- und Differenzeinwand. 1. Vgl. §§ 762, 764 BGB.

2. Der Spieleinwand beim Kassageschäfte. Nußbaum, BankA. **11** 295—297. Es ist ein prinzipieller legislativer Fehler des BörsG., daß es sich lediglich gegen das Termingeschäft als solches richtet und das ebenfalls dem Spiele zugängliche Kassageschäft dem BGB. (§ 762) überläßt. Hieraus ergeben sich bedauerliche Widersprüche in der Behandlung der Termin- und Kassaspielgeschäfte; so ist insbesondere bei Differenz-(Spiel-)geschäften in der Form des Termingeschäfts durch die §§ 53, 58 den Termingeschäftsfähigen der Differenz- und Spieleinwand versagt, während bei Spielgeschäften in der Form des Kassageschäfts denselben Personen der Spieleinwand zusteht. Richtiger wäre es gewesen, das wirtschaftlich berechtigte Börsengeschäft unter allen Umständen zu schützen und lediglich das Spiel-

und Differenzgeschäft zu bekämpfen. Dann wäre der Spiel-(Differenz-)einwand in den Mittelpunkt des BörsG. gerückt worden, und der Begriff des Termingeschäfts hätte nur noch insofern Bedeutung behalten, als der Terminhandel in Getreide und bestimmten anderen Waren zu untersagen gewesen wäre. Die jetzt für das Termingeschäft im allgemeinen aufgestellten Grundsätze hätten statt dessen auf das Differenzgeschäft bezogen werden müssen, also in der Weise, daß der Spieleinwand bei Effektengeschäften eingetragenen Kaufleuten usw. ein für allemal, anderen Personen dagegen insoweit genommen worden wäre, als sie in einer dem § 54 entsprechenden Form Sicherheit geleistet hätten.

III. Börsentermingeschäfte. 1. Termingeschäft oder Kassageschäft mit hinausgeschobener Lieferungsfrist? Vgl. § 61 Ziff. 1 a.

2. Die Unwirksamkeit von Börsentermingeschäften vgl. § 55 Nr. I.

3. Konkursrechtliches. Jaeger, BankA. **11** 177—179. Wenn vor Eintritt des Erfüllungstags ein Kontrahent seine Zahlungen einstellt, so ergibt sich die Regelung aus § 20 der Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse (Glattstellung). Wird aber der Konkurs schon vor der Zwangsregulierung eröffnet, dann bleibt es bei der zwingenden Regelung des § 18 KO. (Nur Anspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 18.) Diese vom Berliner Börsenvorstande vertretene Rechtsauffassung wird von Jäger für zutreffend erachtet. Anders ist die konkursrechtliche Behandlung des Getreidezeitgeschäfts.

4. Der Berliner Kupferterminhandel. CorrespÄltKfm. von Berlin **12** 157. Bericht der Ältesten über die amtliche Zulassung des Kupferterminhandels und über die Vorarbeiten.

5. Frankreich. a) Bloch, La Réforme des Bourses de Marchandises en France etc., bespricht die Reform der Warenbörsen in Frankreich, insbesondere die „Schwänze" (accaparement, corner), das Insichmachen der Geschäfte (contrepartie) und die Krachs (Gründung von Liquidationskassen), überall unter Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse und Einrichtungen. — **b**) Vgl. hierüber Nußbaum, HoldheimsMSchr. **12** 256—262.

6. Hauser, BankA. **11** 307—311, bespricht das Devisengeschäft in New York.

IV. Prämiengeschäft. 1. von Speyr behandelt die Prämiengeschäfte in Form von Vorprämien, Rückprämien, Doppelprämien (Stellagen) und Nochs.

2. Schmidt, Das Report-(Prolongations-)Geschäft. Unter Ablehnung der herrschenden Zweikäufetheorie definiert Schmidt das Reportgeschäft als contractum sui generis folgendermaßen: „Das Reportgeschäft ist ein zweiseitiger, in der Regel, aber nicht notwendig unter Vereinbarung einer Vergütung geschlossener, obligatorischer Vertrag, durch welchen sich die eine Partei zur Zahlung einer Geldsumme gegen Übereignung einer dem Werte nach meist entsprechenden, höchstens der Gattung nach bestimmten Quantität Börsenware (Effekten, Produkte) auf einen fix bestimmten Termin verpflichtet und die andere Partei für einen später hinausliegenden, ebenfalls fix bestimmten Termin die gleiche Verpflichtung gegen Übereignung derselben Quantität Börsenware gleicher Gattung eingeht" (124). — Da die dem Reportgeschäfte nach seinem Wesen zukommenden Rechtsfolgen im Gesetze bisher keine Grundlage haben, empfiehlt sich de lege ferenda folgender Vorschlag: Im HGB. Buch 3 ist zwischen dem 2. und 3. Abschnitt ein Abschnitt „Reportgeschäft" einzuschieben mit dem einzigen Paragraphen: „Auf jede der in einem Reportgeschäft eingegangenen Verpflichtungen zu einem Leistungsaustausch finden die Vorschriften des § 376 entsprechende Anwendung, jedoch mit der Maßgabe, daß ein Rücktrittsrecht nur vom ganzen Reportgeschäft zulässig und eine sich bei der Zwangsregulierung zugunsten eines Teiles ergebende Differenz an diesen herauszuzahlen ist" (128). — Geschichte des Reportgeschäfts 26—62.

V. 1. Bekämpfung des Bucketshopunwesens und des Mißbrauchs der Bezeichnung „Bankgeschäft". Verhandlungen des IV. Allgemeinen deutschen Bankiertags zu München.

2. Nußbaum, ABürgR. **38** 236—240, bespricht die erfolgreiche Bekämpfung der Bucketshops, insbesondere in Berlin.

§ 52. Die Unwirksamkeit von Börsentermingeschäften vgl. § 55 Nr. I.

§ 53. Abs. 1 Satz 2. HansGZ. **12** Hptbl. 83 (Hamburg). Zuckerwarenfabrikant als Kleingewerbetreibender (Verkauf en gros und en detail, Beschäftigung von zwei Söhnen und zwei Arbeitern, keine kaufmännische Buchführung, keine Bankverbindung, Einkommen zirka 4500 M.).

§ 54. BankA. **11** 279, SeuffA. **67** 199 (Hamburg). Die nachträgliche Verstärkung einer für unklagbare Börsentermingeschäfte geleisteten Sicherheit muß von neuem in der durch § 54 vorgeschriebenen Form erfolgen. Diese Form ist nicht gewahrt, wenn der Bankier in das bei der ersten Sicherheitsbestellung vom Kunden unterschriebene Formular die vom Kunden später geleisteten Sicherheiten nachträglich einfügt und der Kunde dies stillschweigend, indem er auf die Mitteilung schwieg, genehmigt. § 54 fordert eine ausdrückliche Erklärung.

§ 55. Literatur: Breit, Einfluß und Sicherheitsleistung (Börsengesetz §§ 54, 55), GoldschmidtsZ. **72** 442—464. — Pfeiffer, Nochmals Prämiengeschäfte. HoldheimsMSchr. **12** 203.

I. Die Unwirksamkeit des Börsentermingeschäfts. **RG.** R. **12** Nr. 476. Man kann den Auftrag zum Abschluß eines unwirksamen Börsentermingeschäfts nicht in zwei Aufträge zerlegen, nicht annehmen, daß der Auftrag zum Abschlusse des Geschäfts noch einen zweiten, von der Unwirksamkeit nicht getroffenen Auftrag enthalte, die gekauften Papiere abzunehmen und den Kaufpreis zu bezahlen. Der Berufungsrichter hat zutreffend ausgeführt, der Auftrag des Beklagten sei dahin gegangen, die Abwickelung des ganzen Anschaffungsgeschäfts, einschließlich der Abnahme der Papiere und Zahlung des Preises, zu besorgen, deshalb treffe die Unwirksamkeit dieses ganze Geschäft nebst seiner Anerkennung. Im Urteil in **RG. 45** 158 handelte es sich darum, daß der Terminschuldner sich dem Vertreter seines Gläubigers verpflichtet haben sollte, diesem Vertreter zu erstatten, was dieser in seinem Auftrag und für seine Rechnung an den Termingläubiger leiste. Der hier zu entscheidende Fall ist ein völlig anderer. Mit der Londoner Firma G. & Cie. stand der Beklagte in keinem Vertragsverhältnisse; sie war nicht seine Gläubigerin, die Klägerin auch nicht deren Vertreterin. Abgeschlossen hat der Beklagte nur mit der Klägerin, die in eigenem Namen mit der Firma G. & Cie. in Beziehung getreten ist. Wenn die Klägerin sich veranlaßt gesehen hat, um das mit dem Beklagten abgeschlossene Geschäft auszuführen, ihrerseits mit der Londoner Firma G. & Cie. abzuschließen und zu diesem Zwecke dieser gegenüber Verpflichtungen einzugehen, so berührte dieser Vorgang den Beklagten nicht.

II. Leistung im Sinne von § 55. 1. Hingabe von Wechselakzepten zahlungshalber — Weiterbegebung. **RG.** JDR. **10** Nr. III 4 jetzt auch HansGZ. **12** Hptbl. 169, R. **12** Nr. 277.

2. Sicherheitsleistung oder definitive Zahlung? a) Breit, GoldschmidtsZ. **72** 442—464. Alle Zahlungen, die vor der Entstehung des Debetsaldos erfolgen, sind Sicherheitsleistungen. Nicht kondizierbar sind dagegen alle Leistungen, die zur Erfüllung bereits entstandener, wenn auch noch nicht fälliger Verbindlichkeiten vollzogen wurden. Daher ist die bereits beim Abschlusse des Vertrags gezahlte Prämie nicht kondizierbar. Spekuliert der Terminkäufer nicht auf die Differenz, sondern will er allein sein Geld effektiv anlegen (§ 57), so ist auch die vor dem Lieferungstage bewirkte Zahlung des Kommittenten der Rückforderung entzogen. Leistungen, die im Kontokorrentverkehr im voraus auf den künftigen Saldo im all-

gemeinen erfolgen, sind keine Leistungen auf Grund eines bestimmten Geschäfts (**RG.** BankA. **10** 335). Sind jedoch die Parteien darüber einverstanden, daß eine bestimmte Zahlung zur Tilgung einer bestimmten in das Kontokorrent aufgenommenen Forderung dienen soll, so ist die Zahlung nicht mehr bloßer Verrechnungsposten. **b)** **RG.** ZBlFG. **12** 237. Grundschulden, die für Verbindlichkeiten aus verbotenem Börsenspiele bestellt sind, können zurückgefordert werden, wenn die Bestellung Sicherheit, nicht aber, wenn sie — wie vorliegend — Befriedigung bezweckte (§ 812 BGB.). **c)** SeuffA. **67** 314 (Hamburg). Die Annahme, daß es sich um definitive Zahlungen, Abschlagszahlungen handele, läßt sich insbesondere mit der Tatsache, daß bei jenen Zahlungen der Stichtag noch gar nicht herangekommen war, nicht vereinen. Jedenfalls fehlt es an Anhalten, daß die Parteien etwas von der Regel, daß Ein- oder Nachschlüsse nur als Sicherheitsleistung gemeint sind (Komm. v. RGR. § 764 Anm. 3), Abweichendes gewollt haben.

3. Kann die im voraus von einem Termingeschäftsunfähigen geleistete Prämie zurückgefordert werden? **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 1108, JW. **12** 881 Nr. 51, BankA. **11** 325, R. **12** Nr. 2356. Die auf ein Prämiengeschäft im voraus gezahlte Vorprämie kann nicht auf Grund des § 55 zurückgefordert werden. Auch Vorauszahlungen auf künftige Verbindlichkeiten aus bestimmten Börsentermingeschäften sind Leistungen auf Grund des einzelnen bestimmten Geschäfts. Um so mehr muß dieser Satz gelten beim Vorprämiengeschäfte, bei dem die Prämie unter allen Umständen dem Verkäufer verbleiben soll, mag man annehmen, daß die Prämie für die Einräumung oder für die Ausübung des Wahlrechts des Käufers gewährt wird. Auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist bei der Entscheidung der Streitfrage kein Gewicht zu legen, weil sie sich verschieden deuten läßt. Die Entsch. des **RG.** JW. **02** 101 Nr. 50, LeipzZ. **08** 304 Nr. 35 beruhen noch auf dem alten § 66 Abs. 4. Der neue § 55 bedeutet aber eine wesentliche Änderung des § 66 Abs. 4, insoweit liegt also keine bloß redaktionelle Änderung (**RG.** **77** 279) vor. — Hierdurch KG. JDR. **10** Nr. III 5 a aufgehoben. — **b)** Zustimmend Pfeiffer, Nochmals Prämiengeschäfte, HoldheimsMSchr. **12** 203. — **c)** Die in JDR. **10** Nr. III 5 b — wo hinter JW. **12** 553 zu ergänzen ist: KG. VII. 25. 11. 11 — mitgeteilte Entscheidung s. jetzt auch BankA. **11** 124. — **d)** Dagegen KGBl. **12** 121 (KG.). Im Falle der Unverbindlichkeit des Börsentermingeschäfts kann die gezahlte Vorprämie zurückgefordert werden. Sie dient nur zur Sicherung des Bankiers. Ihre Vorauszahlung ist nicht eine auf Grund des Börsentermingeschäfts erfolgte Leistung. — Vgl. jedoch a!

4. Verhältnismäßige Verrechnung. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **56** 615, PosMSchr. **12** 42. Die verhältnismäßige Verrechnung hat die Bedeutung, daß hierdurch, wenn das Kontokorrent neben gültigen Geschäften auch klaglose, aber erfüllbare Geschäfte (Differenzgeschäfte, erlaubte Börsentermingeschäfte zwischen Parteien, die nicht im Börsenregister eingetragen waren) enthält, festgestellt wird, wieviel von dem anerkannten Schuldsaldo auf die gültigen Geschäfte und wieviel auf die klaglosen Geschäfte zu rechnen ist. Wie das **RG.** **56** 23 näher ausgeführt hat, kann nicht angenommen werden, daß die mit der Anerkennung des Saldos sich vollziehende Verrechnung der zur Deckung der sämtlichen Schuldposten nicht ausreichenden Aktivposten zunächst auf die klaglosen Schuldposten erfolgt, so daß das Saldos nicht mehr aus diesen Schuldposten herrühren würde. Die einzelnen Posten des Kontokurrents sind vielmehr für die Verrechnung, für welche sie lediglich als Rechnungsfaktoren in Betracht kommen, als gleichwertig anzusehen, und dem entspricht es, daß die Aktivposten auf die gültigen und die klaglosen Schuldposten verhältnismäßig zu verrechnen sind. Jede Schuldpost wird in dem Verhältnisse getilgt, in welchem die sämtlichen Aktivposten zu den sämtlichen Schuldposten stehen. Soweit eine Tilgung nicht eingetreten ist, erscheint die Schuld in dem Saldo,

das insoweit, als es aus klaglosen Geschäften herrührt, eine Schuldverbindlichkeit nicht begründet. **b) RG.** GruchotsBeitr. **56** 615, R. **12** Nr. 276. Wenn im Kontokorrent mit gültigen Geschäften oder mit gültigen und klaglosen Geschäften verbotene Börsentermingeschäfte im Sinne des § 50 aF. zusammentreffen, so finden die Grundsätze der verhältnismäßigen Aufrechnung keine Anwendung. Die vorbezeichneten Börsentermingeschäfte sind abweichend von den klaglosen Geschäften derart nichtig, daß sie nicht, auch nicht durch Aufrechnung erfüllt werden können (vgl. **RG. 47** 110). Das auf ein solches Geschäft Geleistete kann gemäß §§ 813, 814 BGB., §§ 166 ff. I. 16 ALR. mit der Bereicherungsklage zurückgefordert werden, falls nicht der Leistende gewußt hat, daß er zu der Leistung (die zulässig ist), nicht verpflichtet war (Urt. des RG. vom 14. Oktober 1903 in JW. **04** 385 und vom 27. Juni 1906, im BankA. **5** 262). Ebenso verhält es sich mit der Aufrechnung. Die Aufrechnung ist unwirksam, sofern nicht etwa die Partei in Kenntnis der Ungültigkeit der Forderung die Aufrechnung sich hat gefallen lassen (Urt. des RG. vom 15. Juni 1904 in HoldheimsMSchr. **13** 297, desgleichen im SächsA. **14** 568). Diese Unwirksamkeit besteht sowohl nach dem Rechte des BGB. (§ 387), als auch nach ALR. (§ 307 I. 16). Ungültig ist hiernach bei einem verbotenen Börsentermingeschäfte mit umfassenden Kontokorrent nicht bloß die Anerkennung des Saldos, soweit hierin die Schuld aus diesen Geschäften inbegriffen ist, sondern auch — abgesehen von der vorbezeichneten Ausnahme der wissentlichen Verrechnung einer Nichtschuld — die auf solche Geschäfte bezügliche Verrechnung. Es müssen deshalb, wenn berechnet werden soll, was aus dem Kontokorrent der eine Teil von dem anderen zu fordern hat, die verbotenen Börsentermingeschäfte, die weder die Verrechnung noch das Saldo beeinflussen können, vollständig aus dem Kontokorrent ausscheiden (ebenso Staub-Königе im Exkurse zu § 376 HGB. Anm. 47, desgleichen Lehmann, Lehrbuch des HR. § 184 unter 10 b).

§ 57. Literatur: Nußbaum, Erfüllungsannahme **bei** Börsentermingeschäften, GoldschmidtsZ. **72** 52—82.

1. Vereinbarte Leistung. Nußbaum, GoldschmidtsZ. **72** 56 ff. Die Parteien können nicht etwa wirksam vereinbaren, was als Leistung im Sinne des § 57 gelten solle. Vereinbart im Sinne des § 57 ist lediglich die durch das Termingeschäft selbst vereinbarte typische Leistung.

2. Bewirkung der Leistung im allgemeinen. Nußbaum, GoldschmidtsZ. **72** 57 ff. Auch Leistung an Erfüllungs statt bewirkt die Mängelheilung; dagegen nicht Leistung zahlungshalber. Hinterlegung und Aufrechnung genügen nicht; wohl aber ein Verrechnungsvertrag (z. B. bei Tilgung des Kaufpreises aus dem Scheckguthaben). Teilleistung genügt nur, wenn sie sich, wie in der Regel bei Lieferungen von Wertpapieren, auf einen selbständig darstellbaren Teil des Geschäfts bezieht.

3. Insbesondere Bewirkung der Leistung auf seiten des Verkäufers. Nußbaum, GoldschmidtsZ. **72** 64 ff. Übertragung des Eigentums und des mittelbaren Besitzes durch constitutum possessorium genügt; Nummernaufgabe gemäß § 7 BankDepG. ist nicht erforderlich, es genügt, wenn der Bankier die Papiere für den Kunden in ein besonderes, durch dessen Namen gekennzeichnetes Depot nimmt; Gutschrift auf Stückekonto genügt nicht (mißverständlich **RG.** 29. 3. 11, **76** 81, JDR. **10** Nr. 1). Überweisung und Skontration ohne wirkliche Übergabe der Papiere genügt nicht. Im Handel mit englischen Namenshares ist Umschreibung des Anteils auf den Namen des Erwerbers in den Büchern der Gesellschaft zur Effektivlieferung erforderlich. — Bloße Andienung oder Kündigung genügt nicht.

4. Insbesondere Bewirkung der Leistung auf seiten des Käufers. Nußbaum, GoldschmidtsZ. **72** 72 ff. Bei Prämienge-

schäften liegt in der Zahlung der Prämie noch nicht die Bewirkung der Leistung. Bei Kontokorrentverkehr kann höchstens die Verrechnung durch Ziehung und Anerkennung des Saldos mängelheilend wirken und auch diese — bei verhältnismäßiger Aufrechnung — nur dann, wenn die Summe der rechtswirksamen Kreditposten größer ist als die Summe der Debetposten.

5. Rechtsfolgen. Akzessorische Verbindlichkeiten und Interzessionen. Nußbaum, GoldschmidtsZ. **72** 75 ff., erörtert die zweifelhafte Rechtslage, wenn von dritter Seite für eine unverbindliche Terminschuld Pfänder gegeben oder Bürgschaften oder andere akzessorische Verbindlichkeiten übernommen worden sind. Da die Erfüllungsannahme den wirtschaftlich berechtigten Zweck des Hauptgeschäfts erweist, wird die Interzession, ebenso wie die Hauptschuld wirksam.

6. Rechtsfolgen. Konkursanfechtbarkeit. Nußbaum, GoldschmidtsZ. **72** 81. Die Anfechtbarkeit aus § 30 Ziff. 2 KO. wird durch Erfüllungsannahme gemäß § 57 ausgeschlossen.

§ 58. 1. Auf ausländische Differenz- und Spielgeschäfte ist § 58 nicht anwendbar. 1. **RG.** JDR. **10** Nr. 1 jetzt auch NiemeyersZ. **22** 165.

2. Ebenso: a) **RG.** JW. **12** 881 Nr. 52, BankA. **11** 380, DJZ. **12** 1130, R. **12** Nr. 1937. § 58 findet auf inoffizielle Börsentermingeschäfte, insbesondere auf Geschäfte in Werten, die nur im Auslande zum Börsenterminhandel zugelassen sind, keine Anwendung. Der Spiel- und Differenzeinwand ist bei solchen Geschäften zulässig. § 61 steht dem nicht entgegen, da der im § 61 in Bezug genommene § 58 ausdrücklich auf § 50 verweist, d. h. nur für das offizielle Börsentermingeschäft bestimmt ist. Auch Satz 2 des § 58 bezieht sich nur auf den offiziellen und den inländischen Terminhandel; er betrifft den Spieleinwand des Börsentermingeschäftsunfähigen, der bei offiziellen Termingeschäften eine Sicherheit bestellt hat, und weist ihn zurück. b) Termingeschäfte an ausländischen Börsen. ZAktWes. **12** 150—152. c) SächsOLG. **33** 287. d) SeuffA. **67** 314 (Hamburg).

2. OLG. **24** 414 x, HansGZ. **12** Hptbl. 107 Nr. 49 (Hamburg). Gegenüber nicht zugelassenen Börsentermingeschäften (Kupferhandel in Hamburg) ist der Einwand aus §§ 762, 764 BGB. zulässig. Als schlüssige Umstände, die für den Spielcharakter sprechen, werden hervorgehoben, daß der Kunde ein Handwerker mit kleinem Geschäftsbetrieb und beschränkten Mitteln ist und einen Posten von 50 Tonnen Kupfer im Preise von über 60 000 M. weder in seinem Geschäfte verwenden noch bezahlen konnte.

§ 59. **RG.** II. 9. 11. 11, JDR. **10** Nr. 1 jetzt auch HansGZ. **12** Hptbl. 169, R. **12** Nr. 278.

§ 61. Literatur: Nußbaum, Kommissionsgeschäfte an ausländischen Terminbörsen, LeipzZ. **12** 337—346. — Derselbe, Nochmals die Kommissionsgeschäfte an ausländischen Terminbörsen, LeipzZ. **12** 834—836. — Derselbe, Der Selbsteintritt des deutschen Bankiers bei Geschäften an ausländischen Börsen (insbesondere an der New-Yorker Börse), HoldheimsMSchr. **12** 19—21.

1. Kommissionsgeschäfte an ausländischen Terminbörsen. a) **RG.** BankA. **11** 263, R. **12** Nr. 1687. Börsengeschäfte, die an der Londoner und Pariser Börse in Shares gemacht werden, sind Börsentermingeschäfte nach deutschem BörsG. Aufträge zum An- und Verkaufe solcher Werte an einen deutschen Kommissionär sind aber darum noch nicht unter allen Umständen Aufträge zum Abschlusse von Börsentermingeschäften im Sinne von § 60. Hat vielmehr der Kunde einen festen Kurs vorgeschrieben, ist weder eine bestimmte Lieferzeit noch eine bestimmte Lieferfrist vereinbart und hat der Bankier die Papiere zu liefern, sobald er sie beschaffen kann, so liegt

kein Termingeschäft, sondern ein Kassageschäft mit hinausgeschobener Lieferzeit vor. Gleichgültig ist, daß der Kunde wußte, daß der Bankier sich das Papier nur im Wege des Börsentermingeschäfts verschaffen könne. **b**) Vgl. hierzu zustimmend Nachschrift der Redaktion BankA. **11** 264. **c**) Nußbaum, LeipzZ. **12** 337—346. Die Entsch. des **RG.** JDR. **10** Nr. I 2 unterliegt schweren Bedenken. In dem vom RG. entschiedenen Falle ist die für die Annahme eines Termingeschäfts erforderliche Beziehung zum Börsenterminmarkte dadurch in ausreichender Weise gegeben, daß 1. das Geschäft unter den Bedingungen der Londoner Terminbörse abgeschlossen war, 2. daß die Shares nur an diesem Terminmarkte jederzeit erhältlich waren, und daß 3. der Abschluß zu dem terminmäßigen Börsenpreis erfolgt war. Die Konstruktion der Simulation ist nicht gerechtfertigt. Die Kassaklausel ist nicht eine Scheinabrede, sondern nur eine falsa denominatio und als solche nicht zu beachten. Denn sie kann in bezug auf die typischen Geschäfte der Londoner Effektenbörse an und für sich — abgesehen von ganz besonderen Ausnahmefällen — einen sachlichen Inhalt nicht haben. Dies hat seinen Grund darin, daß nach englischem Rechte erst eine Umschreibung der Anteilsrechte (shares) auf den Rechtsnachfolger in den Büchern der Gesellschaft erfolgen muß, daß die für den deutschen Kunden gekauften Shares handelsüblich auf den Namen des Londoner Kommissionärs des deutschen Bankiers gestellt werden und daß bei diesem auch die Zertifikate (Urkunden über die Anteilsrechte) verwahrt bleiben. Die Umschreibung auf den Namen des Kunden erfolgt nur auf Verlangen und erfordert von Deutschland aus im besten Falle mindestens 14 Tage. Die für das Kassageschäft erforderliche Lieferung der Papiere am nächsten Tage ist daher unmöglich. — Unrichtig auch Rosenthal, BankA. **11** 88. **d**) Nußbaum, LeipzZ. **12** 834—836, hält seine Ausführungen, LeipzZ. **12** 337—346 (oben zu **c**) aufrecht und legt dar, daß sie mit der neuen Entsch. des RG. (oben zu a) nicht im Widerspruche stehen. Ausnahmsweise kann selbstverständlich ein wirkliches Kassageschäft vorliegen, so, wenn z. B. der Kunde erweislich die Shares im Hinblick auf bestimmte, dem Bankier außerbörslich zur Verfügung stehende, tatsächlich ohne Rücksicht auf den Stichtag lieferbare Effekten zu einer vom Stichtag unabhängigen Lieferungszeit gekauft hat. Ebenso liegt in dem Falle des RG., oben zu a, ein solcher Ausnahmefall vor. Anders dagegen, wenn die Behauptungen in diesem Rechtsstreite so zu verstehen sind, daß es sich um eine börsenmäßig limitierte Kauforder handele. Dann liegt nicht ein Kassageschäft mit hinausgeschobener Lieferungszeit, sondern ein Termingeschäft vor.

2. Der Selbsteintritt des deutschen Bankiers bei Geschäften an ausländischen Börsen. Nußbaum, HoldheimsMSchr. **12** 19—21. Der deutsche Bankier darf bei Geschäften an der Londoner, New Yorker und Pariser Börse nicht als Selbstkontrahent auftreten, sondern ist zur Rechnungslegung verpflichtet. An den genannten Börsen ist nach dortigem Rechte der Selbsteintritt nicht zulässig (über die New Yorker Börse teilt Nußbaum ein Gutachten der amerikanischen Handelskammer zu Berlin, American Association of Commerce and Trade, Berlin, mit). Zugelassen ist der Selbsteintritt dagegen in Österreich-Ungarn, Italien, Rumänien, Portugal und in der Schweiz. Da Börsengeschäfte den Gesetzen des Ortes der Börse unterstehen, an der das Geschäft auszuführen ist (**RG.** BankA. **7** 382), ergibt sich der Ausschluß des Selbsteintritts auch für Deutschland. — In den meisten Fällen kommt es aber hierauf nicht an, weil der Bankier sich in der Regel durch die Geschäftsbedingungen ganz allgemein die Befugnis zusichern läßt, in jeden Auftrag als Selbstkontrahent einzutreten. Dies ist zulässig (§§ 400, 401, 402 HGB.).

§ 63. 1. Umfang des Verbots von Börsentermingeschäften in Anteilen von Bergwerksunternehmungen. OLG. Dresden, JDR. **10** jetzt auf SeuffA. **67** 289.

2. SeuffA. **67** 199 (Hamburg). Das Verbot im § 63 bezieht sich nicht auf einen Handel an ausländischen Börsen.

§ 65. HansGZ. **12** Hptbl. 83 (Hamburg). Börsentermingeschäfte in Getreide, die im Ausland abgeschlossen sind und im Ausland erfüllt werden sollen, fallen nicht unter das Verbot des § 65.

§§ 66 ff. Auslandsgeschäfte. OLG. Hamburg JDR. **10** jetzt auch NiemeyersZ. **22** 167.

§ 67. **RG. 79** 234, R. **12** Nr. 1688. Die als Börsentermingeschäfte gemäß § 67 gültigen Geschäfte sind trotzdem unwirksam, wenn sie Differenzgeschäfte sind, d. h. wenn die Geschäfte zur Verdeckung ihres Wesens als Differenzgeschäfte in die Formen von Börsentermingeschäften nach § 67 BörsG. gekleidet worden sind.

§ 68. Sind handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte (Getreidezeitgeschäfte, Getreidearbitrage) Differenzgeschäfte? 1. Bejaht von **a) RG. 79** 234, BankA. **11** 326, R. **12** Nr. 1686. Zeitgeschäfte in Getreide gemäß den genehmigten Schlußbedingungen der Berliner Produktenbörse sind Differenzgeschäfte, wenn sie nach der von vornherein bestehenden Parteiabsicht nicht durch effektive Abnahme, sondern durch Gegengeschäfte und durch Belastung der sich daraus ergebenden Differenz erledigt werden. Wie dem Verkäufer bekannt gewesen ist, haben sowohl die Abschlüsse im einzelnen, die in die Hunderttausende gingen, wie die Abschlüsse in ihrer Zusammenfassung und die erheblichen dem Käufer jeweils angerechneten Provisionen mit der Leistungsfähigkeit des letzteren in gar keinem Verhältnisse gestanden. Unbegründet ist der Einwand, daß es an dem nach § 68 BörsG. und § 764 BGB. erforderlichen Unterschiede zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit fehle, daß vielmehr der hier in Betracht kommende Preisunterschied ein Unterschied zwischen zwei Vertragspreisen sei, nämlich zwischen dem Vertragspreise des Grundgeschäfts und dem Vertragspreise des Gegengeschäfts, und daß daher nicht angenommen werden könne, daß als Stichtag der in des Verkäufers Wahl gestellte Lieferungstag und dessen Börsenpreis unter den Parteien maßgebend sei. Demgegenüber ist auf die frühere Rechtsprechung (**RG. 34** 90, Bolze **22** Nr. 465, **21** Nr. 499, **20** Nr. 526) zu verweisen. Das Gegengeschäft ist nicht ernstlich gemeint, sondern dient nur dazu, den Preisunterschied für einen bestimmten Zeitunterschied zu ermitteln. Auch dadurch, daß der eine Vertragsteil den Stichtag zu bestimmen hat, wird das Differenzgeschäft seines Charakters nicht entkleidet. Es genügt, daß sich der Stichtag genau bestimmen läßt. **b)** Hierzu Nußbaum, BankA. **11** 327. Durch diese Begründung wird die im Anschluß an die neuen Bestimmungen von § 764 BGB. und § 68 BörsG. streitig gewordene rein positivrechtliche Frage gar nicht berührt, daß nämlich der Wortlaut dieser Bestimmungen auf die Börsengeschäfte nicht paßt. Die den Unterschied ergebenden Preise sind solche, wie sie am Tage des Abschlusses des Geschäfts und am Tage des Abschlusses des Gegengeschäfts an der Börse bestanden haben. Dagegen spielt der „Börsenpreis der Lieferungszeit" bei den Differenzgeschäften gar keine Rolle, einen einheitlichen Börsenpreis für den Lieferungstag oder die sonstige Lieferungszeit gibt es gar nicht. Vgl. Trumpler, GoldschmidtsZ. **50** 396 ff., Düringer-Hachenburg, HGB. **3** 194, Örtmann, Note 2 b zu § 764 BGB., Apt, BörsG. Note 4 zu § 68, Hemptenmacher, BörsG. Note 2 zu § 68, Bernstein, BörsG. 257, Nußbaum, GoldschmidtsZ. **69** 440.

2. Verneint von BankA. **11** 144 (Düsseldorf). Getreidearbitragegeschäfte sind keine Differenzgeschäfte. Wenn auch die beiden zwecks Arbitrage an der Börse geschlossenen Geschäfte regelmäßig durch Ausgleichung der sich ergebenden Differenz erledigt werden, so will doch der Arbitrageur eine effektive Lieferung bei dem ersten Geschäfte nicht ohne weiteres für alle Fälle ausgeschlossen wissen.

Auch der Gegenkontrahent muß daher, sofern eine weitere Erklärung nicht erfolgt oder eine andere Absicht nicht zutage tritt, regelmäßig mit der, wenn auch entfernten Möglichkeit einer effektiven Lieferung rechnen. § 68 setzt aber voraus, daß beide Teile nur Ausgleichung der Differenz durch Zahlung im Auge haben.

V. Ordnungsstrafverfahren.

VI. Straf- und Schlußbestimmungen.

§ 92. Die sogenannte „Schwänze". Vgl. hierüber Bloch und Nußbaum oben vor § 50 Nr. III 5.

§ 94. **RG.** II. BankA. **11** 232. Keine Verleitung zum Spekulieren. Rein tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts auch auf Grund des ganzen Auftretens des Kunden (Prokurist in einem großen Geschäft!) in den Verhandlungen. — Unsittlichkeit nach § 138?

Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen.

Vorbemerkung: Das Kraftfahrzeuggesetz nimmt in immer stärkerem Maße die Gerichte in Anspruch. Die oft nicht recht durchsichtigen Vorschriften erfahren in der Praxis eine zu gleichmäßiger Anwendung führende Auslegung. Die wichtigsten Bestimmungen sind die §§ 7 und 17, die von der Haftpflicht und von dem häufigsten Falle des Zusammenstoßes zweier Automobile handeln. Die verwaltungsrechtlichen Vorschriften über die Erteilung und die Entziehung der Konzession haben in der Rechtsprechung, insbesondere des Preußischen OVG. zu mehrfachen Entscheidungen geführt (vgl. § 2). — Das Kraftfahrzeuggesetz findet in der dazu erlassenen Bundesratsverordnung vom 3. Februar 1910 eine sehr wichtige Ergänzung. Es sind daher die zu dieser Bundesratsverordnung ergangenen Entscheidungen im Anhang zu diesem Gesetze mitgeteilt. Einige Mitteilungen aus der Rechtsprechung, die das Automobilhaftrecht betreffen, sind oben bei § 823 und § 831 gemacht worden (vgl. die Vorbemerkung zu §§ 823 ff.).

Literatur: Freymuth, Das Verhältnis des Kraftfahrzeuggesetzes zu den sonstigen reichsgesetzlichen Vorschriften (§ 16 des deutschen Kraftfahrzeuggesetzes vom 3. Mai 1909), EisenbE. **28** 129.

§ 2. 1. OVG. **59** 281 ff., DJZ. **12** 104 (PrOVG. 29. 5. 11, 8. 6. 11, 10. 7. 11). Die Klage gegen den Bescheid eines Oberpräsidenten, durch welchen eine Beschwerde über die Versagung der Erlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen auf öffentlichen Wegen oder Plätzen gemäß § 2 G. vom 3. Mai 1909 abgewiesen worden ist, kann nur darauf gestützt werden, daß durch den Bescheid das geltende Recht verletzt ist, oder daß die tatsächlichen Voraussetzungen fehlen, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der angefochtenen Verfügung berechtigt haben. Der Verwaltungsrichter hat nur über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung des angefochtenen Bescheids zu erkennen, er ist aber nicht berufen, die Erteilung der nachgesuchten Erlaubnis auszusprechen. Wird ein versagender Bescheid aufgehoben, so hat die Polizeibehörde anderweitig über den ihm zugrunde liegenden Antrag zu befinden und ihm zu entsprechen, falls nicht sonstige Anstände vorhanden sind. Für die Entscheidung ist es belanglos, ob der Antragsteller eigene oder fremde Wagen führt und ob er gewerblicher Fuhrunternehmer oder Wagenführer ist oder nicht.

2. EisenbE. **29** 173, DJZ. **12** 1246 (PrOVG.). Die Tatsache des Besitzes des Führerscheins für Kraftdroschken rechtfertigt noch nicht den Anspruch auf Erteilung des Fahrausweises nach den Bestimmungen der Droschkenordnung und umgekehrt, weil in beiden Fällen von ganz verschiedenen Voraussetzungen auszugehen ist und die Droschkenordnung durch das KraftfahrzeugG. nicht berührt wird.

3. OVG. **59** 281 ff. (PrOVG.) (s. oben zu Ziff. 1). Der Kreis der Tatsachen, bei deren Vorliegen einer Person die Erlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen

versagt werden kann, ist weder durch das G. vom 3. Mai 1909 noch durch die BundesratsVO. vom 3. Februar 1910 im einzelnen festgelegt worden. Neben körperlichen Gebrechen können auch sittliche Mängel (Neigung zu Straftaten) in Betracht kommen. Die Prüfung der Frage, ob Tatsachen der bezeichneten Art vorliegen, ist hiernach in jedem Einzelfalle besonders vorzunehmen. Als Unterlage für die Vornahme genügt nicht die bloße Tatsache der Bestrafung mit einer mehr oder minder hohen Strafe. Es muß vielmehr festgestellt werden, weshalb die Bestrafung erfolgt ist und ob der Tatbestand, der ihr zugrunde liegt, als Tatsache im Sinne des § 2 anzuerkennen ist. Tatsachen der bezeichneten Art können auch aus Vorgängen entnommen werden, die zeitlich weit zurückliegen. Eine lange vorwurfsfreie Lebensführung kann im Einzelfalle die aus der Vergangenheit entnommenen Anstände zurücktreten lassen. — Eine die Versagung der Erlaubnis rechtfertigende Tatsache ist darin zu finden, daß der Antragsteller unter dem Einflusse geistiger Getränke die Herrschaft über sich selbst verliert und sich dessen ungeachtet dem Genusse solcher Getränke hingibt. — Diese Grundsätze gelten auch für die Entziehung der Erlaubnis zum Führen von Kraftwagen.

4. EisenbE. **28** 338, PrVerwBl. **33** 217 (PrOVG.). Die Erteilung eines neuen Fahrscheins wegen mangelnder Qualifikation des Führers ist nicht lediglich deshalb zu versagen, weil der Führer einmal wegen eines Zusammenstoßes mehrere Strafen erhalten hat. — Vgl. PrVerwBl. **33** 354 (PrOVG.).

5. EisenbE. **28** 358 (PrOVG.). Ungeeignet zum Kraftwagenführer ist eine Person, die vor längerer Zeit wegen Sachbeschädigung, Diebstahls und schwerer Körperverletzung verurteilt ist. Die Verurteilungen brauchen nicht in unmittelbarer Beziehung zur Führung eines Kraftfahrzeugs zu stehen.

6. PrVerwBl. **33** 314 (PrOVG.). Grobe Verfehlungen gegen das Eigentum wie z. B. Diebstahl und Hehlerei, rechtfertigen nicht die Versagung des Führerscheins, wenn sie zeitlich weit zurückliegen und der Nachsuchende sich seit der Bestrafung vorwurfsfrei geführt hat. — Ebenso VO. des SächsMin. d. Innern, FischersZ. **40** 385 (PrOVG. ebendas. 235).

7. FischersZ. **41** 83 (Entsch. d. SächsMin. d. Innern). Versagung des Führerscheins wegen Unzuverlässigkeit (Bestrafung wegen Eigentumsvergehen und wegen Führung von Fahrzeugen ohne Führerschein).

8. EisenbE. **29** 51, DJZ. **12** 406 (PrOVG.). Kurzsichtigkeit. Im allgemeinen wird die Sehfähigkeit als genügend erachtet werden können, wenn ein Auge normal ist, das zweite kurzsichtig, aber bei Zuhilfenahme einer Brille eine nicht zu geringe Sehschärfe besitzt.

9. OVG. **59** 293 (PrOVG.). Die Art und Beschaffenheit der Kraftfahrzeuge ist für die Frage, ob Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß eine Person zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist, rechtlich ohne Belang.

10. PrVerwBl. **34** 117 (PrOVG.). Über die Behandlung der Anträge auf Erteilung der Erlaubnis zur Führung von Kraftfahrzeugen.

11. DJZ. **12** 1246 (PrOVG.). Über Fahrausweise für Pferdedroschkenführer und Führerscheine für Kraftwagenführer.

12. **RG.** (Straff.) GoltdA. **60** 72, JW. **12** 952, EisenbE. **29** 185, DJZ. **12** 1243. Die Bedeutung der Vorschrift des § 3 Abs. 2 G. vom 3. Mai 1909 erschöpft sich darin, daß der Begleiter des Prüflings die Verantwortung für die Erfüllung der besonderen in Gesetz und Ausführungsbestimmungen dem Führer des Kraftfahrzeugs auferlegten Verpflichtungen trägt. Dagegen ist die Vorschrift für die Frage einer dem Prüfling oder dem Begleiter nach dem StGB. zur Last fallenden Verschuldung ohne Bedeutung. § 222 Abs. 2 StGB. kann nicht zur Anwendung kommen, wenn der Täter erst in der Ausbildung zum Kraftwagenführer begriffen

war und den Unfall bei einer Übungsfahrt herbeiführte, die er zu diesem Zwecke unternahm.

§ 7. I. Abs. 1.

1. Fahrzeughalter.

a) **RG. 78** 179, JW. **12** 406. Es kommt nicht darauf an, ob der als Halter in Anspruch Genommene Eigentümer des Fahrzeugs ist oder ob er es als Nießbraucher, Pächter, Mieter oder Entleiher verwendet, sondern vielmehr — ähnlich wie beim Tierhalter nach § 833 BGB. (vgl. **RG. 52** 117, **55** 166, **62** 79, **66** 1) — darauf, ob er es für eigene Rechnung in Gebrauch hat, und ob er diejenige umfassende Verfügungsgewalt über das Fahrzeug besitzt, die ein solcher Gebrauch voraussetzt.

b) ElsLothJZ. **12** 486, R. **12** Nr. 503 (Colmar). Wer als Gast und nur zu einer einzelnen kurzen Fahrt das Kraftfahrzeug eines anderen benutzt, wird dadurch noch nicht zum „Halter". Zum Halter gehört, daß er die Kosten der Unterhaltung des Fahrzeugs trägt und daß das Verhältnis eine gewisse Dauer hat. Ist der Ehemann der Eigentümer des Fahrzeugs und hat er es seiner Frau zur selbständigen Verwendung überlassen, so ist deren Wissen und Willen, nicht dasjenige des Mannes dafür maßgebend, ob ihr Ehemann oder derjenige, der das Fahrzeug in Betrieb gesetzt hat, für den Ersatz des beim Betrieb einem Dritten zugefügten Schadens aufkommen muß.

c) **RG. 79** 312, EisenbE. **29** 198, JW. **12** 808. Der Eigentümer hört nicht auf, Halter des Fahrzeugs zu sein, wenn er es einem Dritten zur Reparatur sendet und dieser eine Probefahrt ausführt.

a) **RG.** JW. **12** 650, EisenbE. **29** 87. Ein vollbesetzter Omnibus der Beklagten fuhr in der Potsdamer Straße gegen einen Laternenmast. Der Mast brach durch; sein oberer Teil mit der Laterne fiel auf das Verdeck des Wagens, verwickelte sich in das Schutzgitter und hinderte die Weiterfahrt. Der Motor wurde abgestellt. Personen auf dem Verdecke lösten mit einem Werkzeuge die Querstange, welche die Laterne trug, von dieser und warfen die Stange aufs Straßenpflaster. Ein abspringendes Eisenstück traf den etwa 7 Schritte abseits der Laterne auf dem Bürgersteige stehenden Kläger und brach ihm den Unterschenkel. Allerdings war es ein Betriebsunfall, als der Wagen gegen den Laternenmast anfuhr. Aber hierdurch wurde der Kläger nicht unmittelbar verletzt, was vielleicht dann zutreffen würde, wenn das Eisenstück alsbald von selbst wieder vom Wagen herabgefallen wäre und den Kläger getroffen hätte. Vielmehr ist hier das Bruchstück von fremder Hand losgelöst und dann — und zwar keineswegs sofort nach dem Anpralle — herabgeworfen worden. Hierdurch ist der ursächlichen Wirkung des Zusammenstoßes mit dem Laternenmast ein Ende bereitet worden, derart, daß nunmehr mit der Loslösung und Beseitigung des Eisenstücks eine neue Kausalreihe begann, die mit dem Anpralle nur mittelbar zusammenhängt. Ein solcher bloß mittelbarer Zusammenhang der Verletzung des Klägers mit dem Zusammenstoße genügt aber zum § 1 HaftpflG., an der auch bei Anwendung des § 7 KraftfahrzeugG. festzuhalten ist, nicht, um daraufhin schon eine Verletzung des Klägers bei dem Betriebe des Kraftfahrzeugs anzunehmen. Der Zusammenstoß des Wagens mit dem Laternenmaste muß also als ein die Haftpflicht der Beklagten nach § 1 Abs. 1 begründender Vorgang völlig ausscheiden. Damit ist aber die Frage, ob der Kläger einen Betriebsunfall erlitten hat, keineswegs erledigt, sondern noch unter folgendem Gesichtspunkte zu prüfen, ob nicht deshalb ein Betriebsunfall anzunehmen ist, wenn und weil er dabei verletzt wurde, als der Wagen, dessen Weiterfahrt durch das herabgestürzte Bruchstück gehemmt war, wieder flott gemacht wurde. Zweifellos war der mitten auf der Fahrstraße zum Stillstehen genötigte Wagen noch im Betriebe. Auch erscheint alles, was daraufhin geschah, um die unterbrochene Weiterfahrt wieder aufzunehmen, wenigstens äußerlich als ein dem Betriebe des Wagens dienender Vorgang. Dazu

gehörte auch die Loslösung der im Verdeckgitter verfangenen Laterne und die Entfernung des betriebshinderlichen Bruchstücks vom Verdecke, gleichviel ob die Beseitigung des Hindernisses ordnungsmäßig oder ordnungswidrig oder sogar schuldhaft unter Verletzung der verkehrserforderlichen Sorgfalt ausgeführt wurde. Aber daraus allein würde sich die gesetzliche Haftpflicht der Beklagten noch nicht ergeben, sondern erst dann, wenn jener Vorgang auch wirklich eine Betriebshandlung der Beklagten gewesen ist. Dies wäre der Fall, wenn ihre Angestellten (Führer, Schaffner usw.) selber das Verdeck gesäubert hätten, um den Wagen wieder flott zu machen. Gleiches muß aber auch dann gelten, wenn die Angestellten der Beklagten sich hierzu fremder Leute bedient haben. Dies würde hier anzunehmen sein, wenn Fahrgäste oder sonstige Dritte, die die Laterne losgelöst und das Bruchstück entfernt haben, dies unter Billigung der Angestellten der Beklagten vorgenommen haben, — sei es auf deren ausdrückliches Ersuchen oder auch mit deren stillschweigender Einwilligung, die auch schon in einem widerspruchslosen Geschehenlassen gefunden werden kann. Eine derartige, auf dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Beklagten ruhende Hilfe Dritter würde rechtlich nicht anders anzusehen sein, als eine persönlich geleistete Betriebshandlung der Angestellten der Beklagten.

b) **RG.** R. 12 Nr. 3267. Nach Lage der Verhältnisse war ein Vorbeifahren auf der linken Seite allerdings nicht möglich. Daraus folgt aber nicht, daß der Führer des Kraftwagens nun ohne besondere Vorsichtsmaßregeln und ohne genügende Mäßigung der Fahrgeschwindigkeit auf dem Fahrdamme der rechten Seite vorbeifahren durfte. Er konnte nicht darauf rechnen, daß der Kläger die mit seinem Fuhrwerk eingeschlagene Richtung unverändert beibehalten werde, mußte vielmehr an und für sich erwarten, daß dieser an der Stelle, wo die abfallende Strecke der Straße ihr Ende erreichte, wieder auf den Fahrdamm abbiegen würde, wie dies der Übung und einer vernünftigen Leitung des Fuhrwerkes des Klägers entsprach. Dieses Abbiegen des Klägers nach der rechten Seite auf den Fahrdamm hinüber mußte der Führer des Kraftwagens aber um so mehr erwarten, als der Kläger, wenn er die Hupensignale des Kraftwagens hörte oder sonst dessen Herannahen wahrnahm, auf Grund der BundesratsVO. § 21 Abs. 3 rechts fahren mußte, um dem Kraftwagen das Vorbeifahren auf der linken Seite zu ermöglichen. Das OLG. nimmt unter diesen Umständen mit Recht an, daß der Führer des Kraftwagens sich abwartend verhalten und so langsam hinter dem Fuhrwerke des Klägers her fahren mußte, daß er den Kraftwagen jederzeit zum Stehen bringen konnte, und daß er nur in langsamer Fahrt das Vorbeifahren unternehmen durfte.

c) ElsLothJZ. 12 26 (Colmar). Der Führer eines Kraftwagens ist nicht verpflichtet, solange die Straße frei ist, auf der rechten Straßenseite zu fahren, er darf sich vielmehr, wie jeder andere Fuhrwerksleiter, auf jeder beliebigen Straßenseite bewegen, solange er nicht an einem anderen Fahrzeuge vorbeifahren oder ein solches ihn überholen will und dabei ihn auf diese Absicht durch ein gegebenes Zeichen aufmerksam macht oder ihm ein anderes Fahrzeug entgegenkommt. Nur für diese Fälle enthalten die Polizeivorschriften besondere Vorschriften. Auch aus der Vorschrift der letzteren, welche den Führer von Kraftwagen zu besonderer Vorsicht verpflichtet, läßt sich eine Pflicht zur Einhaltung der rechten Straßenseite so lange nicht herleiten, als das Fahren auf der linken Seite weder eine Störung des Verkehrs, noch eine Gefahr für den Verkehr bewirkt. — Einem von hinten her ankommenden Radfahrer, der einen Kraftwagen überholen will, braucht der Führer des Kraftwagens nicht auszuweichen, wenn der Radfahrer nicht durch ein Glockenzeichen seine Absicht, vorfahren zu wollen, erkenntlich macht. Eine Verpflichtung des Führers, sich durch Seitwärts- oder Rückwärtsschauen vom Herannahen anderer Fahrzeuge von hinten zu unterrichten, besteht überhaupt nicht, namentlich auch nicht beim Einbiegen in eine andere Straße. Beim Einbiegen in eine andere Straße muß der

Kraftwagenführer zwar „nach rechts in kurzer Wendung" fahren; diese Bestimmung der Polizeiverordnung ist aber dahin zu verstehen, daß der Führer die Wendung so kurz zu nehmen hat, als dies nach Lage der Straßenverhältnisse tunlich ist.

3. **RG.** R. 12 Nr. 1252. Wird beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist auch der Führer des Kraftwagens ohne den Nachweis eines Verschuldens im Rahmen der §§ 8 ff. zum Schadensersatze verpflichtet. Weitergehende Schadensansprüche setzen dagegen den Nachweis eines Verschuldens des Führers voraus.

4. HansGZ. **12** Beibl. 259 (Hamburg). Wenn ein Auto einen Straßenbahnwagen an der Haltestelle überholt, muß es in Rücksicht auf dort etwa Aussteigende die Fahrt mäßigen. Eigenes Verschulden des aus einem Straßenbahnwagen aussteigenden Fahrgastes, der sich nicht umsieht, ob ein Fuhrwerk ankommt.

5. **RG.** EisenbE. **28** 179. Aus der Heftigkeit des Aufstoßes eines Kraftwagens ist der Rückschluß möglich, daß der Insasse zu spät auf Langsamfahren seitens des Lenkers gedrungen hat.

6. SeuffBl. **12** 464 (München). Fall einer Haftung für Autoschäden.

II. Abs. 2.

1. **RG.** R. **12** Nr. 2593. Bei den Gefahren, die der Kraftwagenverkehr mit sich bringt, darf sich der Kraftfahrzeuglenker nicht auf das richtige Handeln des anderen im Verkehre mit ihm zusammentreffenden Fahrzeuglenkers oder Radfahrers verlassen. Es handelt sich hier um den gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 KraftfahrzeugG. vom Beklagten zu führenden Nachweis, daß er als Führer des Fahrzeugs „jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt" beobachtet habe. Diese Sorgfaltspflicht aber verlangt auch die Rücksichtnahme auf eine, durch die Umstände nahe gelegte Möglichkeit eines unrichtigen oder ungeschickten Verhaltens des anderen.

2. RheinA. **109** I 191 (Cöln). Der Begriff „unabwendbares Ereignis" soll nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich insbesondere in der Fassung des § 7 Abs. 2 Satz 2 zu erkennen gibt, ein weiterer sein, als der der „höheren Gewalt", aber auch, wie letzterer, nach einem relativen Maßstabe gemessen werden. Wesentlich unterscheiden sich die beiden Begriffe darin, daß ein „unabwendbares Ereignis" auch dann vorliegen kann, wenn das Ereignis auf der gefährlichen Natur des Kraftfahrzeugs, also seiner Fähigkeit schnell zu fahren, seinem schweren Gewichte, den verursachten Geräuschen usw. beruht. Auch ist es ohne Bedeutung, ob sich derartige Ereignisse bei dem Betriebe von Kraftfahrzeugen häufig zutragen oder nicht. Deshalb kann hier die Rechtsprechung des RG. zu § 1 HaftpflG., soweit sie sich auf Unfälle von Kindern im Betriebe der Straßenbahnen bezieht (z. B. **RG. 54** 404), nicht von Einfluß sein. Danach liegt ein „unabwendbares Ereignis" dann vor, „wenn das den Unfall verursachende Ereignis auch bei Anwendung der größtmöglichen Sorgfalt und der zweckmäßigsten Mittel weder verhindert, noch in seinen Folgen abgewendet werden konnte" (Neukirch-Rosenmeyer, Komm z. AutoG. 59), oder „wenn auch die äußerste, nach Lage des Falles vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht imstande gewesen wäre, die Abwendung des Unfalls zu ermöglichen" (Schmidt-Wagner, Komm. 141). Insbesondere gilt ein Ereignis, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 erfüllt sind — wenn es also vor allem weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs, noch auf einem Versagen seiner Verrichtungen beruht —, dann als ein unabwendbares, wenn es auf das schuldhafte oder nicht schuldhafte Verhalten des Verletzten zurückzuführen ist und der Führer des Fahrzeugs jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat.

3. **RG.** JW. **12** 155, EisenbE. **28** 415. Der Vorderrichter rechnet mit zwei Möglichkeiten. Entweder sei dem Beklagten der Ausblick auf die Fahrbahn durch einen

85*

vor seinem Automobile fahrenden Wagen eingeengt gewesen, so daß er den Kläger nicht sehen konnte, dann hätte er die an sich nicht zu beanstandende Geschwindigkeit seines Fahrzeugs so ermäßigen sollen, daß er sofort beim Erscheinen des Klägers in der Fahrbahn hätte halten können. Sei aber die Aussicht frei gewesen, dann erscheine es unerklärlich, weswegen Beklagter, wenn er mit genügender Sorgfalt die Fahrbahn beobachtet hätte, den Kläger erst im letzten Augenblicke gesehen haben solle. Hieraus wird der Schluß gezogen, daß dem Beklagten der Entlastungsbeweis nach § 7 Abs. 2 nicht gelungen sei.

III. Abs. 3.

1. **RG.** JW. **12** 89, RheinA. **109** II 358, EisenbE. **28** 353, DJZ. **12** 163. Nach dem Tatbestande des Urteils des Berufungsgerichts hatte der Führer des Kraftwagens, der im Dienste des Beklagten stehende Chauffeur E., von der Beklagten den Auftrag erhalten, ein auf der Landstraße Mülheim—Wesel unweit des letzteren Ortes festgefahrenes beladenes Lastautomobil wieder in Gang zu bringen. Da ihm dies nur auf eine kurze Strecke gelang, fuhr er mit dem von ihm geleiteten Luxuskraftwagen in der Richtung nach Mülheim zurück, um ein zweites leeres Lastautomobil der Beklagten, das sich auf dem Heimwege von Wesel befand, einzuholen und zum Zwecke des Umladens der Ladung aus dem defekt gewordenen ersten Kraftwagen zurückzubeordern. Nachdem er dies ausgeführt hatte, nahm er, anstatt nunmehr selbst mit dem Luxuswagen heimwärts nach Mülheim zu fahren, ebenfalls wieder die Richtung nach Wesel, um seine dort wohnende Mutter zu besuchen. Auf dieser Ausdehnung der Fahrt erfolgte der Zusammenstoß mit der Karre des Klägers. Darin nun, daß E. nach Erledigung seines Dienstauftrags nicht auftragsgemäß nach Mülheim zurückfuhr, sondern nochmals nach Wesel umwendete, um persönliche Interessen zu verfolgen, erblickt die Beklagte den Tatbestand einer neuen, ohne ihr Wissen und Willen vorgenommenen Inbetriebsetzung des Fahrzeugs im Sinne des § 7 Abs. 3 G., die sie von ihrer Haftung aus § 7 Abs. 1 befreit. Darin kann ihr nicht beigetreten werden.

2. RheinA. **109** I 274 (Düsseldorf). § 7 Abs. 3 findet keine Anwendung, wenn der Kraftwagen zu der Fahrt zwar mit Wissen und Willen des Halters in Betrieb gesetzt, der Fahrer aber bei Ausführung der Fahrt von dem Auftrag abgewichen ist und ohne vorherige vollständige Inruhesetzung eine besondere Fahrt gemacht hat.

3. ElsLothJZ. **12** 486 (Colmar). Ist der Ehemann der Eigentümer des Fahrzeugs und hat er es seiner Frau zur selbständigen Verwendung überlassen, so ist deren Wissen und Willen, nicht derjenige des Mannes dafür maßgebend, ob sie oder derjenige, der das Fahrzeug in Betrieb gesetzt hat, für den Ersatz des beim Betrieb einem Dritten zugefügten Schadens aufkommen muß.

4. ElsLothJZ. **12** 423, EisenbE. **29** 157, DJZ. **12** 1192 (Colmar). Ist der Halter eines Kraftfahrzeugs nach § 7 Abs. 3 nicht ersatzpflichtig, so läßt sich eine Ersatzpflicht auch nicht aus § 831 herleiten. Unter dem „anderen" im Sinne des § 7 Abs. 3 ist jede andere Person außer dem Halter des Kraftfahrzeugs, insbesondere auch ein im Dienste des letzteren stehender Automobilführer zu verstehen.

§ 9. 1. **RG.** EisenbE. **29** 88. Überschreiten des Fahrdamms vor einem herankommenden Kraftwagen ist kein Verschulden, wenn bei normaler Fahrgeschwindigkeit die andere Straßenseite hätte erreicht werden können.

2. **RG.** JW. **12** 70. § 254 setzt auch nach § 9 KraftfahrzeugG. ein Verschulden des Verletzten voraus. Verschulden eines zwölfjährigen in einer Großstadt wohnenden Mädchens, das, ohne sich gehörig umzusehen, über den Fahrdamm läuft.

3. EisenbE. **28** 396, DJZ. **12** 464 (Dresden). Mitwirkendes Verschulden einer Hilfsperson des Geschädigten kann vom Fahrzeughalter nicht eingewendet werden.

§ 12. Freymuth, Die Begrenzung der Entschädigung nach dem KraftfahrzeugG., EisenbE. **29** 5, erörtert einzelne Fragen aus dem Gebiete des § 12.

§ 16. Freymuth. Das KraftfahrzeugG. hat eine Haftung für unverschuldete Betriebsunfälle eingeführt. Soweit sich aber aus Vorschriften des Reichsrechts eine weitergehende Haftung, namentlich aus dem Gesichtspunkte des Verschuldens herleiten läßt, bleiben diese Vorschriften unberührt, haben also eine weitergehende Haftung im Gefolge. Für den Fahrzeughalter kommt eine erweiterte Haftpflicht sowohl vertraglich wie außervertraglich in Frage. a) Haftung außerhalb des Vertrags (§ 823). Verschulden des Fahrzeughalters kann in verschiedener Weise vorliegen. — In den Fällen des § 823 findet weder eine Beschränkung der Haftung nach § 12 KraftfahrzeugG. statt, noch ist der Anspruch des Fahrgastes oder der Anspruch gegen den Halter der im § 8 Ziff. 2 genannten Lastfahrzeuge ausgeschlossen. — Haftung nach § 831. b) Haftung bei Vertragsverhältnissen. Bei Vorhandensein eines Beförderungsvertrags greifen regelmäßig die Vorschriften des KraftfahrzeugG. nicht Platz. Über die Beweislast und den Entlastungsbeweis (133).

§ 17. 1. **RG.** JW. **12** 881. Da das Scheuen des Pferdes seinen Grund in der Annäherung des Kraftwagens hatte, so ist der im § 17 Abs. 2 aaO. vorgesehene Fall gegeben, daß ein Schaden durch ein Kraftfahrzeug und ein Tier verursacht wurde. Es kommen somit die Vorschriften des § 17 Abs. 1 zur Geltung, nach denen geprüft werden muß, inwieweit der Schaden von dem Kraftfahrzeug und von dem Tiere verursacht ist. Nur insoweit können die Kläger Schadensersatz beanspruchen, als sie nicht für den durch das Tier angerichteten Schaden einzustehen haben, und nur in dem gleichen Umfange haften die Beklagten als Fahrzeughalter und Führer gemäß § 17 Abs. 1 und § 18 Abs. 3 KraftfahrzeugG.

2. **RG.** SeuffA. **67** 13, RheinA. **109** II 366. Zusammenstoß eines Kraftwagens mit einer Rangiermaschine. Der Lenker eines schnellfahrenden Kraftwagens ist wegen der Gefährlichkeit seines Fahrzeugs für den Straßenverkehr verpflichtet, vor Antritt der Fahrt mit Hilfe von Karten, Reisebüchern oder sonstigen Behelfen sich über die von ihm einzuschlagenden Wege und die dort ihm entgegentretenden Hindernisse, namentlich über die Bahnkreuzungen, soweit es ihm möglich ist, zu unterrichten, damit er die Hindernisse vermeiden, insbesondere die Fahrgeschwindigkeit entsprechend abmessen kann. Der Lenker des Kraftwagens kann andererseits erwarten, daß Bahnübergänge innerhalb einer Stadt bewacht oder sonst verwahrt und mindestens die Gleisanlage auf eine angemessene Entfernung erkennbar sind.

3. **RG. 79** 312, EisenbE. **29** 198. Bei der Abwägung des § 17 ist das Verschulden der Fahrzeugführer zu berücksichtigen. Die schuldhafte Handlungsweise der Fahrzeugführer stellt eine Erhöhung der Betriebsgefahr dar, für die der Fahrzeughalter die Verantwortung zu übernehmen hat.

4. EisenbE. **29** 200 (Colmar). Schon nach dem Wortlaute des § 17 ist anzunehmen, daß bei der Abwägung, welcher Teil den Schaden überwiegend verursacht hat, darauf zurückgegangen werden muß, ob den einen oder den anderen Halter oder Führer die Schuld an dem Unfall in größerem oder geringerem Maße trifft, obgleich eine solche Schuld grundsätzlich für die Haftung sowohl des Fahrzeughalters als der Eisenbahn aus dem HaftpflG. belanglos ist.

§ 21. 1. KGJ. **42** 408. Der § 23 Abs. 1 G. erfordert nur Fahrlässigkeit (ebenso Stenglein-Galli, Hallbauer, Krause; aA., d. h. Vorsatz fordern: Eger, Waldeck, Gordan, Neukirch-Rosenmeyer).

2. BadRpr. **12** 64 (Karlsruhe, Straff.). Zuwiderhandlungen gegen § 6 Abs. 3—6 VO. des Bundesrats vom 3. Februar 1910 über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen sind nicht als Vergehen nach § 23, sondern als Übertretungen nach § 21 KraftfahrzeugG. zu bestrafen.

3. BraunschwZ. **12** 61 (Braunschweig, Straff.). Strafbarkeit verkehrter Signale. Signal mit helltönender Hupe neben dem Signale mit der vorschriftsmäßigen Hupe.

4. SächsRpflA. 12 185 (Straff.). Zusammenstoß zwischen dem Leiter eines Kraftwagens und einem Radfahrer.

§ 25. RGJ. **42** 405. Ein noch nicht gekennzeichnetes Fahrzeug darf sich trotz fehlender Kennzeichnung auf öffentlichen Wegen und Plätzen mit eigener Kraft nur in dem Falle bewegen, wenn es nach Begutachtung durch den technischen Sachverständigen der höheren Verwaltungsbehörde zum Entscheid über die Zulassung vorgeführt werden soll; für diesen Fall ist als Ersatz für die fehlende Zulassungsbescheinigung und gleichzeitig als Ausweis für diese Fahrt die schriftliche Aufforderung der Polizeibehörde zur Vorführung des Fahrzeugs vorgesehen (§ 30 BRV.). Darüber aber, ob ein noch nicht zugelassenes Fahrzeug sich vor der technischen Begutachtung mit eigener Kraft bewegen und irgendwie gekennzeichnet werden darf, schweigt das Gesetz. Aus dem Schweigen ist in Verbindung mit dem im § 7 BRV. ausgesprochenen Grundsatz und der im § 30 das. zugelassenen Ausnahme zu entnehmen, daß ein Kraftfahrzeug, das noch der technischen Begutachtung harrt, sich weder mit eigener Kraft auf öffentlichen Wegen und Plätzen bewegen noch mit irgendeinem Kennzeichen versehen werden darf. Ein Fahrzeug, das erst technisch geprüft werden soll, muß durch fremde Kraft zur Prüfungsstelle geschafft werden oder es muß sich der Sachverständige an die Stätte begeben, an der sich das Kraftfahrzeug befindet. — In rechtswidriger Absicht (§ 25 KraftfahrzeugG.) handelt der Täter, wenn seinem Tun die Absicht zugrunde liegt, dem Fahrzeug in der Öffentlichkeit eine falsche Kennzeichnung zu verschaffen, ohne daß es auf den Zweck ankommt, den der Täter damit verfolgt.

Anhang.

Verordnung des Bundesrats über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Februar 1910.

Literatur: Tisch, Unübersichtliche Wege im Sinne des § 18 Abs. 3 der Verordnung des Bundesrats über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, BadRpflZ. **12** 106.

§ 4. Ziff. 4. DJZ. **12** 759 (Braunschweig). Unzulässige Signale sind strafbar (Fanfarentrompete).

§ 11. EisenbE. **29** 152, SächsRpflA. **12** 399 (Dresden). Schuldhafte Verletzung der Pflicht des Kraftwagenführers, das hintere Kennzeichen des Wagens gehörig zu beleuchten (§ 11 VO. vom 3. Februar 1910).

§ 16. SchlHolstAnz. **12** 348 (Kiel). Über die Verantwortlichkeit des Kraftwagenführers für die ordnungsmäßige Beleuchtung des Wagens.

§ 18. I. Abs. 1.

EisenbE. **28** 176 (Dresden). Das Beschmutzen von Fußgängern mit Straßenkot durch zu schnelles Fahren mit einem Kraftwagen enthält eine Verkehrsstörung (§ 18 Bek. des BR. vom 3. Februar 1910).

II. Abs. 2.

1. WürttJ. **24** 222 (Stuttgart, Straff.). Ein geschlossener Ortsteil bedeutet einen aus einer Anzahl von Wohngebäuden bestehenden Teil eines Ortes, der sich von anderen Orten oder Ortsteilen abschließt und für sich ein zusammenhängendes Ganze eines Wohnkomplexes bildet. Das Geschlossensein eines Ortsteils bietet nach dem mitzuberücksichtigenden Zwecke der Bestimmung im Gegensatze zu einem einzeln stehenden Gebäude oder Gehöft oder zur freien Ortsflur nach der Art des Zusammenliegens oder Zusammenhanges der Wohngebäude eine größere Gefahr der Beschädigung von Personen oder Sachen durch ein sehr schnell fahrendes Kraftfahrzeug, da das Geschlossensein die Übersichtlichkeit für den Führer des Fahrzeugs nur für den Verkehr zu erschweren geeignet ist und eine Gefährdung für die auf der Straße befindlichen oder für die sie betretenden Personen näher erscheinen

läßt als ein einsam liegendes Gebäude oder eine freie Ortsflur ohne zusammenhängende Gebäude. Dabei ist aber nicht ein unmittelbarer Zusammenhang der einzelnen Gebäude untereinander derart erforderlich, daß diese direkt aneinander anstoßen und wie bei sog. geschlossener Bauweise in einer Reihe fortlaufend ohne Unterbrechung stehen müßten.

2. SächsOLG. **33** 23, SächsRpflA. **12** 91 (Straff.). Geschlossener Ortsteil. Nicht erforderlich ist ein unmittelbarer Zusammenhang der einzelnen Gebäude untereinander. Es steht vielmehr der Annahme der Geschlossenheit nicht entgegen, wenn die einzelnen Gebäude durch Gärten und Wiesenstrecken von geringerer Ausdehnung unterbrochen sind (SächsAnn. **30** 13, 399, BayObLG. [Straff.] **8** 193, DJZ. **08** 253).

3. DJZ. **12** 1473 (KG.). Der Berliner Tiergarten ist im Sinne der BundesratsVO. als geschlossener Ortsteil anzusehen. Für den Begriff eines solchen ist ebenso wie für den einer geschlossenen Ortschaft der äußere Gesamtanblick entscheidend. Die Bebauung muß einen gewissen Zusammenhang zeigen und die Örtlichkeit sich erkennbar gegen die Umgebung abgrenzen, z. B. durch Anlegung von Bürgersteigen oder Beleuchtung.

III. Abs. 3.

1. Tisch wendet sich gegen BayObLG. (**8** 189 u. **9** 322). Es ist verfehlt, wenn das BayObLG. ausgeführt hat, daß die besondere Feststellung der Unübersichtlichkeit eines Weges nicht überflüssig sei; wenn der Führer bei der Straßenkreuzung nicht mit der durch § 17 Abs. 3 vorgeschriebenen Langsamkeit gefahren ist, so hat er sich strafbar gemacht, mag die Örtlichkeit übersichtlich oder unübersichtlich gewesen sein. — Ein Weg kann unübersichtlich sein wegen seiner Beschaffenheit, aber auch wegen starken Rauches, starken Hagels usw., insbesondere auch wegen eingetretener Dunkelheit und starken Nebels. — Vgl. weiteres 107 f.

2. **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **12** 332. Der Abs. 3 des § 18 BundesratsVO. ist nur eine Anwendung des an die Spitze des § 18 gestellten Satzes: Die Fahrgeschwindigkeit ist jederzeit so einzurichten, daß Unfälle und Verkehrsstörungen vermieden werden. Schon danach muß vorsichtig und langsam gefahren werden, wenn der Weg und seine für die Verkehrssicherheit in Betracht kommende Umgebung aus irgendwelchen Gründen vom Führer nicht in einer Weise übersehen werden kann, die es ihm ermöglicht, auch bei rascherem Fahren Unfälle und Verkehrsstörungen zu vermeiden. Der Abs. 3 führt noch Umstände an, die besonders geeignet sind, einen Weg unübersichtlich zu machen. Hierzu gehören Wegekreuzungen und Dunkelheit.

§ 19. 1. **RG.** (Straff.) GoltdA. **59** 322. Die Bestimmung im § 19 BundesratsVO. vom 3. Februar 1910, daß der Kraftwagenführer entgegenkommenden Personen rechtzeitig ein Warnungszeichen zu geben hat, bezieht sich nur auf solche Personen, welche auf der Fahrbahn selbst, nicht außerhalb dieser (des sog. Sommerweges auf Chausseen, Fußgängersteigen usw.) entgegenkommen.

2. WürttJ. **24** 322 (Stuttgart). Warnungszeichen sind nicht nur dann erforderlich, wenn dem Wagenführer sichtbare, vor ihm auf oder in der Nähe der Fahrbahn befindliche Menschen auf das Herannahen eines Kraftfahrzeugs aufmerksam zu machen sind (§ 19 Abs. 1 Halbs. 1 BundesratsVO. vom 3. Februar 1910), sondern nach Halbs. 2 daselbst gerade auch dann, wenn sich der Kraftwagen einer von seinem Führer nicht übersehenen (nicht übersehbaren) Örtlichkeit nähert und der Führer lediglich mit der Möglichkeit rechnen muß, daß aus dem Herannahen des Kraftwagens für etwa weiter vorn befindliche Menschen Gefahr entstehen könnte. Nicht richtig ist, daß Halbs. 2 den „langsam" oder „sehr langsam" fahrenden Führer eines Kraftfahrzeugs nicht zur Abgabe von Warnungszeichen verpflichte. Die Vorschrift, ebenso wie diejenige des Abs. 1, richtet sich vielmehr ohne Unterschied gegen

alle auf öffentlichen Wegen oder Plätzen verkehrenden Kraftfahrzeuge, gleichviel, ob sie mehr oder weniger langsam fahren.

3. **RG.** (Strafs.) BayRpflZ. **12** 332. Über die Frage, wie oft der Kraftwagenführer Warnungszeichen zu geben hat.

Reichsstempelgesetz.

Vom 15. Juli 1909.

Literatur: Brachvogel, Die Stempelsteuerpflicht bei Grundstücksübertragungen. Berlin 1912. — Bendixen, Aktienstempel bei komplexer Gegenleistung, HoldheimsMSchr. **12** 85 f. — Engelhard, Reichsstempelgesetz. Hannover 1912. — Greiff, Reichsstempelgesetz. Berlin 1912. — Jenner, Die Überlassungsverträge der Tarifst. 11 a, DNotV. **11** 365. — Loeck, Reichsstempelgesetz. Berlin 1912. — v. Lüder, Reichsgericht und Reichsstempelgesetz, Tarifst. 1 a und b, BankA. **11** 272 ff. — Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen unter besonderer Berücksichtigung des Stempelsteuerrechtes. München. — Mayer, L., Die Stempelpflicht der Bankquittungen, LeipzZ. **12** 258 f. — Örtel, Der Aktienurkundenstempel bei Bestimmung des Ausgabebetrags nach Tarifst. 1 a, HoldheimsMSchr. **12** 161 f. — Oppens, Die Stempelpflicht der vom Aktienzeichner übernommenen Stempel- und Gründungskosten, HoldheimsMSchr. **12** 253 ff. — Raape, Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrechte. Halle a. S. 1912. — Rudolph, Reichsstempel bei Zuwachserwerb zu Lehen, JW. **12** 63. — Weinbach, Reichsstempelgesetz, Berlin 1913. — Derselbe, Gehören bei der Versteuerung inländischer Aktien zu dem der Berechnung der Abgabe zugrunde zu legenden Ausgabebetrag auch der Betrag des Aktienstempels sowie die sonstigen Emissionskosten? HoldheimsMSchr. **12** 114 ff. — Derselbe, Fusion und Reichsstempel, HoldheimsMSchr. **12** 235 f. — Zimmermann und Ott, Die Grundwechselabgabe und Steuer vom gebundenen Grundbesitz (Fideikommißsteuer nach Tarifst. 11 und § 78 ff. RStG. mit den Ausführungsbestimmungen und den amtl. Auslegungsgrundsätzen des Bundesrats). Stuttgart 1912.

I. Aktien, Kuxe, Renten- und Schuldverschreibungen, Gewinnanteilscheine und Zinsbogen.

(§§ 1—11, Tarifst. 1—3 A).

§ 2. S. zu Tarifst. 1 c.

§ 5. RG. BankA. **11** 381. Einzahlungen vor dem 1. August 1909 auf Aktien einer erst nach diesem Tage eingetragenen Gesellschaft sind nach altem Satze zu versteuern (s. auch Tarifst. **1** a zu lit. g).

§ 6. RG. JW. **11** 190, BankA. **10** 205. Ist zur Deckung von Verlusten eine Kapitalherabsetzung und gleichzeitig zur Erlangung neuer Mittel eine Kapitalserhöhung bei einer Aktiengesellschaft notwendig, so hat tatsächlich eine Erhöhung des Grundkapitals stattgefunden. Es kann davon keine Rede sein, daß die Erhöhung durch die alten, bereits verstempelten Aktien beurkundet worden sei.

§§ 10, 16. RG. KGJ. **40** B 371 f. Angabe der stempelpflichtigen Einzelwerte durch einen von mehreren Ausstellern einer Urkunde. Hat ein Notar ein Rechtsgeschäft über mehrere, verschiedenen Steuersätzen unterliegende Gegenstände beurkundet, bei denen das Entgelt ohne Angabe der Einzelwerte ungetrennt in einer Summe vereinbart ist, so genügt es zur Wahrung der Frist der §§ 10, 16, wenn die Werte für die einzelnen Gegenstände dem Notar in dieser Frist auch nur von einem der Aussteller der Urkunde schriftlich angezeigt werden.

Tarifst. 1 a. Der Ausgabewert neuer Aktien. 1. Aus der Literatur. a) Die Stempelpflicht der vom Aktienzeichner übernommenen Unkosten. Weinbach, HoldheimsMSchr. **12** 114 ff. Bei der Versteuerung inländischer Aktien nach Tarifst. 1 a

gehört zu dem der Berechnung der Abgabe zugrunde zu legenden Ausgabebetrag der Betrag des Aktienstempels sowie der sonstigen Emissionskosten (Schlußnotenstempel, Gerichts-, Notar- und Börseneinführungsgebühren). Dies gilt auch dann, wenn die fraglichen Kosten von einem Konsortium übernommen werden. — AA. Oertel, HoldheimsMSchr. **12** 163 ff. Er kommt zu dem Ergebnisse, daß die vom Zeichner übernommenen Kosten, wie die Vereinbarung darüber auch lauten möge, in keinem Falle dem Ausgabebetrage zuzurechnen sind. Die Übernahme des Stempels ist keine Schuldübernahme, sondern nur ein Verzicht auf den sich aus einem Gesamtschuldverhältnis ergebenden Ausgleichungsanspruch. Es handelt sich also nicht um eine Leistung an die Gesellschaft, sondern nur um die Aufhebung einer dispositiven Gesetzesbestimmung! — Vgl. zu dieser Frage auch Oppens, HoldheimsMSchr. **12** 253, der die in Betracht kommenden Urteile des RG. bespricht und weiter die Vf. des Finanzministers vom 27. Juni 1912, abgedruckt in HoldheimsMSchr. **12** 201 ff. **b)** Über den Ausgabewert neuer Aktien bei einer Fusion vgl. Weinbach, HoldheimsMSchr. **12** 235 ff. **c)** von Lüder, BankA. **11** 272, legt unter Besprechung der Rechtsprechung des RG. (bes. **RG. 55** 43, **73** 185) dar, daß es vorteilhafter ist, wenn die ersten Erwerber der Aktien diese zu einem bestimmten Preis oder Wert und außerdem mit der Verpflichtung übernehmen, den tarifmäßigen Steuersatz zu zahlen, weil diese letztere Verpflichtung als nicht mit in den Betrag einbegriffen angesehen wird, zu dem die Aktien höher, als der Nennwert lautet, ausgegeben werden. **d)** Aktienstempel bei komplexer Gegenleistung. Bendixen, HoldheimsMSchr. **12** 85 ff. (auch zu Tarifst. 4 a). Haben sich die Erwerber junger Aktien verpflichtet, der Gesellschaft den Nennwert der Aktien zu zahlen und außerdem Genußscheine der Gesellschaft zur Vernichtung einzuliefern, so fallen die eingelieferten Genußscheine nicht unter den Begriff des Aufgelds, da sie einen Kapitalzuwachs nicht darstellen. Bei Berechnung des Aktienstempels kann deshalb der Kapitalwert der Genußscheine nicht in Betracht kommen, wohl aber bei der Berechnung des Anschaffungsstempels.

2. Rechtsprechung. **a) RG.** BankA. **10** 235, LeipzZ. **11** 220, JW. **11** 195. Der wirkliche Wert der neuen Aktien ist maßgebend. Die Feststellung ist im wesentlichen Tatfrage, der Kurswert der alten Aktien kann von Bedeutung sein. Vgl. hierzu **RG.** BankA. **12** 46, JDR. **11** zu Tarifst. 1 a. **b) RG.** LeipzZ. **13** 72. Es ist in der Rechtsprechung üblich geworden, den Ausgabebetrag der Aktien im Gegensatze zu dem geringeren Nennwert als den wirklichen inneren Wert der Aktien zu bezeichnen. Dieser Ausdruck kann aber mißverstanden werden. Nicht auf den wirklichen inneren Wert, den die Aktien, für sich betrachtet, in dem maßgebenden Zeitpunkt gehabt haben, kommt es an, sondern auf den Betrag, zu dem sie von der ausgebenden Gesellschaft dem ersten Erwerber überlassen werden. **c) RG.** BankA. **12** 46. Es ist nicht zu beanstanden, wenn für die Bestimmung des Wertes neuer Aktien der dem Anschaffungsstempel zugrunde gelegte Kurs nicht als maßgebend angesehen worden ist. **d)** Berücksichtigung der Gründungs- und Stempelkosten. **RG.** LeipzZ. **12** 920. Bei der Berechnung des Stempels ist dem Werte des Gegenstandes der für den Reichsstempel und die Gründungskosten in Ansatz gebrachte Teil des Preises hinzuzurechnen; vgl. hierzu die gleichlautende Entsch. **RG.** BankA. **12** 46. **e)** Wertberechnung gesperrter Aktien. **RG.** BankA. **11** 157. Für die Berechnung des Wertes der Aktien ist die freie Veräußerlichkeit oder deren Ausschluß nicht ohne Bedeutung. **f)** Berücksichtigung des Verzichts der Aktionäre auf ein Bezugsrecht. **RG. 76** 139, DNotV. **12** 513, BankA. **10** 368, JW. **11** 553. Es ist zu prüfen, ob aus dem gesamten Inhalte des Emissionsgeschäfts mit Sicherheit zu schließen ist, daß für die Bemessung der in der Hingabe der Aktien bestehenden

Leistung nicht schlechthin der Ausgabepreis, sondern ein größerer oder geringerer Mehrwert maßgebend gewesen ist. Für diese Prüfung bietet die Gegenleistung der Erwerber häufig den erforderlichen Anhalt. Verzichten die Aktionäre gegen Gewährung neuer Aktien auf ein ihnen satzungsgemäß zustehendes Bezugsrecht, so ist das ein von ihnen auf die Aktien gewährtes Entgelt. Dieser Umstand ist deshalb bei der Bestimmung des Wertes der Aktien zu berücksichtigen. g) Einzahlungen auf Aktien und Sacheinlagen vor der Eintragung der Aktiengesellschaft. **RG.** LeipzZ. **12** 699. Einzahlungen auf Aktien, die vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ausgegeben werden, fallen unter die Übergangsvorschrift des § 5 Abs. 1. Unter den Begriff der Einzahlungen hat man auch die Sacheinlagen zu rechnen.

Tarifst. 1 c. Stempelpflicht ausländischer Aktien. Begriff der Aushändigung im Sinne der Tarifst. 1 c. **RG. 75** 64, JW. **11** 230, BankA. **10** 368, DNotV. **11** 383. Werden ausländische Aktien im Inlande lediglich in Verwahrung gegeben, so liegt darin keine Aushändigung im Sinne dieser Vorschrift. Wird jedoch das Stimmrecht für hinterlegte ausländische Aktien einer inländischen Gesellschaft übertragen und ist auf das Recht verzichtet, die hinterlegten Aktien ohne Zustimmung dieser Gesellschaft zurückzunehmen, so ist eine Aushändigung der Aktien, die zur Zahlung des Stempels verpflichtet, vorhanden.

Tarifst. 1 d. Abs. 2. **a)** Über den Begriff der ausgeschriebenen Einzahlungen vgl. **RG. 74** 186. **b) RG.** BankA. **11** 382. Schreibt eine Gewerkschaft, die sämtliche Kuxe einer anderen Gewerkschaft in ihrer Hand vereinigt, eine Zubuße zur Erhaltung des Betriebs des der anderen Gewerkschaft gehörenden Bergwerks aus, so sind diese ausgeschriebenen Einzahlungen von der Steuerpflicht nicht befreit. **c)** Begriff der Ausschreibung. Welcher Zeitpunkt ist für die Anwendung der neuen Stempelvorschriften maßgebend? **RG.** LeipzZ. **12** 548, JW. **12** 761. Die Ausschreibung der Zubußen ist nicht gleichbedeutend mit ihrer Beschließung. Unter der Ausschreibung muß man die Einforderung der beschlossenen Beträge, die Aufforderung zu ihrer Zahlung in oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkte verstehen. Freilich kann im einzelnen Falle die Ausschreibung mit der Beschließung der Beiträge verbunden sein. Maßgebend für die Anwendung des neuen StempG. ist der Zeitpunkt der Ausschreibung.

Tarifst. 2 a. Begriff und Erfordernisse der Schuldverschreibungen. **RG.** BankA. **11** 172. Für den Handelsverkehr bestimmte Schuldverschreibungen müssen nach Form und Inhalt geeignet sein, als Gegenstand des Handels zu dienen. Sind Schuldverschreibungen nur durch schriftliche Abtretung und durch Eintragung in ein Kontrollbuch der Anleiheschuldnerin übertragbar, kann die Zahlung an den Inhaber bei Einspruch des Darlehnsgebers vom Schuldner verweigert werden und muß der Inhaber Einwendungen aus der Person seines Vormanns gegen sich gelten lassen, so sind die Schuldverschreibungen nicht für den Handelsverkehr geeignet.

Tarifst. 3 A. Talonsteuer. **RG.** JW. **12** 91, BankA. **11** 78. Die Stempelabgabe bei neuen Zinsscheinen zu Pfandbriefen ist von dem Ausgeber der Zinsbogen, nicht von dem Inhaber der Pfandbriefe zu tragen. Die Verpflichtung des Ausstellers ergibt sich aus der Besteuerungsform.

II. Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte.
(§§ 12—27, Tarifst. 4.)

Über Berechnung des Anschaffungsstempels bei komplexer Gegenleistung s. Bendixen, HoldheimsMSchr. **12** 85 ff.

§ 12. Abs. 3. Zum Begriffe der im Auslande geschlossenen Geschäfte. RG. BankA. 10 174. Bei dem Geschäftsschlusse zwischen einer inländischen und ausländischen Firma kann das Geschäft dann nicht als im Ausland abgeschlossen gelten, wenn die ausländische Firma ihrem inländischen Agenten telegraphisch die Annahme des Geschäfts erklärt und dieser die Annahmeerklärung im Inlande telegraphisch an die inländische Firma weitergibt.

§ 17. Abs. 3. Vgl. Tarifst. 4 a Ermäßigungsvorschriften 4.

Tarifst. 4 a. **RG.** BankA. **11** 30. Eine Bank hat von der ausgebenden Gesellschaft junge Aktien zum Kurse von 100 pCt. mit der Verpflichtung übernommen, die erste Einzahlung von 25 pCt. in bar zu leisten und die Aktien zum Kurse von 150 pCt. den alten Aktionären anzubieten. Über die Verwendung des Agios war besondere Bestimmung getroffen worden. Fordert nun die Gesellschaft ihre Aktionäre im Auftrage der Bank zum Bezuge der Aktien in bestimmter Frist auf und schreibt sie hierbei vor, daß bei Ausübung des Bezugsrechts 25 pCt. des Nennwerts und das Agio mit 50 pCt., die weiteren 75 pCt. aber in späteren Terminen zu zahlen seien, so ist neben dem ersten Erwerbe der Aktien durch die Bank in der Ausübung des Bezugsrechts ein neues Anschaffungsgeschäft zwischen der Bank und dem betreffenden Aktionär enthalten, das nach dem Kurse von 150 pCt. zu versteuern ist.

Tarifst. 4 a. Ziff. 2 und Abs. 2. **a)** Umsatzstempel bei Aushändigung von Kuxscheinen an die Gründer einer Gewerkschaft. **RG. 76** 65 ff., DNotV. **12** 514, JW. **11** 454, BankA. **10** 368. Unter die Ausreichung von Wertpapieren an den ersten Erwerber fällt die Aushändigung von Kuxscheinen an die Gründer. Diese erfolgt auf Grund des Vertrags über die Errichtung der Gewerkschaft; aus dem Vertrag ergibt sich der Anspruch auf Aushändigung. Im übrigen stellt sich auch der Kuxenerwerb durch die Gründer als Anschaffungsgeschäft dar. **b)** Vgl. **RG. 78** 169, JW. **12** 311, über den Wert zugeteilter Anteile von Kolonialgesellschaften. Der von den Zeichnern zu entrichtende Reichsstempel (3 pCt.) und 1 pCt. Gründungskosten sind ein Teil des Lieferungspreises.

Tarifst. 4 a. Ermäßigungsvorschriften. Abs. 4. § 17 Abs. 3. Erfordernisse der Versteuerung von Schlußnoten bei Kostgeschäften. **RG. 76** 335, DNotV. **12** 515, BankA. **11** 12, JW. **11** 725. Die den Kostgeschäften gewährte Vergünstigung ist davon abhängig, daß die Schlußnoten mit dem Vermerke Kostgeschäft versehen sind und daß der Inhalt der Schlußnote erkennen läßt, daß sie sowohl das Kauf- wie das Rückkaufgeschäft umfasse. A. A. BankA. **10** 189 (Colmar).

III. Spiel und Wette.
(§§ 28—36, Tarifst. 5.)

§ 28. Tarifst. 5. Zum Begriffe der Lose öffentlicher Lotterien und der Lotterieveranstaltung. **RG. 77** 342, JW. **12** 90. **a)** Jede Urkunde, die der Veranstalter der Lotterie inhalts des Spielplans als Legitimation für die Erhebung des Gewinns ausgibt und anerkennt, trägt den Charakter eines Loses, mag ihr sonstiger Inhalt lauten wie er will. **b)** Die Veranstaltung einer Lotterie liegt auch dann vor, wenn den einzelnen Lotterieverträgen zum Zwecke der Verschleierung der Natur des Unternehmens eine Form gegeben ist, nach der lediglich die Übertragung des Eigentums an Losen in Frage steht.

IV. Frachturkunden.
(§§ 37—45, Tarifst. 6.)

Tarifst. 6 d. Auslegung des Begriffs Frachtbriefe. **RG.** DJZ. **12** 1243. Eine Urkunde, die nicht vom Absender ausgestellt ist und erst im

Zusammenhange mit anderen Urkunden als Beweismittel für die Erteilung eines Beförderungsauftrags dienen kann, ist kein Frachtbrief. Der objektive Inhalt der Urkunde muß so sein, daß sie als Frachtbrief vom Verkehr angesehen wird. Deshalb sind keine Frachturkunden: Ankunftsbenachrichtigungen an die Adressaten, ausgestellt von einer Straßenbahn AG., die die Güter für die Adressaten bei der Reichseisenbahn in Empfang nimmt. Wiegescheine, ausgestellt von der Straßenbahn-AG. für jeden Eisenbahntransport und Empfänger von Waren. Zusammenstellung von der Gesamtheit der Trambahntransporte aus einer Schiffsladung für jeden Adressaten. Anträge der Straßenbahn-AG. an die Güterabfertigung auf Umstellung von Wagenladungen von einer Ladestelle zur anderen. — Die von einem Kohlenverkäufer ausgestellten Mitteilungen über Lieferung von Kohlen, die von dem Frachtführer an die Käufer weiter befördert werden, sind dagegen stempelpflichtige Frachturkunden. Sie sind Begleitpapiere der Sendung.

V. Personenfahrkarten.
(§§ 46—55, Tarifst. 7.)

Tarifst. 7 b. **a)** Scheine für Hafenrundfahrten. **RG. 76** 253, DNotV. **12** 516. Personenfahrkarten im Dampfschiffsverkehr auf Hafenrundfahrten sind auch dann stempelpflichtig, wenn die beförderten Personen gleichzeitig den Anspruch auf Führung und Erklärung der Sehenswürdigkeiten während der Fahrt erwerben. **b)** Fahrpreis einschließlich Brückengeld. **RG. 77** 40, DNotV. **12** 517, JW. **11** 826. Beträgt der Preis einer Dampfschiffahrkarte einschließlich Brückengeld 0,60 M. oder mehr, so ist der volle angegebene Betrag als Fahrpreis anzusehen, der Fahrkartenstempel ist deshalb zu entrichten. **c)** **RG.** JW. **11** 600, EisenbE. **28** 113, EisenbA. **12** 263. Der Preis einer Fahrkarte, der nach dem Wortlaute der Karte zum Teil als Entgelt für eine während der Fahrt stattfindende Erläuterung durch einen Führer zu entrichten ist, ist auch in Ansehung dieses Teiles als Fahrpreis anzusehen. Der Hauptzweck solcher Karten bleibt die Beförderung der Fahrgäste an die zu besichtigenden Stellen. Hinter dieser Darbietung tritt die Bedeutung der während der Fahrt gewährten Führung und Erklärung zurück.

§§ 53, 56. Tarifst. 8. RG. JW. **12** 155, EisenbE. **28** 357. Als ein der Personenbeförderung dienendes Fahrzeug ist nicht nur ein solches anzusehen, das regelmäßig nach der ihm vom Besitzer verliehenen Bestimmung Personen befördert. Das Fahrzeug dient dem bezeichneten Zwecke vielmehr auch dann, wenn es für ihn nur im Einzelfalle oder in Einzelfällen — Verwendung eines Lastkraftwagens zu Sonntagsausflügen — benutzt wird.

VI. Erlaubniskarten für Kraftfahrzeuge.
(§§ 56—65, Tarifst. 8.)

§ 56. Begriff der Probefahrt. **a) RG.** EisenbE. **27** 435. Probefahrten können nur mit solchen Kraftwagen ausgeführt werden, die zum Verkaufe gestellt sind. **b) RG.** R. **12** Nr. 1992. Eine Probefahrt im Sinne des Gesetzes liegt nicht vor, wenn der Hauptzweck des Fahrens das Aufsuchen von Bestellungen, das Anpreisen eines neuen Wagentyps oder die Erteilung von Fahrunterricht nach Darlegung der Gebrauchsfähigkeit des Wagens war. **c) RG.** (Strafs.) **46** 95. Werden von dem Käufer eines Kraftwagens Fahrten ausgeführt zur Feststellung, ob das Fahrzeug als gebrauchsfähig der Polizeibehörde zur Prüfung vorgeführt werden kann, so sind dies keine Probefahrten im Sinne des Gesetzes. **d) RG. 77** 433, DNotV. **12** 518, JW. **12** 155. Der außergewöhnliche, nur gelegentliche Gebrauch eines Lastautomobils zur Personenbeförderung erzeugt die Stempelpflicht. **e)** Über die Voraussetzungen, unter denen ein zur Beförderung von Personen benutzter

Lastkraftwagen der Steuerpflicht unterliegt, vgl. ferner HoldheimsMSchr. 12 185 (Naumburg). f) **RG.** (Straff.) **45** 161. Die gelegentliche Benutzung eines Lastkraftfahrzeuges zu einer Personenbeförderung stellt keine Ingebrauchnahme im Sinne des § 56 RStG. dar, wenn Zweck der Fahrt ausschließlich die Güterbeförderung war und wenn nach diesem Zwecke die Durchführung der Fahrt gestaltet wurde.

§ 64. RG. (Straff.) **44** 122. Bei Verurteilung zur Hinterziehungsstrafe ist der Nachweis eines Verschuldens des Steuerpflichtigen nicht erforderlich.

§ 65. Unzulässigkeit der Erhebung von Landesstempel. **RG. 78** 322, JW. **12** 410. Die Bundesstaaten dürfen, sofern für ein Kraftfahrzeug eine dem Reichsstempel unterworfene Erlaubniskarte zu lösen ist, nicht noch eine weitere Landesabgabe fordern, die nicht wesentlich von dem Reichsstempel verschieden ist. Dem steht § 65 Abs. 2 entgegen.

Tarifst. 8. S. zu § 56.

Tarifst. 8 a. RG. 76 15 ff., DNotV. **12** 518. Merkmale des Unterschieds zwischen Kraftrad und Kraftwagen. Kraftrad mit Vorsteckwagen.

Tarifst. 8. Befreiungsvorschrift 2. Über den Begriff der gewerbsmäßigen Personenbeförderung vgl. **RG.** (Straff.) **43** 289.

VIII. Schecks.
(§§ 70—77, Tarifst. 10.)

Stempelplicht der Bankquittungen. Mayer, LeipzZ. **12** 258 ff., stellt folgende Grundsätze auf: Verhält sich die Quittung über einen in laufendem Kontokorrent-, Depositen- oder Scheckverkehr abgehobenen Betrag, zu dessen Auszahlung die Bank verpflichtet ist, so liegt eine scheckähnliche, stempelpflichtige Quittung über ein abgehobenes Bankguthaben vor, auch wenn der Geschäftsverkehr zwischen Bank und Gläubiger mit der einen Abhebung sein Ende erreicht. Zahlt die Bank ohne ein vereinbartes Scheck- oder Kontokorrentverhältnis lediglich zur Tilgung einer anderweit begründeten Verbindlichkeit, so liegt keine Abhebung eines Guthabens im scheckrechtlichen und daher auch nicht im stempelrechtlichen Sinne vor, und die ausgestellte Quittung ist nicht stempelpflichtig, auch wenn die Tilgung der Schuld in Teilbeträgen erfolgt. — Zahlt die Bank zwar in laufendem Kontokorrentverkehr, ohne aber zur Zahlung verpflichtet zu sein, so fehlt es an jeglichem Guthaben, und die ausgestellte Quittung ist nicht stempelpflichtig.

Tarifst. 10. Abs. 2. Schreiben als Bankquittungen. **RG.** BankA. **11** 279, JW. **12** 699. Aus dieser Vorschrift läßt sich nicht entnehmen, daß nur solche Quittungen dem Reichsstempel unterworfen sein sollten, die zur Umgehung des Scheckstempels verwendet werden können, also einen gleichwertigen Ersatz des Schecks darstellen. Auch das Schreiben, durch das ein Kunde seiner Bank bestätigt, einen von dieser durch Postanweisung übermittelten Geldbetrag erhalten zu haben, unterliegt dem Scheckstempel.

IX. Grundstücksübertragungen.
(§§ 78—90, Tarifst. 11.)

§ 78. RG. ZBlFG. **13** 220. Eine vor dem 1. August 1909 erfolgte Auflassung unterliegt dem Auflassungsstempel auch dann nicht, wenn die Eintragung in das Grundbuch erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes stattgefunden hat.

§ 84. Rudolph, Reichsstempel zu Zuwachserwerb zu Lehen, JW. **12** 63. Der preuß. Finanzminister hat sich mit Schreiben vom 13. August 1910 auf den Standpunkt gestellt, daß die Befreiung des § 84 nicht allein für das Privatvermögen des Landesherrn zu gelten hat, sondern auch für das landesherrliche Fideikommißvermögen (Haus- oder Kronvermögen). Nach Rudolph soll aber das unter die Stempel-

freiheit zu rechnende Haus- oder Kronvermögen dahin beschränkt werden, daß darunter nur solches Vermögen zu verstehen ist, dessen Genuß dem jeweiligen Träger der Krone zusteht.

§ 87. Abs. 1, **§ 88.** Abs. 4. **Tarifst. 11. RG.** GoltdA. **59** 345 f. Der gemeine Wert eines Grundstücks nach § 87 Abs. 1 ist für die Stempelberechnung nur maßgebend, soweit er gleich hoch oder höher ist als der Wert der verabredeten Gegenleistungen.

Tarifst. 11. Bf. des Reichsschatzamts vom 8. August 1911 über die Berechnung des Grundstückspreises mit Rücksicht auf das auf dem Grundstücke betriebene Geschäft. Besteht zwischen dem Grundstück und dem auf ihm betriebenen Geschäft oder dem Geschäfte nebst Kundschaft ein derartig enger wirtschaftlicher Zusammenhang, daß das Geschäft oder das Geschäft nebst Kundschaft von dem am Vertrag Beteiligten als werterhöhende Eigenschaften des Grundstücks gedacht sind, so muß auch das für das Geschäft bedungene Einzelentgelt als Vergütung für die Grundstücksüberlassung angesehen und mit der Grundwechselabgabe belegt werden. Wann ein solcher Zusammenhang anzunehmen ist, hängt von den Umständen ab.

§ 78. Tarifst. 11 a, b, c. RG. LeipzZ. **13** 72. Durch diese Vorschriften soll nicht das dingliche Erfüllungsgeschäft, sondern das auf den Grundstücksumsatz gerichtete Grund- (Kausal-) geschäft besteuert werden.

Tarifst. 11 a. Veräußerung zwecks Vermeidung der Enteignung. **RG.** KommunaleRundsch. **5** 166. Erfolgt eine freiwillige Veräußerung nur, um das Enteignungsverfahren nach Maßgabe des Fluchtliniengesetzes zu vermeiden, so ist sie nicht stempelfrei.

Tarifst. 11 a. Befreiungsvorschrift. Ziff. 2. Reichsstempel für Überlassungsverträge. **a)** Jenner, DNotV. **11** 365, führt aus, daß auch Stadtgrundstücke den Gegenstand von Überlassungsverträgen bilden können. Die Überlassungsverträge brauchen ferner nicht notwendig die Grundstücke in ihrer wirtschaftlichen Einheit und Gesamtheit zu erfassen, sondern können sich auf Grundstücksteile beschränken, die sie aus dem bisherigen wirtschaftlichen Verbande loslösen. **b)** Schreiben des Reichskanzlers vom 2. Mai 1911 an die Bundesregierungen. DNotV. **11** 573. Er steht auf dem Standpunkte, daß die Befreiungsvorschrift auf alle Verträge zu erstrecken ist, die die Übertragung von Grundstücken von den Eltern an die Kinder, auch eingekindschaftete oder deren Abkömmlinge betreffen. **c)** Kaufverträge und Überlassungsverträge. KGJ. **40** B 366. Ein Überlassungsvertrag im Sinne der obigen Bestimmung kann nur angenommen werden, wenn dadurch nach der Absicht der Beteiligten hinsichtlich des ganzen oder eines Teiles des Vermögens des Überlassers ein Zustand herbeigeführt wird, der sonst erst nach seinem Tode im Wege der Erbfolge eintreten würde. Es muß also eine — wenn auch nur teilweise — Erbabfindung beabsichtigt sein. Dazu ist wesentlich, daß der Übertragende von dem Übernehmer nicht den üblichen Verkehrspreis erhält, sondern daß der Annahmepreis hinter dem wirklichen Werte zurückbleibt. Bilden dagegen die von dem Deszendenten vertraglich übernommenen Verpflichtungen die verkehrsübliche Gegenleistung für das überlassene Gut, so verliert der Vertrag den Charakter als Überlassungsvertrag und geht in einen Kaufvertrag über. Ein solcher Kaufvertrag ist von dem Reichsstempel nicht befreit.

Tarifst. 11 a. Befreiungsvorschrift 3.

Tarifst. 11 d. Befreiungsvorschrift. **a)** Der Zuschlagsbeschluß als Gegenstand der Versteuerung. Der Erwerber durch Abtretung aus dem Meistgebote kann nicht die persönlichen Verhältnisse seines Vormannes für sich geltend machen. **RG. 76** 350. Die Stempelpflicht ruht nicht auf der Abgabe des

Meistgebots, sondern entsteht erst mit dem Zuschlag. Nicht der Meistbietende ist als Erwerber des versteuerten Grundstücks im Sinne der Schlußbestimmung der Tarifst. 11 anzusehen, sondern derjenige, dem die Rechte aus dem Meistgebot abgetreten sind und dem der Zuschlag erteilt ist. Nur auf dessen persönliche Verhältnisse kommt es an. Er kann nicht die Ansprüche seines Vormanns auf Steuerbefreiung geltend machen. **b)** R. 12 Nr. 1094 (Düsseldorf). Nur die erste Abtretung durch den meistbietenden Gläubiger ist steuerfrei, nicht auch die weitere Abtretung seitens des Zessionars an einen Dritten.

Tarifst. 11 b. RG. LeipzZ. 13 73. Verträge über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften sind als Verträge anzusehen, die das Einbringen in eine Aktiengesellschaft zum Gegenstande haben.

Tarifst. 11 c d. Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen unter besonderer Berücksichtigung des Stempelsteuerrechts. Systematische Zusammenstellung der Anwendungsfälle des Reichs- und des Preußischen Landes- und Kommunalstempelsteuerrechts auf a) das Einbringen von Grundstücken zum Gesellschaftsvermögen durch einen Gesellschafter oder durch Miteigentümer in eine aus ihnen und dritten bestehende Gesellschaft, b) das Einbringen eines sämtlichen Gesellschaftern bruchteilsgemeinsamen Grundstücks, c) das Übergehen von Grundstücken an andere zwischen denselben Personen bestehende Gesamtgemeinschaften, d) Veräußerung durch die Gesellschaft an einzelne Gesellschafter oder alle zum Miteigentum, e) Eintritt eines neuen Gesellschafters, f) Austritt eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft, g) Ausscheiden eines vorletzten Gesellschafters, in der Tabelle nach Seite 110 und den dort angegebenen Textstellen.

Tarifst. 11 d. RG. JMBl. 12 343. Die Bestimmung ist auch dann anwendbar, wenn eine Aktiengesellschaft als Aktionärin einer anderen deren Vermögen gemäß §§ 305, 306 HGB. als Gesamtrechtsnachfolgerin erworben hat und nunmehr die Buchung des eingetretenen Erwerbes auf den Blättern des zu jenem Vermögen gehörenden Grundstücks beantragt. Die Erhebung des Reichsstempels wird auch nicht durch Vorlegung des vor dem Inkrafttreten des RStG. vom 15. Juli 1909 geschlossenen Fusionsvertrags erübrigt.

Tarifst. 11 d. Abs. 4 Ziff. 2. Begriff des Bevollmächtigten im Sinne dieser Vorschrift. Auszug aus der Vf. des Justizministers vom 8. Januar 1912, JMBl. 12 161. Nach dem Inhalte der Urkunde waren die Vollmachtgeber verpflichtet, die Grundstücke an die von den Bevollmächtigten genannten Personen oder an diese selbst aufzulassen, und die Vollmachtnehmer waren verpflichtet, die Auflassung der Grundstücke für ihre Person entgegenzunehmen, falls sich sonstige Käufer nicht fanden. Hierin liegt ein Vollmachtskaufvertrag, der wie ein bedingter Kaufvertrag zu versteuern ist. Daher war gemäß Tarifst. 32 LStemp. G. Kaufstempel und gemäß Tarifst. 11 a RStempG. eine Reichsstempelabgabe zu erheben. Die Voraussetzungen zur Anwendung der Tarifst. 8 Abs. 4 Ziff. 3 LStempG. und der Tarifst. 11 d Abs. 4 Ziff. 2 RStempG. sind in einem solchen Falle nicht gegeben. Als Bevollmächtigter im Sinne der angegebenen Vorschriften gilt nur der, der lediglich Vollmachtnehmer, nicht aber auch zugleich — wenn nur bedingter — Käufer ist.

Tarifst. 11 d. Abs. 4 Ziff. 3. a) **RG.** DJZ. 11 1503. Über den Reichsstempel eines in eine Handelsgesellschaft eingebrachten Grundstücks, insbesondere wenn der Vertrag vor dem Inkrafttreten des RStempG. geschlossen war. **b) RG.** JMBl. 12 345. Die Vorlegung eines vor dem Inkrafttreten des RStempG. vom 15. Juli 1909 verlautbarten Fusionsvertrags schließt die Erhebung der Grundwechselabgabe nicht aus.

Tarifst. 11 d. Befreiungsvorschrift am Ende. **a)** Nichtanwendbarkeit bei dem Erwerbe von juristischen Personen. **RG. 77 93. b)** Über

Auslegung der Befreiungsvorschrift am Schlusse der Tarifn. 11 vgl. Vf. des Reichsschatzamts vom 21. Juli 1910 DNotV. **11** 350. **c)** R. **11** Nr. 416 (Jena). Beträgt das Einkommen einer Ehefrau unter 2000 M., ist aber das Einkommen ihres Mannes höher, so kann die Befreiungsvorschrift am Schlusse der Tarifst. 11 nicht zugunsten der Frau angewandt werden. **d)** Zum Begriffe des bebauten Grundstücks im Sinne dieser Vorschrift. **RG. 78** 291, JMBl. **12** 338, JW. **12** 362. Für die Anwendung dieser Befreiungsvorschrift reicht es zur Annahme eines ländlich bebauten Grundstücks regelmäßig aus, wenn auf der erworbenen Gesamtfläche sich Gebäude befinden, die deren wirtschaftlichen Mittelpunkt zu bilden geeignet sind, wenn sie ihn bisher auch nicht gebildet haben sollten.

X. Allgemeine Bestimmungen.
(§§ 91—96.)

§ 94. a) Passivlegitimation für Klagen auf Rückzahlung. **RG. 76** 15 f., DNotV. **12** 519. Die Klage auf Rückzahlung einer zu Unrecht erhobenen Reichsstempelabgabe ist nicht gegen den Reichsfiskus, sondern gegen den Fiskus des Bundesstaates, der die Abgabe zu erheben hatte und erhoben hat, zu richten. **b)** Begriff der Beitreibung. **RG.** DNotV. **12** 520. Beitreibung im Sinne des § 94 liegt schon vor, wenn die zuständige Steuerbehörde um Beitreibung ersucht ist und der in Anspruch Genommene in Kenntnis dieses Ersuchens zahlt. **c)** Was gehört zum ordnungsmäßigen Vorbehalte? **RG.** JMBl. **12** 350, R. **12** Nr. 1561. Der aus Anlaß der Zahlung von Stempelabgaben erklärte Vorbehalt braucht, um mit der im § 94 vorgesehenen Wirkung ausgestattet zu sein, nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Er kann ferner schon vor der Zahlung erklärt werden. Schließlich braucht er nicht gerade gegenüber derjenigen Person abgegeben zu werden, die die Zahlung für den Gläubiger in Empfang nimmt. Wesentlich ist nur, daß der Gläubiger, dem bei Forderungen des Fiskus der zur Entgegennahme von Widersprüchen berufene Beamte gleichsteht, zur Zeit der Zahlung weiß, daß ein schon vorher erhobener Widerspruch aufrecht erhalten wird.

§ 95. a) Dauerdelikt oder Kommissivdelikt? **RG.** (Straff.) **43** 130. § 95 stellt kein Dauerdelikt unter Strafe. Jede Zuwiderhandlung gegen § 56 ist ein reines Kommissivdelikt; sie erfüllt an sich den Tatbestand, gleichviel ob ihr schon eine andere voranging oder nachfolgte. Ob die einzelnen Zuwiderhandlungen selbständige Handlungen darstellen oder ob eine fortgesetzte Tat vorliegt, ist im einzelnen Falle zu prüfen. **b)** Gehört zur Anwendung des § 95 Verschulden? **RG.** (Straff.) **43** 394. Ist eine Zuwiderhandlung gegen § 56 Abs. 1 ohne die Absicht der Steuerhinterziehung begangen, so kann auf die im § 95 Abs. 2 festgesetzte Ordnungsstrafe auch ohne Vorliegen eines Verschuldens des Täters erkannt werden, es sei denn, daß ein reiner Zufall vorliegt.

§ 96. **RG.** (Straff.) **44** 122. Die Vergünstigung dieses Paragraphen kommt auch den Geschäftsführern einer GmbH. zu.

§ 97. Verjährung. **RG.** (Straff.) **43** 122. a) Die Vorschriften über Verjährung im § 23 WStemG. gelten auch für Zuwiderhandlungen gegen das RStempG., die schon vor dem Inkrafttreten des WStempG. begangen sind, aber erst nach dessen Inkrafttreten zur Aburteilung gelangen, da sie das mildere Gesetz darstellen. **b)** Hinsichtlich der Verjährung von Zuwiderhandlungen gegen das RStempG. hat nicht nur Abs. 1, sondern auch Abs. 2 des § 23 WStempG. sinngemäße Anwendung zu finden. Eine sinngemäße Anwendung ist auch praktisch sehr wohl möglich (wird näher ausgeführt).

Wechselstempelgesetz.

Vom 15. Juli 1909.

§ 27. a) Voraussetzungen der Stempelpflicht. MecklZ. **29** 375 (Rostock). Zur Stempelpflichtigkeit kommt es auf den Inhalt der Urkunde und nicht lediglich auf die äußere Gestaltung an. Stempelpflichtig ist daher eine Urkunde, die nach bürgerlichem Rechte oder Landesrecht sich als indossabler Verpflichtungsschein oder als indossable Zahlungsanweisung darstellt, auf den Inhaber lautet, oder auf Grund deren die Zahlung an jeden Inhaber bewirkt werden kann. **b)** Rechtliche Bedeutung des Reiseschecks (Traveller Cheques). **RG.** LeipzZ. **12** 854, R. **12** Nr. 1974. Ein Reisescheck, bei dem eine ausländische Bank an gewissen Stellen an den in dem Scheck genannten Berechtigten oder dessen Ordre eine bestimmte Summe zu zahlen verspricht, ist kein Scheck im Sinne des Scheckgesetzes, sondern ein an Ordre lautendes Zahlungsversprechen. Kommen für den Reisescheck deutsche Zahlstellen in Betracht, so ist er der Wechselstempelsteuer unterworfen, auch wenn er im Ausland ausgestellt ist. Vgl. BankA. **11** 249 (Hamburg).

Reichserbschaftssteuergesetz.

Vom 3. Juni 1906.

Literatur: Mirre, Das gemeinschaftliche Testament und die Erbschaftssteuer, DNotV. **12** 281 ff. — Schott, Die Erbschaftssteuer der Frauen und Kinder und unser bürgerliches Recht, Leipzig 1912. — Vonschott, Die Erbschaftssteuer im Konkurse, LeipzZ. **11** 666, 755 ff. — Wäntig, Verzicht auf den Pflichtteil und Schenkungssteuer, DNotV. **12** 225 ff. — Zimmermann, Reichserbschaftssteuergesetz.

Allgemeines. a) Mirre, DNotV. **12** 281 ff., behandelt ausführlich, welche Erbschaftssteuer zu zahlen ist, wenn bei einem gemeinschaftlichen Testamente der Schlußerbe als Erbe des Letztlebenden (§ 2269 BGB.) oder als Nacherbe anzusehen ist, berücksichtigt auch die Behandlung der Vermächtnisse und Abfindung der Nacherben. **b)** Vonschott, LeipzZ. **11** 666 ff., 755, erörtert unter Hinblick auf § 61 Ziff. 2 KO. die Voraussetzungen, unter denen der Erbschaftssteuer ein Vorrecht im Konkurse zusteht. 1. Der Erbschaftssteueranspruch entsteht mit dem Erbanfall, unbeschadet des Ausschlagungsrechts des Steuerpflichtigen. Die Fälligkeit der Steuer tritt aber erst entweder mit Ablauf der Frist des Steuerbescheids oder mit dem Ende der gewährten Stundung ein. Liegt der betreffende Zeitpunkt im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung oder nach ihr, so ist die Erbschaftssteuer bevorrechtigt. Sind Ratenzahlungen gewährt und einzelne Raten im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung zu zahlen, so genießen diese das Vorrecht des § 61 Ziff. 2. 2. Auch eine vor der Konkurseröffnung entstandene, aber noch nicht fällige Erbschaftssteuer gilt gemäß § 65 KO. als fällig und ist bevorrechtigt, allerdings unter Minderung des Zwischenzinses. Ob bei der Konkurseröffnung der Erbschaftssteuerbescheid erteilt war, ist dabei gleichgültig. 3. Für den Nachlaßkonkurs kommt eine Erbschaftssteuer dann in Frage, wenn die Überschuldung des Nachlasses erst nach dem Erbanfall eintritt.

§§ 1—4. Gegenstand der Erbschaftssteuer. a) **RG. 75** 132, JW. **11** 337, DNotV. **12** 505. Verspricht der Schenker, die Schenkungssteuer zu zahlen, so liegt darin eine schenkungsweise Zuwendung in Höhe der Steuer. **b)** Erbschaftssteuer von dem Pflichtteile. **RG. 77** 238, JW. **11** 1017, DNotV. **12** 504. Die Erbschaftssteuer von dem Pflichtteilsanspruch ist auch dann zu entrichten, wenn der Pflichtteilsberechtigte den Anspruch nicht geltend macht.

§§ 6—9. Räumliche Herrschaft. a) Berechnung der Steuer nach Verhältnis der Massen. **RG. 75** 409 ff., JW. **11** 465, DNotV. **12** 506. Geldvermächtnisse, die im Testament eines im Auslande verstorbenen Ausländers deutschen, innerhalb des Deutschen Reiches wohnenden Vermächtnisnehmern zugewendet sind, dürfen nicht ausschließlich auf die Auslandsmasse des Nachlasses verrechnet werden. Der Erwerb der Vermächtnisnehmer hat vielmehr nach Verhältnis der Inlandmasse zur Gesamtmasse des Nachlasses als aus inländischen Vermögen herrührend zu gelten. **b) RG. 78** 159, JW. **12** 257. Es erscheint nicht angängig, bei der Anwendung des Abs. 1 des § 10 als Gegenstand der Steuer nur die nach § 6 Abs. 1 steuerpflichtige Masse anzusehen, bei Anwendung des Abs. 2 des § 10 aber den gesamten erbschaftlichen Erwerb einschließlich derjenigen Vermögensteile, die nach § 6 Abs. 1 der Besteuerung entzogen sein sollten. Daher ist bei einem ausländischen Erblasser für die Bemessung des Steuersatzes nur der Wert des von Todeswegen erworbenen Vermögens, das sich im Inlande befindet, in Rechnung zu ziehen.

§ 12. 1. Abs. 1 Ziff. 1, 3. (Vgl. §§ 31, 55, 56.) Besteuerung sog. unselbständiger Stiftungen. **a) RG. 75** 383, DNotV. **12** 509. Vermächtnis an ein kirchliches Institut — bischöflichen Stuhl — mit der Auflage, es zu einem kirchlichen, nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkten Zweck (Bonifatiusverein) zu verwenden, ist als unselbständige Stiftung nach § 12 Abs. 1 Nr. 3, dagegen nicht nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 zu versteuern. Steuerträgerin ist die Zuwendung als Stiftung, die zwar keine Rechtspersönlichkeit ist, aber als solche angesehen wird. Haftbar für die Steuer ist der mit der Auflage Beschwerte. **b) RG.** R. **12** Nr. 2597. Wird einer Kirchengemeinde ein Kapital zugewandt mit der Auflage, die Zinsen zur Förderung der Werke christlicher Liebestätigkeit zu verwenden, wobei der Schenker einzelne diesem Zwecke dienende Einrichtungen anführt, so handelt es sich um eine unter Abs. 1 Nr. 1 bzw. 3 des § 12 fallende Schenkung. **c) RG. 75** 378, JW. **11** 379, DNotV. **12** 507. § 12 Nr. 3 besteuert nicht den Erwerb, sondern die Zuwendung (s. § 31). Die unselbständige Stiftung ist in gleichem Umfange steuerpflichtig wie die selbständige Stiftung. Ist die Verwendung der Zuwendung zu den im § 12 Nr. 3 bezeichneten Zwecken nicht gesichert oder dient die Verwendung nicht diesen Zwecken, dann ergibt sich aus § 12 Nr. 3 als Wille des Gesetzgebers, daß an Stelle des ermäßigten Steuersatzes des § 12 die volle Steuer zu zahlen ist. **d) RG. 75** 132, DNotV. **12** 508, JW. **11** 336. Schenkung an eine Mittelsperson (AG.) zur Verwendung für gemeinnützige Zwecke.

2. Abs. 1 Ziff. 4. **RG.** R. **12** Nr. 1560. Eine Zuwendung an eine im Vermögen des Schenkenden stehende Stiftung untersteht nicht dem § 12 Abs. 1 Nr. 4. Diese Bestimmung erfordert einen Erwerb, der den zur Unterstützung bestimmten Kassen oder Anstalten zufällt. Ein Erwerb liegt aber hier nicht vor, da ein Wechsel des Rechtssubjekts nicht erfolgt und eine Vermögensverschiebung zwischen den Stiftern und der Stiftung rechtlich ausgeschlossen ist.

3. Abs. 5. **RG. 75** 91, JW. **11** 380. Die auf Grund des § 12 Abs. 5 ergangenen Entscheidungen sind für die Gerichte bindend.

§ 15. RG. 75 28, DNotV. **11** 373, JW. **11** 196. Die Befreiungsvorschrift des § 15 Abs. 1 ist nicht anwendbar, wenn es sich um die Versteuerung des durch den Eintritt eines Fideikommißfalls herbeigeführten Erwerbes handelt und wenn zu dem Fideikommiß land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke gehören.

§§ 17, 18. Ermittelung des Wertes der Masse. **a) RG.** R. **12** Nr. 1938. Hat bei einer Stiftung der Stifter sich in der Stiftungsurkunde verpflichtet, der Stiftung jährlich eine bestimmte Summe zu überweisen, so handelt es sich nur um einen einzigen Schenkungsakt. Die Steuer ist nicht von den jährlichen Zahlungen zu erheben. Vielmehr ist die steuerpflichtige Masse nach § 17 zu berechnen.

b) **RG. 74** 290, DNotV. **11** 373. Die Ermäßigungsvorschrift des § 18 Abs. 2 findet auch dann Anwendung, wenn eine Rente auf Lebenszeit und unter einer auflösenden Bedingung eingeräumt ist.

§ 27. Zum Begriffe der Einsetzung eines Nacherben. **RG.** JW. **12** 206.

§§ 28, 29. Steuerberechnung bei Vermächtnissen nach dem Werte des Anspruchs auf den vermachten Gegenstand. **RG. 75** 411.

§ 30. RG. 75 90. Vgl. zum Begriffe der abzugsfähigen Auflage im Sinne des § 30.

§ 31. Siehe zu § 12 bei c.

§ 56. Begriff der sittlichen und Anstandspflicht im Sinne des § 56 Abs. 2. a) **RG.** DNotV. **12** 510. Die sittliche Pflicht braucht sich nicht gerade aus dem Verhältnisse des Schenkers zum Beschenkten zu ergeben. Auch das Verhältnis des Schenkers zu Dritten kann entscheidend sein. Die Erblasserin wollte ihr Vermögen ihrem Neffen und ihren zwei Nichten zu je $1/3$ hinterlassen. Zur Vereinfachung setzte sie ihren Neffen zum alleinigen Erben ein, der ihr versprochen hatte, je $1/3$ seinen Schwestern auszuhändigen. Für diese Zuwendungen war ein Schenkungsstempel nicht zu entrichten. Vgl. hierzu **RG.** DNotV. **12** 511, JW. **12** 362. b) **RG.** JW. **11** 827. Gegen den Anstand verstößt ein Verhalten nicht nur, wenn es nach allgemeiner gesellschaftlicher Anschauung sich schon äußerlich als anstößig darstellt, sondern auch wenn es sich nach den besonderen Umständen des Falles mit den in dem betreffenden Gesellschaftskreise bestehenden Anschauungen von dem, was der Anstand gebietet, in Widerspruch setzt. c) **RG. 75** 132, DNotV. **12** 508. Für den Gründer und Vorsitzenden des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft besteht keine sittliche oder Anstandspflicht, der Aktiengesellschaft eine Schenkung zuzuwenden, die zur Errichtung von billigen Wohnungen für die Arbeiter der Gesellschaft verwendet werden soll. d) **RG. 78** 412, JW. **12** 409. Wendet der Inhaber des größten Teiles der Aktien einer Aktiengesellschaft dem Invalidenfonds der Aktiengesellschaft Beträge zu, so besteht hierfür keine sittliche oder Anstandspflicht. Schenkungen aus Pietät genießen keine besondere Behandlung. e) **RG.** BankA. **10** 158. Die Stiftung einer Arbeiterpensionskasse ist weder eine Schenkung an Bedürftige zum Zwecke ihres Unterhalts noch eine Schenkung, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. f) **RG.** BankA. **11** 170, LeipzZ. **12** 393. Zuwendungen, die industrielle Unternehmungen, Banken usw. an Vereine zur Versorgung der Hinterbliebenen ihrer Angestellten machen, können als durch den Anstand geboten nur dann gelten, wenn sich die Unternehmungen der Schenkung nicht entziehen können, ohne ihren Ruf zu gefährden. Solche Umstände sind meist nicht gegeben.

§ 57. Verjährungs- oder Ausschlußfrist? **RG. 76** 271, DNotV. **12** 511, JW. **11** 724. Die für Erhebung der Rückforderungsklage vorgeschriebene Frist ist keine Verjährungs-, sondern eine Ausschlußfrist; deshalb keine Beseitigung der Wirkungen der Klagerhebung durch einen Stillstand des Rechtsstreits.

§ 60. RG. 77 77. Der landesrechtliche Stempel für Familienstiftungen (Tarifst. 23 PrStempStG.) ist durch § 60 nicht beseitigt. § 60 hat nur die Vorschriften des PrErbschaftssteuerG. in Wegfall gebracht.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G.m.b.H., Berlin-Schöneberg.